Sygn. akt: KIO 2278/22

WYROK

z dnia 15 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2022 roku przez Wykonawcę S. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób Usługi Transportowe D. S. z siedzibą w Wincentowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Piekoszów,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego S. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób Usługi Transportowe D. S. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego S. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod

firmą Przewóz Osób Usługi Transportowe D. S. na rzecz Zamawiającego - Gminy Piekoszów kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez

Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 roku poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

KIO 2278/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Piekoszów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot „Dowóz uczniów do szkół i placówek oświatowych gminy Piekoszów

w roku szkolnym 2022/2023".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

14 lipca 2022 r. pod nr 2022/S 00254454/01.

W dniu 31 sierpnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę S. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przewóz Osób Usługi Transportowe D. S. z siedzibą w Wincentowie, dalej jako „Odwołujący", w zakresie Części nr 1.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR" S. M. pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR" S. M., podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w szczególności z uwagi na blankietowe i ogólne złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, w tym jej istotnych elementów składowych co powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie prawidłowo zrewidować zaoferowanej ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, brak przedłożenia kalkulacji kosztów pracowniczych oraz z uwagi na przedłożenie wadliwej kalkulacji w zakresie wykazania pozostałych kosztów, m.in. paliwa, jak również brak przedłożenia dowodów potwierdzających przedłożone wyjaśnienia mimo wyraźnego żądania Zamawiającego w tym zakresie;

2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie w sytuacji, gdy odrzuceniu powinna podlegać oferta Wykonawcy, który w swych wyjaśnieniach i dowodach nie uzasadnił należycie ceny lub kosztu tej oferty;

3. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR" S. M. oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR" S. M. .

Argumentując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił następująco stan faktyczny sprawy.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2022 r. wezwał Wykonawcę Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR" S. M. (dalej jako „Wykonawca MISZTOUR") w trybie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty złożonej na zadanie nr 1 (Część 1). Zamawiający w treści wezwania wskazał, że cena oferty jest niższa o 40,9% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień. Zamawiający żądał uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, w szczególności w następującym zakresie:

1. Jakie elementy w zakresie ceny oferty Wykonawca uwzględnił w kalkulacji?

2. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie koszty paliwa?

3. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie koszty pracy, w tym wzrost wynagrodzenia minimalnego w roku 2023?

4. Czy i ewentualnie w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie koszty eksploatacji pojazdów, w tym ubezpieczenie OC?

5. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie oferty ewentualne koszty związane z naprawą pojazdów, z wykorzystaniem których będzie realizowane zamówienie?

Następnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca MISZTOUR pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r. złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Części 1 zamówienia. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia te nie sprostały wezwaniu Zamawiającego

- na ich podstawie niemożliwe jest zweryfikowanie realnego charakteru ceny i możliwości prawidłowego wykonania zamówienia. Odwołujący podkreślił, że złożone przez Wykonawcę

MISZTOUR wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami, są ogólnikowe i lakoniczne, sprowadzają się do zapewnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a Wykonawca

MISZTOUR wykona prawidłowo zamówienie. Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia

odwołując się do ich treści: „(...) wykonawca podnosi, że jest firmą rodzinną cyt.: >>w której zarówno ja, jak i moi dwaj synowie czynnie działamy jako kierowcy, pozwala to na znaczne ograniczenie biurokracji a poprzez emocjonalne zaangażowanie, dyspozycyjność, wydajność pracy oraz minimalizację kosztów osobowych<< - brak wykazania (wyliczenia) jaki wpływ na koszt ma fakt, że wykonawca jest firmą rodzinną mimo, że jest firmą jednoosobową a oczywistym jest, że synowie są pracownikami lub na samozatrudnieniu co generuje koszty związane z opłacaniem składek ZUS, US itp. wykonawca podnosi, że cyt.: >>ja jako wykonawca posiadam umowę z Marszałkiem Województwa Świętokrzyskiego na dopłaty do ulgowych biletów miesięcznych<< - brak przedłożenia dowodu w postaci umowy powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować tej informacji. Co więcej nawet jeżeli wykonawca taką umowę posiada to jest ona ważna jedynie do końca tego roku i nie wiadomo czy zostanie zawarta nowa umowa. Wykonawca nie przedłożył w tym zakresie jakiejkolwiek promesy. Dalsze wyjaśnienia w tym zakresie należy zatem uznać za bezcelowe. Wykonawca MISZTOUR lakonicznie wyjaśnia, że cyt.: >>powyższy czas pracy, przy płacy godzinowej na poziomie planowanej w 2023 roku płacy minimalnej 22,10 złotych brutto daję kwotę 60 897,65 zł brutto<<. Brak szczegółowej kalkulacji która pozwoliłaby zweryfikować te wyliczenia Wykonawca MISZTOUR wyjaśnia cyt.: >>Samochody którymi wykonawca zamierza wykonać zamówienie są nowoczesne i oszczędne, spalanie wynosi średnio 22 litry na 100 kilometrów, co przy przyjętych 37200 kilometrach daję łączne zużycie 8184 litrów oleju napędowego. Obecnie cena oleju wynosi 7.5 złotego ale w kalkulacji została przewidziana ewentualna podwyżka, więc koszt paliwa przyjęto na 10 złotych brutto. Łączny koszt paliwa to 818400,00 zł brutto. Dodatkowe koszty utrzymania (typu przegląd, serwis, naprawa) i ubezpieczeń 3 pojazdów w okresie 10 miesięcy to koszt 18000,00 złotych brutto<<."

Odwołujący zarzucił ww. wyjaśnieniom brak kalkulacji oraz wprowadzanie w błąd Zamawiającego co do faktu, że pojazd przeznaczony do realizacji usługi cechuje spalanie na poziomie 22 litrów na 100 km. Odwołujący podniósł, że Wykonawca MISZTOUR nie wyjaśnił wpływu osobistego świadczenia usługi na jej koszt, nie przedstawił kosztów pracowniczych, np. składek ZUS i pozostałych składek, nie przedstawił kalkulacji w tym zakresie, nie wykazał wpływu bliskiej odległości siedziby swojej firmy od miejsca świadczonej usługi na generowanie oszczędności. Odwołujący podniósł, że Wykonawca MISZTOUR podał jedynie stawkę godzinową, nie przedstawił żadnej kalkulacji. W ocenie Odwołującego skutkuje to brakiem możliwości ustalenia, jakie elementy składają się na wskazaną stawkę za

roboczogodzinę. Odwołujący wskazał, że Wykonawca MISZTOUR pominął w treści wyjaśnień kwestię związaną z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Następnie Odwołujący wskazał na następujące dowody złożone wraz z odwołaniem:

„(...) 1) zaświadczenie o kosztach pracowniczych = przedstawiających koszty pracownicze - koszty utrzymania pracowników wraz ze stawkami zus za wrzesień 2021 przykładowy miesiąc po rozpoczęciu roku szkolnego wynagrodzenie 8246,68zł składki zus 4867,08zł do tego musimy doliczyć składkę za właściciela który także brał udział w dowozie dzieci.

2) zakup paliwa (zestawienie w ujęciu miesięcznym);

3) informacja z PGNIG o spalaniu średnim pojazdów z silnikiem EURO 4 i EURO 5 przez autobusy na ON gdzie wynosi on ok. 40 l/100 km (wykonawca MISZTOUR zaniżył wysokość spalania co najmniej o 50%);

4) zestawienie ofert z 2021 roku gdzie dla Części 1 - przy identycznym przedmiocie zamówienia wykonawca MISZTOUR zaoferował kwotę 3 razy wyższą w sytuacji kiedy koszty realizacji zamówienia były zdecydowanie mniejsze niż chwili obecnej.

Wykonawca MISZTOUR dla Części 1 zaoferował kwotę 451000,00 co daję za jeden bilet 220 zł, przy cenie paliwa ok 5 zł, w tym roku 116 230,00 co daje za bilet 59 zł."

Odwołujący wskazał na fakt, że cena zaoferowana przez Wykonawcę MISZTOUR jest rażąco niska i nierealna, natomiast złożone przez niego wyjaśnienia są wadliwie oraz wprowadzają w błąd Zamawiającego: m.in. w zakresie poziomu spalania oleju napędowego przez pojazdy.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił następującą kalkulację:

„(.) koszt podatku drogowego za jeden autobus na rok to 1350 zł w specyfikacji są 3 potrzebne więc koszt roczny 4050 zł

- koszt oc za jeden autokar z 2008 r. to ok 1500 zł ze zniżkami

- koszt przeglądu rocznego dla jednego autobusu to 400 zł (robi się 2 razy w roku)*3=

1200 zł

- koszt legalizacji licznika dla 1 autobusu na rok 120 zł *3 = 360 zł

- koszt legalizacji gaśnic w 1 autobusie 2 gaśnice koszt 100 zł*3= 300 zł.

- km ze specyfikacji Trasa I - 5KM w jedną stronę dwa dowozy i dwa odwozy = 20 km
Trasa II - 9 km w jedną stronę dwa dowozy i dwa odwozy = 36 km

Trasa III- 9KM w jedną stronę dwa dowozy i dwa odwozy.= 36km

Trasa IV - 29 km w jedną stronę jeden dowóz i jeden odwóz = 58km RAZEM: 150 km
do tego musimy policzyć dojazd do każdej trasy i powroty ok 220 km dziennie, średnie spalanie autobusu z 2008 r. to ok 40 l/100km przy dzisiejszej cenie za paliwo dzienny koszt paliwa to ok 700 zł (przy cenie za stawkę vat 8%) roczny koszt samego paliwa to ok 130200 zł (bez podwyżek),

- przegląd kas fiskalnych do 3 autobusów potrzebne (.) 3 kasy po 240 zł za przegląd na 2 lata czyli na rok 120 *3= 360zł i jeszcze jedna bileterka do drukowania biletów 240 na dwa lata czyli 120 na rok.

MIESIĘCZNE KOSZTY:

- paliwo 13020zł

- koszt pracowników z opłatami i składkami Zus 13113,76 (nawet gdyby byli zatrudnieni na pół etatu to koszt miesięczny 6556,88)

- oc i podatek od środków transportu 285*3= 712,50zł

- koszt wszystkich przeglądów (kas i autobusów)= 195zł

RAZEM: 20484.38zł (przy wyliczeniu za koszty pracownika na pół etatu".

Pismem z dnia 13 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego oraz brak naruszenia przepisów wskazanych w treści odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron złożonych na piśmie oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których

stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia, a w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę MISZTOUR, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Izba uznała za chybione stanowisko prezentowane w tym zakresie przez Zamawiającego, wyrażające się w twierdzeniu, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości wystąpienia szkody po jego stronie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z uwagi na fakt, że po pierwsze oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, a po drugie jej cena przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Izba w tym zakresie ustaliła, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania nie wezwał

Wykonawcy Oparka DVL O. Ł. (sklasyfikowanego na drugim miejscu w rankingu ofert) do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zatem oferta złożona przez ww. Wykonawcę nie została oceniona w sposób ostateczny. Tym samym nie można było wykluczyć realnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Izbę. Odnosząc się natomiast do faktu, że cena zaoferowana przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wskazać należy, że przysługujące Zamawiającemu uprawnienie do zwiększenia środków, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia powoduje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi rozwiązanie o charakterze przyszłym i niepewnym, które nie może przesądzać o braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden Wykonawca.

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego przytoczone w treści odwołania, odnoszące się do przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności do przebiegu korespondencji Zamawiającego z Wykonawcą MISZTOUR prowadzonej w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odpowiadają rzeczywistemu jej przebiegowi, stąd też w ocenie Izby niecelowym jest ponowne przytaczanie ich w całości.

Izba zważyła, co następuje.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, działając na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do postawionego w treści odwołania zarzutów naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do ww. zarzutów Izba uznała, że zarzuty te odnoszące się do zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę MISZTOUR mimo, że złożona przez niego oferta zawiera cenę rażąco niską, a złożone przez niego wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie ceny nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie - nie zostały wykazane.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, Wykonawca MISZTOUR w zakresie części nr 1 zamówienia zaoferował łączną cenę biletów miesięcznych na poziomie 116.230,00 zł brutto.

Zgodnie z treścią wezwania z dnia 29 lipca 2022 r. skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy MISZTOUR w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia szczegółowych oraz popartych dowodami wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

Zamawiający wezwał do przedstawienia informacji co do uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, w szczególności w następującym zakresie:

1. Jakie elementy w zakresie ceny oferty Wykonawca uwzględnił w kalkulacji?

2. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie koszty paliwa?

3. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie koszty pracy, w tym wzrost wynagrodzenia minimalnego w roku 2023?

4. Czy i ewentualnie w jakim zakresie Wykonawca uwzględnił w cenie koszty eksploatacji pojazdów, w tym ubezpieczenie OC?

5. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w cenie oferty ewentualne koszty związane z naprawa pojazdów, z wykorzystaniem których będzie realizowane zamówienie?

Zamawiający żądał wyczerpującej i szczegółowej informacji w ww. zakresie.

W treści wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2022 r. Wykonawca MISZTOUR wskazał m.in., że przewiduje dowóz uczniów na podstawie biletów ulgowych i jednocześnie posiada umowę z Marszałkiem Województwa Świętokrzyskiego na dopłaty do ulgowych biletów miesięcznych, co skutkuje tym, że „(...) realna kwota przychodu ze sprzedaży ulgowych biletów miesięcznych dla uczniów dojeżdżających do Zespołu Placówek Oświatowych w Piekoszowie to 227902,00 złotych brutto (116230,00 złotych brutto z Urzędu Gminy oraz 111672,00 złotych brutto dotacji z Urzędu Marszałkowskiego)".

W dalszej części wyjaśnień Wykonawca MISZTOUR zawarł następującą kalkulację: „(.) Poniżej przedstawiam szczegółową kalkulację mojej oferty oraz czynniki jakie miały wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena wyliczona została na podstawie sumy kosztów pracy, kosztów paliwa oraz wszelkich dodatkowych kosztów utrzymania pojazdów, w tym w szczególności ubezpieczeń (w tym OC i NNW), przeglądów technicznych i serwisowych oraz ewentualnych napraw. Do wykonania zamówienia zamierzam przeznaczyć 3 autobusy których łączny przebieg dzienny razem z dojazdem do miejsc początkowych oraz zjazdem do bazy nie przekroczy 200 kilometrów. Roczny (rok nauki szkolnej) łączny przebieg pojazdów zakładając 186 dni nauki szkolnej to 37200 kilometrów. Przyjęto, że średnia prędkość komunikacyjna nie przekroczy 27 kilometrów na godzinę, więc do przejechania 37200 kilometrów potrzeba 1 377,77 godzin, co z czasem pracy opiekunek daje łącznie 2

755,55 godzin pracy. Powyższy czas pracy, przy płacy godzinowej na poziomie planowanej w 2023 roku płacy minimalnej 22,10 złotych brutto daję kwotę 60 897,65 zł brutto. Samochody którymi wykonawca zamierza wykonać zamówienie są nowoczesne i oszczędne, spalanie wynosi średnio 22 litry na 100 kilometrów, co przy przyjętych 37200 kilometrach daję łączne zużycie 8184 litrów oleju napędowego. Obecnie cena oleju wynosi 7.5 złotego ale w kalkulacji została przewidziana ewentualna podwyżka, więc koszt paliwa przyjęto na 10 złotych brutto. Łączny koszt paliwa to 818400,00 zł brutto. Dodatkowe koszty utrzymania (typu przegląd, serwis, naprawa) i ubezpieczeń 3 pojazdów w okresie 10 miesięcy to koszt 18000,00 złotych brutto. Łączne koszty wynoszą 160 737,65 zł brutto. Szacowany zysk w wysokości 67 164,35 złotych brutto pozwala wykonawcy na pokrycie ewentualnych nieprzewidzianych kosztów oraz udowadnia, że oferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Z powyższego wynika, że Wykonawca MISZTOUR w treści złożonych wyjaśnień wskazał elementy, jakie uwzględnił w kalkulacji ceny, odniósł się do kosztu paliwa, jak również do kosztów pracy w postaci uwzględnienia wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023. Odniósł się również do kosztów eksploatacji pojazdów, w tym ubezpieczenia OC oraz kosztów związanych z naprawą pojazdów.

Podkreślenia wymaga, że - jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21 - „Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do Wykonawcy MISZTOUR odnosiła się do wyspecyfikowanych w niej aspektów:

1. wskazania elementów uwzględnionych w kalkulacji ceny;
2. uwzględnienia kosztu paliwa;
3. uwzględnienia kosztów pracy, w tym wzrostu wynagrodzenia minimalnego w 2023 r.;
4. uwzględnienia kosztów eksploatacji pojazdów, w tym ubezpieczenia OC;
5. uwzględnienia kosztów związanych z naprawą pojazdów, przy wykorzystaniu których realizowana będzie usługa.

W ocenie Izby brak złożenia szczegółowej kalkulacji na etapie składania wyjaśnień w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie przesądza o zasadności zarzutów podniesionych w treści odwołania i nie prowadzi do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę MISZTOUR w zakresie ceny rażąco niskiej powinny prowadzić do stwierdzenia, że złożona przez niego oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu.

Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na fakt, że treść złożonych wyjaśnień powinna odpowiadać szczegółowością treści wezwania. Wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie wskazywało na konieczność złożenia szczegółowej kalkulacji i rozbicia poszczególnych kosztów.

Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie, w którym wyszczególnił rodzaje kosztów stanowiących elementy ceny ofertowej, jednak poza żądaniem złożenia szczegółowej i wyczerpującej informacji w tym zakresie nie określił stopnia czy kryteriów szczegółowości, nie sprecyzował swoich wymagań w zakresie szczegółowości kalkulacji ceny żądając np. złożenia kalkulacji szczegółowej uwzględniającej rozbicie podanych

kategorii cenowych na koszty jednostkowe.

Tym samym Izba uznała, że skoro w treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy MISZTOUR w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający ograniczył się do wskazania zakresu przedmiotowego wezwania wskazując poszczególne kategorie kosztów i nie wskazał, że przedstawienia ich wymaga w postaci kalkulacji szczegółowej z rozbiciem jednostkowym, to w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nieprzedstawienie w treści złożonych wyjaśnień szczegółowego

rozbicia np. kosztów zatrudnienia czy kosztów eksploatacji pojazdów nie może świadczyć o złożeniu wyjaśnień nieuzasadniających podanej ceny.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę na fakt, że Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, by cena zaoferowana przez Wykonawcę MISZTOUR nie uwzględniała kosztów, które zostały wskazane w treści wezwania z dnia 29 lipca 2022 r. wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał również, by wartość przyjęta przez Wykonawcę MISZTOUR do kalkulacji ceny ofertowej była niższa od wartości uwzględniającej wzrost wynagrodzenia minimalnego w odniesieniu do stawki godzinowej za rok 2023.

Izba za istotny uznała fakt, że Odwołujący zawartą w zarzucie tezę, że ocena ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MISZTOUR przez pryzmat złożonych przez niego wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r. powinna skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej cenę rażąco niską, w znacznej mierze oparł na błędnych ustaleniach faktycznych.

W tym miejscu należy zauważyć, że istotnym elementem cenotwórczym na gruncie przedmiotowego zamówienia publicznego jest koszt paliwa oraz koszty pracownicze.

Wykonawca MISZTOUR w złożonych wyjaśnieniach zawarł kalkulację prezentująca koszt paliwa z uwzględnieniem liczby dni nauki szkolnej, liczby kilometrów, średniej prędkości, średniego poziomu spalania oraz ceny paliwa z uwzględnieniem ewentualnej podwyżki.

Odwołujący zakwestionował przyjętą przez Wykonawcę MISZTOUR wartość odpowiadającą średniemu poziomowi spalania wskazując, że Wykonawca MISZTOUR zaniżył tę wartość, ponieważ wynosi ona nie 22 litry/100 km, lecz ok. 40 litrów/100 km. W celu wykazania ww. twierdzenia Odwołujący złożył informację pochodzącą z PGNiG prezentującą spalanie pojazdów z silnikiem EURO 4 i EURO 5 przez autobusy korzystające z oleju napędowego. Izba uznała przedstawiony dowód za niewiarygodny oraz nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę fakt, że złożona przez Odwołującego prezentacja dotyczy wybranej floty pojazdów - jednocześnie Odwołujący nie wykazał, by flota ta obejmowała pojazdy tożsame z pojazdami, które Wykonawca MISZTOUR przeznaczy do realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę, że ww. prezentacja przedstawia poziom spalania silników spalinowych uzyskany na podstawie danych pochodzących z MPK (Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne), a zatem poziom spalania osiągnięty przez te pojazdy - poruszające się w ruchu miejskim - może znacząco odbiegać od poziomu spalania osiągniętego na trasach objętych usługą stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia publicznego. Tym samym w ocenie Izby złożona przez Odwołującego prezentacja nie może stanowić podstawy do skutecznego wykazania, że poziom spalania przyjęty za kryterium kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę MISZTOUR jest zaniżony. Z uwagi na powyższe, twierdzenia Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za nieudowodnione i niewykazane, a zatem Odwołujący nie zakwestionował skutecznie kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę MISZTOUR.

W odniesieniu do kosztów pracy Izba uznała, że Odwołujący kalkulację zawartą w treści odwołania oparł na założeniu zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w wymiarze pełnego etatu lub % etatu. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający w treści SWZ nie narzucił wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia wymiaru zatrudnienia. Jednocześnie także Odwołujący nie wykazał, by koniecznym do zrealizowania przedmiotowego zamówienia było zatrudnienie pracowników w wymiarze pełnego lub połowy etatu. Tym samym argumentację Odwołującego oraz twierdzenia przedstawione na potrzeby sporządzenia kalkulacji Izba uznała za niewykazane. Brak jest bowiem podstaw, by narzucać Wykonawcy MISZTOUR przyjęcie założenia zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w wymiarze pełnego etatu lub 4 etatu.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że nawet przy przyjęciu założeń przedstawionych przez Odwołującego w zakresie średniego poziomu spalania wynoszącego 40 l/100 km oraz w zakresie zatrudnienia pracowników realizujących przedmiotową usługę w oparciu o zatrudnienie w wymiarze 4 etatu, miesięczna stawka przyjęta w treści odwołania przez Odwołującego wynosi 20.484,38 zł. Przedmiotowa usługa ma być realizowana w czasie wyznaczonym ramami roku szkolnego - trwającym 10 miesięcy. Wskazany przez Wykonawcę MISZTOUR rzeczywisty koszt przychodu ze sprzedaży ulgowych biletów miesięcznych, z wykorzystaniem których zamierza realizować przedmiotową usługę, wynosi 227902,00 zł brutto - po uwzględnieniu dotacji otrzymanej z Urzędu Marszałkowskiego 116.230,00 zł. Tym samym Odwołujący nie wykazał, by zaoferowana przez Wykonawcę MISZTOUR cena była rażąco niska. Przy czym aktualne pozostaje stwierdzenie Izby, iż kalkulacja zaprezentowana przez Odwołującego została oparta na założeniach odmiennych

od tych, które zostały przyjęte przez Wykonawcę MISZTOUR (w zakresie średniego poziomu spalania), a jednocześnie Odwołujący nie wykazał słuszności przyjętych przez siebie na potrzeby sporządzenia kalkulacji założeń i nie zakwestionował skutecznie założeń przyjętych przez Wykonawcę MISZTOUR.

Odnosząc się do braku załączenia do wyjaśnień dowodów na okoliczność uzyskania dofinansowania do ulgowych biletów miesięcznych z Urzędu Marszałkowskiego Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2022 r., (sygn. akt KIO 1611/22, 1615/22), w którym stwierdzono, że „(.) rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny".

Ponadto dostrzec należy, że zgodnie z art. 8a ust. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego, samorządy województw, z zastrzeżeniem ust. 2a, przekazują przewoźnikom wykonującym krajowe autobusowe przewozy pasażerskie dopłaty do tych przewozów z tytułu stosowania obowiązujących ustawowych ulg w przewozach pasażerskich, z zastrzeżeniem ust. 4.

Zgodnie z ust. 4. ww. przepisu, uprawnienie do otrzymywania dopłat, o których mowa w ust. 2, nabywa przewoźnik, który:

1) posiada zezwolenie na wykonywanie przewozów regularnych osób w krajowym transporcie drogowym, wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2200 oraz z 2018 r. poz. 12);

2) stosuje kasy rejestrujące posiadające pozytywną opinię ministra właściwego do spraw finansów publicznych, które umożliwiają określenie kwoty dopłat do przewozów w podziale na poszczególne kategorie ulg ustawowych;

3) zawarł umowę z samorządem województwa określającą zasady przekazywania przewoźnikom dopłat.

W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał także, by Wykonawca MISZTOUR nie był uprawniony do uzyskania kwestionowanego dofinansowania, którego uzyskanie jest regulowane przepisami ustawy.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w treści odwołania nie wykazał rażącego charakteru ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MISZTOUR. W szczególności Odwołujący nie przedstawił kalkulacji, z której wynikałoby, że kalkulacja zaprezentowana przez Wykonawcę MISZTOUR w treści wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2022 r. nie uwzględnia kosztów stanowiących podstawę wezwania skierowanego do ww. Wykonawcy przez Zamawiającego pismem z dnia 29 lipca 2022 r.

Odwołujący przedstawił jedynie kalkulację własną prezentującą koszty realizacji przedmiotowego zamówienia, jednak nie wykazał, by przyjęty przez niego sposób kalkulacji prowadził do uzyskania kwoty przekraczającej cenę zaoferowaną przez Wykonawcę MISZTOUR ani by cena ta była rażąco niska. Dodatkowo założenia przyjęte przez Odwołującego w zakresie średniego poziomu spalania oraz wymiaru czasu pracy pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia nie zostały wykazane i nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania ani w złożonych przez Odwołującego dowodach.

W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący jako wykonawca ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia sam również dokonał kalkulacji ceny ofertowej w złożonej przez siebie ofercie - zatem znane są mu zarówno warunki rynkowe towarzyszące realizacji tej usługi, w tym okoliczności uzyskania dofinansowania do miesięcznych biletów ulgowych. Mając to na uwadze należy stwierdzić, że Odwołujący miał możliwość zakwestionowania ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MISZTOUR za realizację przedmiotowego zamówienia w przedmiocie jej realności i rażąco niskiego charakteru.

W odniesieniu do cen zaoferowanych przez Wykonawcę MISZTOUR na gruncie postępowania prowadzonego w roku 2021 oraz w miesiącu wrześniu roku 2022 Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy pozostają one bez wpływu na

ocenę charakteru ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MISZTOUR w toku postępowania objętego zakresem odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Definicja ceny rażąco niskiej została przedstawiona w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07)w którym wskazano, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba stwierdziła, że istotnie wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną przez wykonawcę w

złożonej ofercie.

W ocenie Izby kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy jest w pierwszej kolejności dokonanie oceny kwestionowanych wyjaśnień w kontekście treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz - w następnej kolejności - ustalenie oraz wykazanie, czy kwestionowana cena istotnie ma charakter rażąco niski, nierealny, czy nie gwarantuje możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami ustalonymi przez Zamawiającego bez ponoszenia straty przez wykonawcę - w zakresie objętym wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny skierowanym przez Zamawiającego.

Izba uznała podaną przez Odwołującego argumentację za niewystarczającą do

skutecznego wykazania omawianego zarzutu. W ocenie Izby twierdzenia zawarte w

odwołaniu nie pozwalają na podważenie realności i rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MISZTOUR w zakresie objętym wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Wobec braku odrębności zarzutu naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp należało uznać, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w kwestionowanym w odwołaniu zakresie - nie potwierdziły się bowiem podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę MISZTOUR w kwestionowanym w treści odwołania zakresie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....