

Sygn. akt: KIO 2846/22

Wyrok

z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu w dniu 10 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2022 r. przez wykonawcę Grupa Transportowa Patrol Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu

przy udziale wykonawcy S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PW AUT S.K. z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grupa Transportowa Patrol Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od Grupa Transportowa Patrol Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów poniesionych przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Sygn. akt: KIO 2846/22

Wyrok

Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu - Zamawiający, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług holowania i parkowania do celów procesowych z podziałem na 6 części. Numer referencyjny: ZZP.2380.52.2022. Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE: Dz.U./S S165; 469159-2022-PL

Odwołujący - Grupa Transportowa Patrol sp. z o.o. z/s w Kaliszu, wniósł 28.10.2022 r. odwołanie na czynność Zamawiającego i zaniechanie czynności podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, w zakresie części 3.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

1) art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy -

Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „AUT”, którego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca ten zaoferował w swojej ofercie ceny dumpingowe oraz dokonał manipulowania cenami, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zostało dokonane w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

Jako zarzut ewentualny wskazano także następujący zarzut:

2) art. 224 ust.1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych, podczas, gdy takie

wezwanie w niniejszym stanie faktycznym jest konieczne, bowiem wybrany wykonawca złożył w zakresie cen jednostkowych ceny rażąco niskie.

W związku z zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „AUT”,

2) Odrzućcenie oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „AUT”,

3) Wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego

Ewentualnie:

wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co do istotnych części składowych oferty.

W dniu 18.10.2022 roku Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty- Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „AUT” (Wykonawca „AUT”) z siedzibą w Kaliszu.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18.10.2022 r. wskazał, że oferta wykonawcy nie podlegała odrzućceniu oraz, że uzyskała największą ilość punktów w kryteriach opisanych w swz.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał w jaki sposób

dokonał oceny ofert uwzględniając dwa przyjęte kryteria tj. cenę 90% oraz upust w %

od ceny parkowania/składowania części/innych przedmiotów - 10%.

1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AUT”

2) Grupa Transportowa Patrol Sp. z o.o.

Informacja dotycząca pozostałego Wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą ocenie:

Grupa Transportowa Patrol Sp. z o.o., ul. Sulisławicka 3,62-800 Kalisz - oferta uzyskała łącznie 45,21 punkty, w oparciu o określone przez Zamawiającego w SWZ kryteria oceny ofert - w tym w Kryterium A - „cena- max. 90 pkt.” - uzyskano 41,21 pkt., Kryterium B - „Upust w % od ceny parkowania/składowania części/innych przedmiotów - max. 10 pkt” - uzyskano 4,00 pkt.

P1	P2	P3	P4	R5	P6	R7	P8	H1	H1.1	H2	H3	H4	H4.1	H5	H6	H7
15	0,70	0,33	0,07	0,05	0,10	1,2	3	4,8	0,30	0,17	1	1,25	0,21	0,17	1,6	0,25
HE	H9	H10	H11	H11.1	H12	H13	H13.1	H14	H15	H16	Upust:			Suma:		
1,25	1,54	1,8	1	0,29	0,56	1	0,22	0,33	0,02	3	4			45,21 pkt.		

Zatem PW „AUT” dostało łącznie 81,5 pkt z ceną ofertową - 457 519,10 zł brutto, zaś Odwołujący, który uzyskał 41,21 pkt w kryterium cena złożył ofertę 383 076 zł brutto.

W swz Zamawiający wskazał w Rozdziale XII sposób obliczenia ceny przez wskazanie cen ryczałtowych obejmujących wszystkie koszty i składniki wymienione z wymogiem przedstawienia cen jednostkowych pod rygorem odrzucenia oferty. Nie no stosowania stawki 0,00 zł lub stawek w przedziałach cenowych (np.: 20,00-30,00 zł). Cena mogła być tylko jedna.

Wartość brutto/cenę oferty należało obliczyć na podstawie zamieszczonych wzorów.

Jak wskazał odwołujący z zasad sw wynikało, że mamy do czynienia z klasycznym wynagrodzeniem kosztorysowym, obliczanym poprzez pomnożenie ilości zdarzeń przez cenę jednostkową brutto danej usługi i przeniesieniem tego wynagrodzenia do formularza ofertowego.

W Rozdziale XII Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert wraz z podaniem ich wag i wskazaniem, że Wykonawca, który zaoferuje najniższą cenę otrzyma 90 pkt. Obliczenie punktów w kryterium „Cena” dla poszczególnego składnika cenotwórczego (P1-P8/H1-H16) zostanie dokonane w oparciu o ustalony wzór. Ocena danej oferty zostanie dokonana poprzez zsumowanie punktów wyliczonych dla każdego składnika cenotwórczego na podstawie wzoru: $P1 + P2 + \dots + P8 + H1 + H1.1 + H2 + \dots + H16 = C$

„Wykonawca który zaoferuje najniższą cenę otrzyma 90 pkt.”.

Łącznie za kryterium usług holowania i parkowania można było uzyskać 90 punktów, przy czym za każde z nich z osobna po 45 pkt.

Ponadto Zamawiający wprowadził kryterium „Upust - w % od ceny parkowania/składowania części/innych przedmiotów”, którego znaczenie wynosi 10 %, rozumiany jako wartość procentowa określona przez Wykonawcę w formularzu ofertowym obowiązująca dla każdej ceny jednostkowej z osobna zaoferowanej dla pozycji P1-P8. Upust procentowy uwzględniany będzie począwszy od 8 doby parkowania pojazdu, składowania części lub innych przedmiotów na parkingu wykonawcy. Obliczenie punktów w kryterium „Upust” zostanie dokonane w oparciu o wzór.

Obliczenie łącznej ilości punktów dokonane zostanie w oparciu o wzór: $C+U=S$

W odwołaniu wskazano ceny jednostkowe, jakie zaoferowali wykonawcy, w tabelach załączonych do odwołania.

(tabele zostały dołączone do odwołania jako załącznik)

Zgodnie z projektem umowy przewidziano rozliczenie za usługi na podstawie faktycznie świadczonych usług w oparciu o zaoferowane ceny ryczałtowe.

Natomiast w § 7 wskazano zasady rozliczenia mające zastosowanie do usług holowania, również na podstawie faktycznie świadczonych usług opisanych zgodnie z SWZ i w oparciu o ceny ryczałtowe.

Oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji W przedmiotowym postępowaniu wykonawca- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AUT”, który złożył ofertę z wyższą ceną (457 519, 10 złotych) uzyskał 81,5 pkt za kryterium najniższa cena (!), a wykonawca, który złożył ofertę z niższą ceną uzyskał tylko 41,21 pkt, co już na samym początku pokazuje skalę nieprawidłowości.

W rezultacie mimo przyjęcia kryterium najniższej ceny na poziomie 90% Zamawiający wybrał w niniejszym postępowaniu ofertę z najwyższą ceną.

Nasuwa się zatem pytanie, czy Zamawiający nieprawidłowo określił kryteria oceny ofert, czy też jest to następstwem działań wykonawcy?. W opinii Odwołującego jest to następstwem celowego działania wykonawcy, który w niniejszym postępowaniu złożył ofertę z ceną dumpingową oraz dokonał manipulowania ceną w sposób bezprawny.

Oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AUT” jest zatem ofertą złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Sprzeczność z prawem należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z normami (nakazem) zawartymi w ustawie. Dobre obyczaje to z kolei pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Podkreślić należy, że nie każde jednak działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest manipulowanie ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, by zrekompensować zaniżenie innych. Manipulowanie ceną pozwala na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami w kryteriach oceny ofert, czy też poprzez otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także zaoferowanie w ofercie cen dumpingowych.

Należy wskazać, że Wykonawca „AUT” zaoferował w swojej ofercie ceny dumpingowe, a także dokonał manipulowania ceną, a wszystko to dokonane zostało w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w tym w szczególności Odwołującego.

Wykonawca „AUT” zapewnia całodobowe zabezpieczenie parkingu, przy pomocy stróża czy ochrony, co wskazuje, że musi pracować co najmniej 3 osoby na pełny etat z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, ewentualnie osoby na umowę zlecenie, ale z uwagi na to, że ma to być całodobowe zabezpieczenie tych osób musi być co najmniej dwie (praca w systemie 12 godzinnym) lub 3 (praca po 8 h).

Należy zauważyć, że od stycznia 2023 roku zwiększone zostanie minimalne wynagrodzenie, zatem koszty pracodawcy na 3 pracowników wynosić będą $4204,75 \text{ zł} \times 3 = 12\,614,25 \text{ zł}$. Analogicznie przy kalkulacji wynagrodzenia godzinowego, minimalna stawka godzinowa 2023 na umowach cywilnoprawnych od 1 stycznia wzrośnie do 22,80 zł brutto / godzinę, a od 1 lipca - do 23,50 zł brutto.

Przy wymogu Zamawiającego i potwierdzeniu tego wymogu przez Wykonawcę - całodobowe zabezpieczenie parkingu przy pomocy stróża/ochrony wynagrodzenie stróża/ochrony powinno być wliczone w koszty usług parkowania.

Do tego dochodzą do tego koszty wewnętrznego monitoringu kamer, co generuje zużycie energii, także oświetlenie kanału, osuszenie pojazdu, korzystanie z podnośnika, ogrzewanie w okresie zimowym w jednym pomieszczeniu.

Należy wskazać, że ceny zaoferowane przez wykonawcę „AUT” w pozycjach od P2 do P6 nie są cenami rynkowymi. Nie jest możliwe by cena zryczałtowana za parkowanie pojazdu kształtowała się na poziomie 1 zł za dobę (sic!), a od 8 doby nawet 0,50 zł za dobę.

Takie ceny nie są rynkowymi, nigdzie w Polsce nie jest możliwe zaparkowanie pojazdu dostawczego czy ciężarowego za 1 zł za dobę, a motocykla, czy roweru za kwotę 0,10 zł, czy od 8 doby - 0,05 zł.

O tym, że są to ceny dumpingowe świadczy fakt, iż w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące części KMP Kalisz wykonawca „AUT” zaoferował na tym samym parkingu (Zduny, ulica Kościelna 2A, Opatówek) odmienne ceny za ten sam zakres usług: (tabela P1 do P6 ceny w 2020 oraz obecnie)

Również i w usłudze holowania wykonawca zaproponował ceny dumpingowe, które nie są w stanie pokryć nawet kosztów paliwa.

Zamawiający wskazał w pkt II. 3 wymagania dotyczące zatrudnienia osób biorących udział w wykonaniu zamówienia cyt: „W trakcie realizacji umowy Wykonawca, podwykonawcy oraz dalsi podwykonawcy zobowiązani są zatrudniać na umowę o pracę wszystkie osoby wykonujące czynności związane z holowaniem pojazdów i innych przedmiotów tj.: załadunek i wyładunek pojazdów i innych przedmiotów na/z lawety, zabezpieczenie podczas transportu,

transport na parking, uprzątnięcie miejsca zdarzenia po kolizji, wykonanie czynności pomocniczych związanych z holowaniem. Szczegółowe wymagania, sposób ich weryfikacji oraz sankcje określa § 10 i § 8 projektu umowy (Załącznik nr 7.1 i 7.2 do SWZ)."

I tu również trzeba wziąć pod uwagę wzrost minimalnego wynagrodzenia w 2023 roku osób, które mają pracować na umowę o pracę. Wykonawca powinien skalkulować ilość osób na umowie o pracę wraz ze wzrostem wynagrodzenia od 2023 roku.

Oprócz konieczności uwzględnienia kosztów pracy, należy także uwzględnić inne koszty

takie koszty paliwa, koszty eksploatacji, czy koszty ubezpieczenia.

Nie jest możliwe holowanie pojazdu za cenę 1 zł za 1 km, gdyż cena 1 zł jest ceną nierealną. Za taką cenę nie jest możliwe nawet pokrycie kosztów paliwa, w szczególności w sytuacji używania pojazdów specjalistycznych do holowania, gdzie mamy do czynienia z zupełnie innymi normami spalania niż w przypadku zwykłych pojazdów osobowych.

Powyższe jest oczywiste i widoczne nawet dla laika.

Należy wskazać, że w odniesieniu do usługi holowania zawarto następujące wymagania cyt: .. „3. Każda cena o charakterze ryczałtowym dotycząca terenu miasta lub powiatu uwzględnia pełny zakres czynności do wykonania w ramach ceny ryczałtowej, tj. koszty związane z przejazdem do miejsca zdarzenia oraz z powrotem na parking depozytowy, załadunkiem pojazdu i wszystkich jego elementów oraz w uzasadnionych przypadkach - na zlecenie funkcjonariusza Policji, przewożonego towaru lub innych przedmiotów mających wartość dowodową. Taki sposób kalkulacji danej stawki ryczałtowej obowiązuje także wykonawców, którzy będą dojeżdżać do miejsca zdarzenia również spoza powiatu, którego niniejsza umowa dotyczy. W takiej sytuacji wykonawca nie nalicza z osobna na fakturze stawki za km przejazdu do granicy powiatu, na terenie którego Wykonawca zobowiązany jest świadczyć przedmiot umowy. 4. W zakresie danej stawki kilometrowej, ilość kilometrów liczona jest każdorazowo jako droga faktycznie przebyta.

Wykonawca „AUT” zaoferował ceny dumpingowe w pozycjach: H2, H5, H7, H14, H15. Zaoferowanie tych cen dało Wykonawcy, gdyż za zaoferowanie cen jednostkowych uzyskał przewagę punktową w wysokości 7 punktów (sic!).

Odwolujący, który zaoferował realne ceny uzyskał w kryteriach H2, H5, H7, H14, H15- 0,94 pkt (sic!), czyli de facto nie uzyskał aż w pięciu kryteriach ani jednego punktu!

Takie zachowanie Wykonawcy „AUT” ewidentnie jest skierowane na utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i ich eliminację z tego rynku.

W wyniku zaoferowania jednostkowych cen dumpingowych wykonawca uzyskał łączną przewagę w wysokości 25 pkt, podczas gdy Odwołujący uzyskał w tych kryteriach tylko 2,19 pkt. Zaoferowanie dumpingowych cen jednostkowych spowodowało, iż wykonawca wygrał postępowanie w części 3, nieuczciwe praktyki powodują zatem utrudnianie dostępu do rynku Odwołującemu, który nie mógł wygrać, mimo uczciwego zaoferowania realnych cen. Tolerowanie takiej praktyki prowadzi do tego, że Odwołujący z jego realnymi cenami nie będzie miał szans w kolejnych postępowaniach i doprowadzi do eliminacji Odwołującego z rynku.

Manipulowanie cenami

Należy zauważyć, że oprócz zaoferowania cen jednostkowych dumpingowych Wykonawca „AUT” dopuścił się także czynu nieuczciwej konkurencji w postaci manipulowania cenami. Zauważyć należy jeszcze raz, iż jego cena całościowa jest wyższa niż Odwołującego, a ceny jednostkowe są cenami dumpingowymi. Aby wygrać postępowanie wykonawca oferował ceny dumpingowe tam, gdzie Zamawiający przewidział jedno zdarzenie lub ewentualnie kilka.

Natomiast cenę wysoką (można by rzec rażąco wysoką chociaż taka, co do zasady nie występuje w Pzp) zaoferował w pozycji P1, która wskazuje na szacowaną ilość zdarzeń - 15 323 zdarzeń !

Nie ma takiej drugiej pozycji z tak wysoką liczbą zdarzeń, dlatego kolokwialnie rzecz ujmując „zarobił” na tej pozycji. Zaoferował cenę jednostkową za tą pozycję - 20 złotych, co spowodowało, że przy takiej ilości zdarzeń uzyskał kwotę 306 460 złotych brutto. Odwołujący, który wycenił realnie tą cenę (10 zł) uzyskał kwotę 153 230 złotych.

W poprzednim postępowaniu w 2020 roku Wykonawca „AUT” zaoferował w tej samej pozycji cenę jednostkową w wysokości 9,5 zł, a zatem cenę realną.

Za tą pozycję było aż 15 punktów do uzyskania w kryterium.

W pozostałych kryteriach, jak wskazano powyżej wykonawca „AUT” zaoszczędził/zdobył w wyniku zaoferowania cen dumpingowych aż 25 punktów (H2, H5, H7, H14, H15, P2 do P6), co pozwoliło mu na „ewentualne” poświęcenie nawet tych 15 punktów w pozycji P1. Oczywiście i tak nie straciłby 15 punktów, bowiem swz stanowiło, że ceny jednostkowe muszą być podane pod rygorem odrzucenia oferty. Każdy zatem wykonawca startujący w tym przetargu musiał wpisać jakąkolwiek cenę, a świadomość tego powodowała, że przy manipulacji cenowej wykonawca „AUT” straci jakąś ilość punktów, ale na pewno nie 15 pkt. Ta sztucznie napompowana pozycja, przy zaoferowaniu cen dumpingowych w innych kryteriach pozwoliła wykonawcy „AUT” wygrać i jeszcze zaoferować wyższą cenę.

Wskazać warto, że była to jedyna pozycja, w której Odwołujący uzyskał wyższą ilość punktów.

Owo manipulowanie cenami doprowadziło do absurdu, że postępowanie wygrał wykonawca, który zaoferował w większości pozycji ceny nierynkowe, a sztuczne nadmuchiwanie jednej pozycji pozwoliło mu na uzyskanie przewagi cenowej.

W rezultacie Zamawiający wybrał droższą ofertę, mimo, że kryterium w 90% to cena!

Na poparcie swojego stanowiska wskazuje wyrok SO w Warszawie z 7 lutego 2020 roku, XXIII Ga 1118/19, w którym Sąd uznał za czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 znku celowe działanie wykonawcy zmierzające do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia wyższej pozycji (uzyskania wyższej liczby punktów w kryteriach oceny ofert) poprzez przyjmowanie w formularzu cenowym wysoko punktowanych cen nierealnych (nierynkowych), przy jednoczesnym rażącym zawyżeniu cen nisko punktowanych. Sąd wskazał, iż takie działanie narusza zasady tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujące się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym i w konsekwencji naruszające interes zamawiającego.

Należy wskazać, iż ewidentnie doszło do zaburzenia wyników ofert - wygrał wykonawca droższy mimo kryterium najniższej ceny! Ponadto ewidentnie naruszyło interesy Zamawiającego, bowiem Zamawiający wybrał droższą ofertę.

Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku KIO 1123/17, w którym wskazała cyt: „ustalenie odrębnie ocenianych w specyfikacji cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie.” (....) Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków

zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców”. Wobec powyższego oferta Wykonawcy „AUT” winna być odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący stawia zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust.1 ustawy Pzp, gdyby Izba miała inne stanowisko w zakresie zarzutu podstawowego.

Przepis dotyczy żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wykonawca „AUT” zaoferował ceny dumpingowe - rażąco niskie w niektórych pozycjach, iż nawet dla przeciętnej osoby (laika w temacie) oczywiste jest, że nie da się wykonać za takie ceny wskazanych pozycji. Wystarczy wskazać, że ceny za dobę parkowania pojazdu skalkulowane są w wysokości 1 zł (a od 8 doby nawet 0,5 złotego), czy ceny za parkowanie motocykla itd. w wysokości 0,10 zł (a od 8 doby nawet 0,05 zł), aby od razu powziąć wątpliwości - iż nie jest możliwe wykonanie tej usługi za taką cenę.

Dlatego Zamawiający powinien w odniesieniu do wszystkich rażąco niskich cen wezwać Wykonawcę „AUT” do wyjaśnień. Jak wskazano oferta wykonawcy „AUT” tylko dlatego jest całościowo wyższa gdyż została „sztucznie nadmuchana” w pozycji nr P1.

Jednakże z uwagi na to, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z klasycznym wynagrodzeniem kosztorysowym (w zakresie obliczenia ceny) ceny jednostkowe winny być tak skalkulowane by każda z pozycji odzwierciedlała cenę za pełen zakres usługi dotyczący danej ceny jednostkowej, tym bardziej, że wynagrodzenie jest niezmiennie.

Tak też sformułował swoje wymagania w tym zakresie Zamawiający w punkcie XII.2 swz wskazując, że cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową i winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane ostatecznym wykonaniem przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszelkich dodatkowych kosztów. W odniesieniu do cen jednostkowych Zamawiający wskazał w pkt XII. 3, iż „Wszystkie ceny nie ulegną podwyższeniu w trakcie realizacji przedmiotu umowy i będą obowiązywać w każdym dniu tygodnia, w tym w niedziele i święta, przez 24 godziny na dobę”, co podkreśla, iż ceny należało wycenić w sposób realny. Zaoferowanie rażąco niskich cen jednostkowych powinno zwrócić uwagę Zamawiającego i powinien on skorzystać z tego przepisu. Zaniechanie spowodowało, że Zamawiający wybrał ofertę droższą mimo, że ceny w tej ofercie są cenami nierealnymi. Gdyby Zamawiający wezwałby wykonawcę „AUT” do wyjaśnień w tym zakresie nigdy prawdopodobnie nie wybrałby tej oferty, bo tych rażąco niskich cen nie da się wyjaśnić, skoro dla laika jest widoczne, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w wskazanych powyżej pozycjach za taką cenę. Bez znaczenia jest fakt, że owe ceny jednostkowe nie mają przełożenia na cenę ofertową, bo jak wskazano powyżej wynika to z manipulacji cenowej zastosowanej przez wykonawcę „AUT”. Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień w zakresie niskiej ceny obligował fakt, iż ceny jednostkowe są rażąco niskie oraz fakt, że ceny te były kryterium oceny ofert. Tym bardziej zatem wymagały od Zamawiającego, aby je wyjaśnić, szczególnie wobec powszechnie znanego faktu, iż mamy do czynienia obecnie z wysoką inflacją a wszystkie ceny znacząco idą w górę, w tym także na rynku usług. Zamawiający powinien być także w zgodzie ze swoimi własnymi wymaganiami postawionymi w swz, w szczególności z tym, że usługi holowania mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Już chociażby ten wymóg, w kontekście wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. wobec zaoferowanych cen powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

A także szczególnie wobec faktu, iż Zamawiający dysponował ofertą wykonawcy „AUT” z 2020 r., gdzie wykonawca ten zaoferował znacznie wyższe ceny. Zaoferowanie niższych cen jednostkowych w rzeczywistości wzrostu cen powinno zwrócić uwagę Zamawiającego. Doktryna stanowi, iż ceny jednostkowe w sytuacji wyliczenia cen w oparciu o kosztorys ofertowy powinny być skalkulowane w sposób realny. Wprawdzie Zamawiający wskazuje, że cena oferty jest ceną ryczałtową, ale jej wyliczenia dokonuje się w oparciu o wskazanie ceny jednostkowej i ilość zdarzeń, a zatem w oparciu o kosztorys. Na zakończenie należy jeszcze raz *expressis verbis* podkreślić, iż przepis stanowi o „budzeniu wątpliwości” Zamawiającego. Nie sposób zrozumieć, dlaczego ceny jednostkowe nie budziły wątpliwości zamawiającego, skoro opisaną w konkretnych pozycjach usługi nie da się wykonać za taką cenę.

Wobec powyższego, mając na uwadze przedstawione argumenty wniósł o uwzględnienie odwołania jako zasadnego i koniecznego.

Załączono: Oferta wykonawcy z 2020, Tabelki powołane w treści.

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Zamawiający zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Odwołującego, które nie zostały przez Zamawiającego wyraźnie przyznane.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał, co następuje

Ad. I Założeniem postępowania jest uzyskanie przez Zamawiającego jak najkorzystniejszych cen dla każdego składnika cenotwórczego, określonego w SWZ.

Zasady przyznawania punktów dla poszczególnych składników cenotwórczych zostały określone w pkt. XIII SWZ, z których wynika, iż dla danej ceny o symbolu P1 do P8 oraz H1 do H16 Wykonawcy mogą uzyskać punkty, których łączna suma wynosi 90.

Według Odwołującego istotny w tym miejscu jest zapis mówiący o tym, że „Wykonawca, który zaoferuje najniższą cenę otrzyma 90 pkt.”.

Twierdzenie powyższe jest bezzasadne bowiem z całokształtu zapisu SWZ wynika odmienny sposób liczenia punktów. Zaoferowanie najniższych cen we wszystkich pozycjach od P1 do P8 i od H1 do H16 spowoduje uzyskanie 90 pkt.- zgodnie z zapisem XIII.1.1. Nadto, żaden zapis SWZ nie wprowadza formuły przeliczenia ceny oferty rozumianej jako wartość zakładanych ilości usług i przypisanych im cen jednostkowych.

Odwołujący pomija fakt oznaczenia ceny oferty jako sumy iloczynów cen jednostkowych i przypisanych im ilości wskazanych w formularzu ofertowym, we wzorze, o którym mowa w

pkt. XII.5 SWZ oraz umowie.

Zamawiający posługuje się pojęciem cena, z którego nie wynika, że Wykonawca, który zaoferuje najniższą ceną za całość zamówienia otrzyma 90 pkt. Cena oferty została określona przez Zamawiającego w formularzu ofertowym, z którego wynika, że ceną oferty jest suma wartości brutto z poz. od H1 do H16 i od poz. P1 do P8.

Nadto, w pkt. XII.5 Zamawiający określił co jest ceną oferty: „Wartość brutto/cenę oferty należy obliczyć na podstawie zamieszczonego poniżej wzoru - dot. części od nr 1 do nr 5

$$I \times CjPx = KbPx$$

$$I \times CjHx = KbHx$$

$$Z(KbP1, KbP2.....KbP8) + Z(KbH1, KbH2....KbH16) = Wb$$

gdzie: I - ilość zdarzeń/dób

CjPx - cena jednostkowa brutto danej usługi dotyczącej parkowania
gdzie x to dana usługa oznaczona symbolami od P1 do P8

CjHx - cena jednostkowa brutto danej usługi dotyczącej holowania
gdzie x to dana usługa oznaczona symbolami od H1 do H16

KbPx - kwota brutto danej usługi dotyczącej parkowania gdzie x to
dana usługa oznaczona symbolami od P1 do P8

KBHx - kwota brutto danej usługi dotyczącej holowania gdzie x to dana
usługa oznaczona symbolami od H1 do H16

Wb - wartość brutto/cena oferty

Zamawiający zwraca uwagę na dalszą treść pkt. XIII.1.1, który w całości brzmi:

„Wykonawca, który zaoferuje najniższą cenę otrzyma 90 pkt. Obliczenie punktów w kryterium „Cena” dla poszczególnego składnika cenotwórczego (P1-P8/H1-H16) zostanie dokonane w oparciu o następujący wzór:

$$P1/H1-P8/H16 = (Cmin / Co) \times \text{maksymalna ilość punktów odpowiednio dla danego składnika cenotwórczego, gdzie: } P1/H1-P8/H16 - \text{liczba punktów w kryterium „cena” dla danego składnika cenotwórczego, } Cmin - \text{najniższa cena (kwota brutto) dla danego składnika cenotwórczego } P1/H1-P8/H16 \text{ spośród złożonych ofert, } Co - \text{cena (kwota brutto) dla danego składnika cenotwórczego } P1/H1-P8/H16 \text{ oferty badanej}$$

Ocena danej oferty zostanie dokonana poprzez zsumowanie punktów wyliczonych dla każdego składnika cenotwórczego na podstawie wzoru:

$$P1 + P2 + ...P8 + H1 + H1.1 + H2 .. + H16 = C, \text{ gdzie: } P1 \text{ itd. - liczba}$$

punktów dla danego składnika cenotwórczego P H1 itd. - liczba punktów dla danego składnika cenotwórczego H, C - liczba punktów w kryterium „Cena” - suma punktów wszystkich składników cenotwórczych P i H

W ocenie Zamawiającego w/w wzory wskazują jednoznacznie, jak będą przyznawane punkty, co jest ceną oferty - co nie powinno budzić żadnych wątpliwości.

Zamawiający zastosował także kryterium oceny ofert „Upust” jako procentową wartość oferowaną przez Wykonawców w ofercie, wg której rozliczane będą usługi parkowania pojazdów lub ich części w ramach zawartej umowy z następujących względów:

1. przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług parkowania pojazdów lub ich części do celów procesowych, co oznacza, że w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa organy Policji zabezpieczają pojazdy lub ich części jako dowody rzeczowe w procesie karnym. Najistotniejszą przyczyną w działaniach KWP w Poznaniu jest zabezpieczenie pojazdów w wyniku wypadków samochodowych, w tym śmiertelnych oraz wykrywanie nielegalnych składowisk pojazdów lub części (w wyniku kradzieży pojazdów) - tzw. „dziupli samochodowych”. Zabezpieczone do procesów karnych dowody (pojazdy lub części) w zależności od przebiegu procesu karnego, decyzji prokuratury, sądu itd., przechowywane są

na koszt Policji przez wiele miesięcy a nawet lat, a nadto w bardzo dużych ilościach - w zależności od skali przestępczości samochodowej. Często zdarzają się ujawnienia nielegalnych „dziupli”, w których wywożonych jest kilka pełnych tirów kradzionych części. Zabezpieczone po wypadkach drogowych pojazdy na ogół wymagają oględzin mechanoskopijnych - w celu ustalenia faktycznego przebiegu zdarzenia, przyczyn wypadku itd. Proces ten jest długotrwały, co wymaga przechowywania pojazdów lub ich części w długim okresie czasu.

2. Celem kryterium „Upust - w % od ceny parkowania/składowania części/innych przedmiotów” i uzyskanie jego maksymalizacji w postępowaniu o zamówienie publiczne nie jest formalne jego przeliczenie na etapie oceny i badania ofert, ale faktyczne zastosowanie tego upustu w rozliczeniach między KWP w Poznaniu a Wykonawcą, z którym została zawarta umowa. Bowiem w zależności od przebiegu postępowania przygotowawczego i karnego, w zależności od ilości zabezpieczonych rzeczy, ten upust faktycznie przynosi

Zamawiającemu wymierne korzyści, szczególnie w długotrwałym zabezpieczeniu rzeczy - w wyniku umniejszenia naliczenia wynagrodzenia o oferowany przez Wykonawcę upust.

3. W praktyce procesowej występują zabezpieczenia rzeczy również o krótkotrwałym okresie przechowywania, szczególnie w przypadkach zdarzeń o mniejszej szkodliwości, zdarzeń na granicy wykroczenie-przestępstwo i innych mniejszych. Organy Policji w takich przypadkach, podejmują działania w kierunku niezwłocznego zwrotu zabezpieczonych rzeczy - w celu minimalizacji kosztów ich przechowywania. Dlatego też okres 8 dni, za które Policja płaci Wykonawcy pełną cenę za parkowanie i składowanie pojazdów lub części jest pewnego rodzaju kompromisem przewidzianym dla zdarzeń o krótkotrwałym okresie przechowywania.

4. Zarzut Odwołującego dotyczący zasad naliczania upustu tj. rozłożenia go na 2 części od 1 do 8 doby, oraz od 8 doby, jest również spóźniony. Zgodnie z art. 515 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, w tym SWZ wnosi się w terminie 10 dni, licząc od dnia ich zamieszczenia na stronie internetowej.

Należy zwrócić uwagę, iż od Wykonawcy jako profesjonalisty w postępowaniu oczekuje się wysokiego stopnia staranności. W ocenie Zamawiającego każdy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności powinien zapoznać się dokumentami zamówienia.

Ad. II Oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę, co w niniejszym postępowaniu nie nastąpiło. Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony, co również w tym przypadku nie nastąpiło. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.) albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego definicji art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

Ponadto należy zauważyć, iż art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wymaga, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców. Zaznaczyć trzeba, że uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji powinno być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe z uwagi na istniejącą w gospodarce rynkowej swobodę ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców. Ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w

celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji - konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców (por. wyrok SA w Warszawie z 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07, wyrok KIO 2672/18). Co istotne, jak wynika wprost z brzmienia przepisu czyn nieuczciwego zaniżania cen, może być dokonany tylko świadomie, umyślnie, w celu eliminacji innego przedsiębiorcy.

Zamawiający zabezpiecza części lub inne przedmioty do celów procesowych, które mogą -

w zależności od długości postępowania procesowego - być przechowywane u danego Wykonawcy przez dłuższy okres czasu. Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą nie tylko dla Policji i dlatego też koszty związane z prowadzeniem działalności może rozłożyć na inne podmioty, a nie obciążać nimi tylko Policję. Przy rozłożeniu kosztów na różne podmioty i zaoferowanie w poz. P2, P3, P4, P5 i P6 cen na poziomie 1 zł nie przesądza o tym, że są to ceny dumpingowe.

Dla zobrazowania poziomu cen za usługi parkowania przedstawiono porównanie cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu:

Składnik	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr
P parkowa nie	1	2	3	4	5	6 Odwoluj ący KMP Kalisz	7 PW AUT KMP Kalisz	7
P1	5,30	1,95	4,50	1,50	10,00	10,00	20,00	10,00
P2	5,40	2,46	6,00	1,50	15,00	10,00	1,00	2,00
P3	16,00	14,76	8,00	2,00	200,00	15,00	1,00	20,00
P4	30,00	36,90	10,00	10,00	100,00	30,00	1,00	20,00
P5	4,90	4,90	2,00	1,00	10,00	4,00	0,10	0,10
P6	4,90	1,95	1,50	1,00	10,00	2,00	0,10	0,10
P7	7,00	6,90	2,00	1,23	10,00	10,00	2,00	3,00
P8	4,50	4,18	1,00	1,23	1,00	4,00	2,00	3,00

Dla zobrazowania poziomu cen za usługi holowania - porównanie cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu:

Składnik	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr	Oferta nr
H holowani e	1	2	3	4	5	6 Odwoluj ący KMP Kalisz	7 PW AUT KMP Kalisz	7
H1	450,00	393,60	300,00	250,00	750,00	500,00	400,00	400,00
H1.1	480,00	430,50	300,00	299,00	900,00	500,00	50,00	50,00
H2	8,00	5,90	3,00	7,00	12,00	6,00	1,00	1,00
H3	369,00	307,50	200,00	299,00	750,00	400,00	400,00	400,00
H4	480,00	430,50	300,00	299,00	750,00	600,00	300,00	400,00
H4.1	550,00	467,40	300,00	299,00	900,00	600,00	50,00	100,00
H5	9,00	7,40	3,00	7,00	15,00	6,00	1,00	1,00
H6	369,00	356,70	150,00	149,00	750,00	250,00	200,00	250,00
H7	8,00	5,90	1,50	4,00	12,00	4,00	1,00	1,00
H8	369,00	299,00	350,00	159,00	900,00	400,00	100,00	100,00
H9	430,00	418,20	400,00	299,00	1 000,00	650,00	200,00	300,00
H10	6,00	5,90	2,50	4,00	16,00	4,00	2,00	1,00
H10	7,00	7,00	3,00	6,00	20,00	6,00	4,00	2,00
H11	1	1	2	1	3	3	3	2
	990,00	722,00	000,00	499,00	500,00	000,00	000,00	900,00
H11.1	2	2	2	1	4	3	1	1
	460,00	091,00	500,00	899,00	500,00	500,00	000,00	000,00

H12	16,00	14,15	8,00	16,00	25,00	9,00	5,00	5,00
H13	3	3	3	2	6	3	6	6
	690,00	382,50	000,00	000,00	000,00	000,00	000,00	000,00
H13.1	4	4	3	7	7	4	1	1
	305,00	182,00	500,00	490,00	500,00	500,00	000,00	000,00
H14	18,45	15,99	10,00	16,00	35,00	15,00	5,00	5,00
H15	18,45	15,99	10,00	5,99	15,00	15,00	0,10	1,00
H16	430,50	405,90	200,00	119,00	500,00	500,00	600,00	600,00

Z powyższych tabel wynika, iż ceny za usługi parkowania i holowania kształtują się na bardzo różnym poziomie. Każdy z Wykonawców prowadzi inną politykę finansową firmy. Oceniając oferty, Zamawiający przy tak dużych rozbieżnościach cenowych, nie dopatrywał się stosowania przez Wykonawców cen dumpingowych, manipulowania cenami oraz naruszenia uczciwej konkurencji. Nadto, rozbieżności cenowe będą wynikały z szacowanych ilości usług dla danego składnika cenotwórczego. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w sposób nieuprawniony posługuje się pojęciem „manipulowaniem cenami” w odniesieniu do sytuacji, która w istocie jest zaoferowaniem cen w zależności od kryteriów oceny ofert, szacowanych ilości zdarzeń i uwarunkowań techniczno - organizacyjnych prowadzonej przez dany podmiot działalności, co w istocie jest uprawnieniem każdego Wykonawcy biorącego udział w przetargu - w celu uzyskania zamówienia.

Zatem zaoferowanie cen na poziomie 1 zł przez dwóch Wykonawców, 1,50 zł przez trzeciego, 4 zł przez dwóch kolejnych jest wynikiem świadomej kalkulacji, że tego typu

zdarzenia (zabezpieczanie jedynie roweru do procesu karnego) jest niezwykle rzadkim

zdarzeniem, niemalże bezkosztowym. Zabezpieczanie roweru w zderzeniu z innym pojazdem nastąpi natomiast równoległe z zabezpieczeniem innego pojazdu, za którego zabezpieczenie Zamawiający zapłaci odrębną cenę wynikającą ze składnika np. H1, przy

zderzeniu samochodu osobowego z rowerem. Logika rozumowania i wyceny tych przedsiębiorców jest słuszna, a ryzyko dopuszczalne jak pokazują oferty 4 Wykonawców.

Nadto, należy zwrócić uwagę, iż faktury wystawiane po wykonanej usłudze oprócz ceny za faktycznie przejechaną liczbę km, liczoną po cenie za dany składnik cenotwórczy zwarty w umowie, zawierają również cenę za użyty do wykonania danej usługi sprzęt. W ocenie Zamawiającego kwota takiej faktury pokrywa koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Ad. III - Zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z progów, o których mowa w ustawie pzp. Należy jednak podkreślić, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego, a sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie Zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa Pzp wskazuje jedną z zasadniczych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, tj. okoliczność zaniżenia ceny oferty o 30% stosownie do art. 224 ust 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wezwał PW AUT do złożenia wyjaśnienia w trybie art. 224 ust 2 Pzp z następujących względów:

1. cena oferty w stosunku do innych ofert i wartości szacunkowej nie została obniżona o 30%;
2. w stosunku do ofert złożonych w niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe oferowane przez PW AUT nie były najniższe, za identyczny zakres świadczenia;

W ocenie Zamawiającego zaoferowane przez PW AUT ceny nie budziły jego wątpliwości, ponieważ kwestionowane przez Odwołującego pozycje tj. P2, P3, P4, P5, P6 oraz H2, H5, H7, H14 i H15, których łączna wartość wynosi 2 598,10 zł. w całości wartości oferty złożonej przez PW AUT tj. kwoty 457 519,10 zł - stanowiła 0,57%.

Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 1899/21 „Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zakresie 20 pozycji zawartych w ofercie przystępującego i wymienionych m.in. w załączniku nr 4 do odwołania, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że łączna wartość tych pozycji wynosi 1.642.976 zł, co stanowi jedynie 3,15 % wartości ceny całkowitej oferty netto. Tym samym wartość tych pozycji nie pozwala na uznanie, że zawarte w nich ceny stanowią istotne części składowe ceny oferty przystępującego. Sam ten fakt przesądza o tym, że nie ma podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. pozycji.”

Nadto, ilość usług jaka została przyjęta do wyceny w poz. H5, H7, H14 i H15 oraz P3, P6 i P7 wynika, z faktu iż na przestrzeni trwania ostatniej umowy zdarzenia te nie występowały w ogóle albo bardzo sporadycznie i dlatego też Zamawiający do wyceny przez Wykonawców w formularzu ofertowym przyjął symboliczne ilości tych usług tj. po 1 usłudze.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO stwierdzenie rażąco niskiej ceny może dotyczyć ceny całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia lub jej istotnej części składowej. Nie jest zatem możliwe odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów oferty, niemających istotnego charakteru.

W wyroku KIO 2032/19, Izba uznała, że co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej

umowy.

Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji rażąco niskiej ceny. Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, której zachowanie przy uwzględnieniu reguł rynkowych skutkuje brakiem opłacalności wykonania zamówienia.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, iż Wykonawca S.K. PW AUT świadczy przedmiotowe usługi na rzecz KWP w Poznaniu już od kilkunastu lat. Co więcej, usługi te wykonywane były dotychczas w sposób należyty. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego brak było uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowania w niniejszym przetargu przez Wykonawcę S.K. cen rażąco niskich.

Ponadto, nie ulega wątpliwości, iż pozostali wykonawcy także mieli możliwość uzyskania informacji, które elementy przedmiotu zamówienia mają charakter incydentalny lub bagatelny a następnie mogli uwzględnić to odpowiednio w swoich szacunkach. Zaznaczyć należy, iż Zamawiający, w przypadku usług które występują sporadycznie i mają marginalny udział, przyjął symboliczne ilości tych usług do wyceny przez Wykonawców w formularzu ofertowym.

W wyroku KIO 263/20 KIO uznała, że kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza, iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane. Wykonawca posiadający infrastrukturę sprzętowo - osobową będzie miał mniejsze koszty realizacji zamówienia, aniżeli Wykonawca, który w celu spełnienia wymogów wskazanych w OPZ będzie zmuszony zakupić dodatkowe środki trwałe lub zatrudnić nowy personel. Ocena istnienia rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który z zachowaniem reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą realizację zamówienia od innych konkurencyjnych podmiotów. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie, „W trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej.” (wyrok KIO 460/17).

W ocenie Zamawiającego nie istnieją żadne przeszkody, aby Wykonawca S. Kowalczyk PW AUT prowadząc działalność gospodarczą nie mógł rozkładać kosztów świadczonych usług na obsługę zdarzeń - finansowych przez wiele podmiotów - obsługa wypadku samochodowego wymaga podstawienia lawety, dźwigu, obsługi pracowników itp. Jeżeli zatem usunięcie skutków wypadku wymaga usunięcia pojazdu dla celów procesowych i usunięcia pojazdu, którego koszty pokrywa ubezpieczyciel (nie zabezpieczonego przez Policję do celów procesowych) - nie ma żadnych przeszkód aby ładunek obu pojazdów dokonać przy pomocy jednej lawety, czy tych samych dwóch pracowników - zmniejszając koszty obu świadczeń. W ocenie Zamawiającego optymalizacja kosztów świadczonych usług jest dopuszczalna i nawet wymagana w obrocie gospodarczym. Warto w tym miejscu

przytoczyć zapis w § 1 ust. 2 pkt 14 projektu umowy cyt:

„Wykonawca zobowiązany jest do optymalnego wykorzystania dostępnego mu sprzętu w ten sposób, że w przypadku, gdy na lawecie holowany jest więcej niż 1 pojazd np. pojazd i części Wykonawca naliczy jedną opłatę, największą spośród cen zaproponowanych w ofercie dla wykonywanej usługi”. Istotą powyższego zapisu jest optymalizacja kosztów po stronie Zamawiającego, natomiast ten zapis umowy z Policją nie wyklucza holowania pojazdów do celów procesowych na rzecz Policji na lawecie łącznie z pojazdem, którego holowanie finansuje inny podmiot - np. właściciel, ubezpieczyciel, Starosta, czy inny podmiot.

Jak wynika z wyroku KIO 1899/21 „W tym miejscu należy wskazać, że wykonawcy mogą w różny sposób kalkulować ceny swoich ofert, o ile nie naruszają w tym zakresie postanowień zawartych w swz. Tym samym różnorodna metodologia ustalania cen jednostkowych, a w efekcie całkowitej ceny oferty, nie jest nietypową sytuacją rynkową, również w obszarze

zamówień publicznych. (...) mimo stosunkowo niskich cen w niektórych pozycjach,

wykonawca może ostatecznie złożyć najdroższą lub jedną z najdroższych ofert w

postępowaniu. Istotne bowiem jest to, aby jego sposób kalkulacji ceny zapewniał należyte wykonanie zamówienia, a nie to, by był analogiczny do sposobu wyceny innych wykonawców lub zamawiającego (z zastrzeżeniem konieczności uwzględniania postanowień swz)”.

Reasumując powyższe, mając na uwadze konieczność uzyskiwania oszczędności w wydatkach Skarbu Państwa oraz mając na uwadze obecną sytuację w kraju i na świecie czego konsekwencją jest znaczne obciążenie Budżetu Państwa z uwagi na znaczną pomoc przedsiębiorstwom i obywatelom, a tym samym mniejszy budżet dla jednostek

Policji, uzyskanie cen na takim poziomie jak oferuje Wykonawca S.K. PW AUT, przy jednoczesnym zagwarantowaniu należytego wykonania zamówienia jest sytuacją oczekiwaną przez Zamawiającego i dogodną dla budżetu.

Zamawiający podtrzymuje więc swoje stanowisko dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 (KMP Kalisz) z dnia 18.10.2022 r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AUT” S.K. w Kaliszu wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stanowisko w stosunku do zarzutów i żądań odwołania w aspekcie formalnym i

merytorycznym.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący odnośnie stanowiska Przystępującego co do potrzeby oddalenia zarzutu wobec wskazania wadliwości i braku uzasadnienia prawnego podniósł poprawność zarzutu wobec wskazania okoliczności faktycznych i podania naruszonego przepisu ustawy. Złożył formularz ofertowy części IV gdzie wskazano ten sam parking, co w części III objętej sporem, zestawienie różnic cen za parkowanie w tym miejscu (Zduny Kościelne) dla takich samych rodzajów pojazdów - tego samego zakresu usługi. Oceniał, że w części III Przystępujący zaoferował ceny z zamiarem eliminacji konkurenta. Złożył pisemne informacje otrzymane ze Stowarzyszenia Polska Pomoc Drogowa (której również Przystępujący jest członkiem) z oceną przedmiotowego stanu faktycznego oraz wskazaniem cen na analogiczne usługi pomocy drogowej na obszarze kraju. Złożył tabele usługi parkowania oraz usługi holowania, w których przedstawił kwoty zaoferowane przez poszczególnych wykonawców dla usług holowania oraz parkowania zauważając, że pozostali poza Przystępującym wykonawcy kalkulowali cenę usługi w zależności od liczby zdarzeń (str. 34 formularz oferty - liczba zdarzeń). Przystępujący nie zaoferował ceny realnej w odróżnieniu od pozostałych wykonawców. Wskazał na różnice cen dla tych samych usług w roku 2020 i obecnie, przedstawione w odwołaniu dla pozycji H2-H15. Podkreślił zaburzenie wyników oceny ofert i manipulację cenami stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Podał przykład ceny parkowania P1 pojazdu osobowego za 20 zł i P3 pojazdu ciężarowego - 1 zł. Przypomniał treść SWZ w punkcie XII, gdzie zdefiniowano cenę i jej składowe i cenę jednostkową, która musi być realna i stanowi kryterium oceny ofert.

Zamawiający zauważył, że część IV zamówienia wskazana przez Odwołującego nie stanowi przedmiotu sporu. Odnosząc się do dokumentów autorstwa PPD zauważył, że przedstawione tam ceny nie adekwatne do obecnego postępowania i jako średnie niemogące odzwierciedlać rzeczywistych zjawisk rynkowych. Autor przedstawionej oferty zadeklarował brak znajomości całego postępowania. Oceniał, że Przystępujący, jako wieloletni wykonawca prowadzący działalność jest zorientowany w kosztach i cenie usługi, a ewentualne ich zaniżenie doprowadziłoby do upadłości tego podmiotu. Wskazał na czynnik upustu niepodniesiony przez Odwołującego, które to kryterium zmniejsza znaczące różnice przyznanej punktacji. Zauważył, że pomimo podniesionej tezy o nierealnej cenie przez wybranego wykonawcę brak jest na tę okoliczność stosownych wyliczeń. Zauważył, że dla usług P rozbieżność cen jest znacząca od 1,50 zł do 200 zł, przy czym Odwołujący nie wskazał, jaka z tych cen miałaby być realna. Podobnie ceny usług H różnią się między sobą wielokrotnie. Powyższe dotyczy też innych wykonawców, które zostały przytoczone przez Odwołującego, jako ceny realne w odróżnieniu od cen Przystępującego. Przyjęte w postępowaniu kryteria oceny ofert zostały oparte na wieloletnim doświadczeniu. Wskazane przykładowo znaczące różnice cen nie pozwalają uznać za wadliwe cen tylko jednego wykonawcy. Podkreślił ryzyko wykonawcy właściwego skalkulowania ceny. Stwierdził, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem przyjętych kryteriów ceny ofert.

Przystępujący ponownie ocenił ponownie zarzut odwołania, jako blankietowy i niesprecyzowany z próbą doprecyzowania go na rozprawie. Podkreślił brak dowodów na okoliczność cen będących przedmiotem rozpoznania (analogicznie w wyroku KIO 2460/22) uznaje opracowanie tabelaryczne Odwołującego za niedowodzące zarzutu o manipulacji ceny w zależności od liczby zdarzeń. Neguje walor dowodowy pisma Stowarzyszenia PPD. Jednocześnie zauważa, że w tym dokumencie na str. 6 podano informacje o średnich stawkach przeczące tezom postawionym przez Odwołującego przy jego stawkach zaoferowanych w postępowaniu. Złożył ofertę innego podmiotu na analogiczne usługi z cenami niższy niż w przedmiotowym postępowaniu (porównanie 30 gr a 1 zł). Stwierdził, że oferty skalkulował w oparciu o własne doświadczenie. Przeczy twierdzeniom, iż część usług jest finansowana z kosztów innych usług - finansowane skrośne. Odnośnie kwestionowanej stawki w H15 - 10 gr złożył 3 fotografie wskazując na możliwość uwzględnienia usługi w H16 w usłudze H1; na taką rzeczywistą okoliczność złożył fakturę z 31.08.2022r.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak

również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika, przedstawione na rozprawie przez odwołującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołującego, który kwestionuje wynik postępowania w postaci wyboru przez zamawiającego oferty konkurenta z powodu błędnej oceny złożonej przez ten podmiot oferty, jest oczywisty, skoro odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia na warunkach odpowiadających przepisom prawa.

W ocenie składu orzekającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający nie podziela stanowiska przystępującego wskazującego na formalne braki odwołania w zakresie podniesionego zarzutu głównego. Prawdą jest, że przepisy dotyczące zawartości odwołania wymagają przedstawienia podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych podnoszonych zarzutów. W ocenie przystępującego odwołujący wskazał jedynie na podstawę prawną zarzutu bez określenia podstawy faktycznej uznając zarzut (w piśmie wskazany omyłkowo jako „zrzut”) za blankietowy. Należy stwierdzić, że całość argumentacji z przedstawionym stanem faktycznym, w szczególności zawartym w uzasadnieniu odwołania pozwala na konstatację, iż zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji został opisany w sposób pozwalający na jego ocenę merytoryczną, zatem nie wymaga uzupełnienia, niezależnie od kwestii dopuszczalności takiej ewentualnej czynności.

Skład orzekający po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem podniesionych zarzutów ustalił zgodnie z postanowieniami SWZ

przedmiot zamówienia, przyjęte dwa kryteria oceny ofert oraz treść dwóch ofert złożonych dla części 3 postępowania, pomocniczo, zgodnie z sugestiami wszystkich uczestników, częściowo w zakresie niezbędnym, także ofert złożonych przez innych wykonawców w pozostałych częściach zamówienia.

Nie jest sporna okoliczność, iż cena łączna oferty przystępującego jest wyższa od ceny oferowanej przez odwołującego. Ceny te zostały ogłoszone na sesji otwarcia ofert. Jednakże, stosownie do postanowień specyfikacji kilkakrotnie zresztą cytowanych zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego, o wyniku postępowania miał zadecydować przede wszystkim wynik obliczeń opartych na cenach jednostkowych wskazanych w ofertach, zarówno dla usług parkowania (P.) jak i holowania (H.). Sposób obliczenia punktacji nie był kwestionowany w okresie przed złożeniem ofert, w tym także zasady naliczania upustu tj. rozłożenia go na 2 części od 1 do 8 doby, oraz od 8 doby.

Iżba ocenia, że w sprawie nie zostało dowiedzione, iż oferta przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony, co również w tym przypadku nie nastąpiło. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ewentualnie odpowiadającego definicji art. 3 ust. 1 tej ustawy. Art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wymaga, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i skierowanym na eliminację innych przedsiębiorców. Uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji powinno być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe z uwagi na istniejącą w gospodarce rynkowej swobodę ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców. Czyn nieuczciwego zaniżania cen, może być dokonany tylko świadomie, umyślnie, w celu eliminacji innego przedsiębiorcy.

Z porównania cen ujętych w niekwestionowanych co do treści tabelach wynika, iż ceny za usługi parkowania i holowania kształtują się na bardzo różnym poziomie. Każdy z Wykonawców prowadzi inną politykę finansową firmy. Oceniając oferty przy znaczących, mierzonych nawet krotnościami, różnicach, nie dotyczących jedynie przystępującego, Zamawiający, przy tak dużych rozbieżnościach cenowych, nie miał podstaw do uznania, iż

wykonawcy stosowali ceny dumpingowe, manipulowali cenami i naruszyli zasady uczciwej konkurencji. Okoliczności te wskazują na odmienne metody kalkulacji ceny dla poszczególnych składników. Rozbieżności cenowe mogą wynikać i zapewne w oparciu o doświadczenie wykonawców, wynikają z szacowanych ilości usług dla danego składnika cenotwórczego. Użycie przez odwołującego pojęcia manipulowania cenami, zważywszy na jego pejoratywny wydźwięk, jest w ocenie Izby, niezasadne, jakkolwiek niewątpliwie sposób kalkulacji mógł się wydawać zaskakujący w zakresie przykładów powołanych przez odwołującego. Wydaje się oczywiste, że kalkulacja cen usług była służebna wobec celu, jakim było uzyskanie najkorzystniejszego wyniku punktowego prowadzącego do wygrania przetargu. W istocie rzeczy zatem, wykonawcy w większości, a w części trzeciej, przystępujący, opracowali kalkulacje zgodnie z wymogami w zależności od kryteriów oceny ofert, szacowanych ilości zdarzeń i uwarunkowań techniczno - organizacyjnych prowadzonej przez dany podmiot działalności, co w istocie jest uprawnieniem każdego Wykonawcy biorącego udział w przetargu - w celu uzyskania zamówienia. Zatem zaoferowanie cen na poziomie 1 zł przez dwóch Wykonawców, 1,50 zł przez trzeciego, 4 zł przez dwóch kolejnych jest wynikiem świadomej kalkulacji, że tego typu zdarzenia (zabezpieczanie jedynie roweru do procesu karnego) jest niezwykle rzadkim zdarzeniem, niemalże bezkosztowym. Zabezpieczanie roweru w zderzeniu z innym pojazdem nastąpi natomiast równolegle z zabezpieczeniem innego pojazdu, za którego zabezpieczenie Zamawiający zapłaci odrębną cenę wynikającą ze składnika np. H1, przy zderzeniu samochodu osobowego z rowerem. Logika rozumowania i wyceny tych przedsiębiorców jest słuszna, a ryzyko dopuszczalne jak pokazują oferty 4 Wykonawców. Nadto, należy zwrócić uwagę, iż faktury wystawiane po wykonanej usłudze oprócz ceny za faktycznie przejechaną liczbę km, liczoną po cenie za dany składnik cenotwórczy zawarty w umowie, zawierają również cenę za użyty do wykonania danej usługi sprzęt. Zatem twierdzenie zamawiającego, że kwota takiej faktury pokrywać będzie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, nie jest bezpodstawna.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego wskazującego na zaniechanie zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, że nie zaistniały w sprawie przesłanki ustawowe obligujące zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zaoferowanej ceny mogącej mieć znamiona rażąco niskiej. Zamawiający przekonująco także przedstawił argumenty na okoliczność braku wątpliwości co do potrzeby prowadzenia takiego postępowania z własnej inicjatywy.

Wg informacji zamawiającego zaoferowane przez PW AUT ceny nie budziły jego wątpliwości, ponieważ kwestionowane przez Odwołującego pozycje tj. P2, P3, P4, P5, P6 oraz H2, H5, H7, H14 i H15, których łączna wartość wynosi 2 598,10 zł. w całości wartości oferty złożonej przez PW AUT tj. kwoty 457 519,10 zł - stanowiła 0,57%. Ilość usług jaka została przyjęta do wyceny w poz. H5, H7, H14 i H15 oraz P3, P6 i P7 wynika, z faktu iż na przestrzeni trwania dotychczasowej umowy zdarzenia te nie występowały w ogóle albo bardzo sporadycznie i dlatego też Zamawiający do wyceny przez Wykonawców w formularzu ofertowym przyjął symboliczne ilości tych usług tj. po 1 usłudze. Zatem na stanowisku zamawiającego zaważyło realne doświadczenie lat ubiegłych i przewidywania dotyczące okresu realizacji umowy. Analogiczne doświadczenie mogło być także podstawą kwestionowanej kalkulacji ofertowej przystępującego.

Za znaczący argument uznać także przewidywaną możliwość optymalizacji kosztów przez wykorzystanie sprzętu do jednoczesnego świadczenia więcej niż jednej usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia przewidzianą w § 1 ust. 2 pkt 14 projektu umowy.

W świetle dokonanych ustaleń stwierdzić należy, że teza zarzutu podstawowego, jak ewentualnego nie została potwierdzona dowodowo, w szczególności brak jest wykazania ceny dla składników kwestionowanych, która mogłaby być uznana za realną.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający rozpoznający zarzuty odwołania nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak powyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: