Sygn. akt: KIO 68/23

WYROK

z dnia 24 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 stycznia 2023 r. przez Odwołującego Wan-Bus Sp. z o.o. (ul. T. Bairda 56/4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Pasym (ul. Rynek 8, 12-130 Pasym)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. w zakresie części II i III, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie części II i III, w tym odrzucenie oferty tego Wykonawcy,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gmina Pasym (ul. Rynek 8, 12-130 Pasym) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wan-Bus Sp. z o.o. (ul. T. Bairda 56/4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki) tytułem wpisu od

odwołania, kwotę 3505 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące pięćset pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego Gmina Pasym (ul. Rynek 8, 12-130 Pasym) na rzecz Odwołującego Wan-Bus Sp. z o.o. (ul. T. Bairda 56/4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki) kwotę 11005 zł 50 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., 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: ……..……..

Sygn. akt: KIO 68/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Pasym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dowozu i odwozu dzieci ze szkół na terenie miasta i gminy Pasym na podstawie biletów miesięcznych, wraz ze sprawowaniem opieki nad dziećmi w czasie ich przewozu, jak również w trakcie ich wsiadania i wysiadania w terminie od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w 17 listopada 2022 roku Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00444318/01.

Odwołujący WAN-BUS sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy PUH A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. w zakresie części nr II i III.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 252 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieodrzucenie oferty i dokonanie wyboru oferty PUH A. T., pomimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia bez dowodów nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie części II i III zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą PUH A. T. w zakresie części II i III,

2) ponowne dokonanie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem

oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. w zakresie części II i III.

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem

postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających

odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności

oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

2 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej w 3

części II i III zamówienia ceny oferowanej za bilet miesięczny. 5 grudnia 2022 r. Wykonawca złożył pismo mające stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia są niejasne, niepełne, niezgodne z rzeczywistością, a Wykonawca nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wezwał również Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie wykorzystania autobusów zaoferowanych w zamówieniu do realizacji innych usług. Wykonawca odpowiedział, pismem z dnia 11 grudnia 2022 r., że w dni wolne od nauki szkolnej będzie kierował autobusy do realizacji innych zleceń, a nie w trakcie dni nauki szkolnej. Powyższe w ocenie Odwołującego, w dalszym ciągu nie dopełniło wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający 3 stycznia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i III, tj. oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. .

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, uznając, że Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 252 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzucenie oferty i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T., pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia bez dowodów nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W argumentacji Odwołujący wskazał, że oferty ww. Wykonawcy zawierają cenę niższą o 30% od wartości zamówienia brutto. Ponadto ceny zaproponowane przez wybranego Wykonawcę różnią się znacznie od pozostałych ofert.

Jak wskazał Odwołujący, jedynym przychodem jest przychód ze sprzedaży biletów miesięcznych na rzecz Gminy dla uczniów. Zgodnie z wiedzą Odwołującego wynikającą z dotychczasowego doświadczenia przy realizacji zamówienia w ubiegłych latach, nie będzie dodatkowego przychodu ze sprzedaży biletów jednorazowych ani miesięcznych dla osób prywatnych chcących skorzystać z komunikacji regularnej na powyższych trasach.

Jak wskazał Odwołujący, Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. przyjął jedynie koszty zatrudnienia pracowników wykonujących pracę na rzecz Wykonawcy, paliwa niezbędnego do świadczenia usług transportowych i minimalne koszty eksploatacji. Nie wziął jednak pod uwagę wielu innych kosztów związanych z realizacją usługi w tym ewentualnych kosztów związanych z utrzymaniem bazy autobusowej na miejscu lub kosztów dojazdu z bazy i do bazy do Olsztyna (siedziby Wykonawcy), kosztów

ubezpieczenia OC, zakupu kas fiskalnych, badań technicznych pojazdów, transportu pracowników z Olsztyna, leasingu pojazdów.

W zakresie zatrudnienia pracowników przewoźnik na każdą z części potrzebuje jednego kierowcę i jedną opiekunkę, a zatem koszty związane z zatrudnieniem dla pracownika zatrudnionego na cały etat wyniosą 4204,75 złotych brutto. Przewoźnik sugerował, że będzie zatrudniał kadrę pracowniczą na pół etatu, co stanowi koszt pracodawcy po 2102,38 złotych brutto na jednego pracownika. Od 1 lipca br. nastąpi podwyżka płacy minimalnej, wówczas koszt pracownika zatrudnionego na pół etatu dla pracodawcy wyniesie 2168,64 zł za jednego pracownika.

Odwołujący wskazał, że znalezienie pracowników pracujących za minimalne wynagrodzenie jest w realiach obecnego rynku przewoźników niemożliwe.

Odwołujący wskazał także na nieprawidłową kalkulację kosztów paliwa. Pojazd podany przez Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. do świadczenia usługi, tj. Mercedes Tourismo realnie będzie spalał paliwo w granicach 25 litrów na 100 km a nie 17 litrów na 100 km, tak jak napisał w swoich wyjaśnieniach Wykonawca. Jak wyjaśnił Odwołujący, spalanie paliwa w granicach 17 litrów jest realne, ale dla mniejszych pojazdów do 20 miejsc. Natomiast autobusy konieczne do realizacji przedmiotowego zamówienia są autobusami dużymi, ponad 50-miejscowymi. Na dowód powyższego Odwołujący złożył wydruki przykładowych ofert zakupu autobusów Mercedes Tourismo w podobnym roczniku, wskazujące, iż spalanie średnio wynosi ok. 25 litrów na 100 km.

Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. wskazał długość trasy - 100 km na części I i 80 km na części II, natomiast według Odwołującego długość trasy to 120 km na części I i 80 km na części II. Wykonawca przyjął również cenę 6,50 zł netto za litr paliwa, natomiast Odwołujący przyjął kwotę 7,38 zł, tj. aktualną cenę paliwa na dzień 5.01.2023 r. Ponadto Wykonawca przyjął z niewyjaśnionych powodów kwotę paliwa netto (z wyliczeń wynika, że jest to jednak kwota brutto więc Wykonawca podał błędne dane). Powyższe zdaniem Odwołującego prowadzi do sytuacji, że Wykonawca nie uzyska żadnego zysku z przedmiotowej usługi.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca przyjął koszty amortyzacji pojazdu na kwotę 240 zł za autobus, jest to jednak nierzeczywista i nierynkowa kwota, bowiem należało przyjąć minimum 650 zł za autobus. Umycie autobusu to kwota ok. 80 zł (która powinna zostać uwzględniona przy częstotliwości kilka razy w miesiącu), dodatkowo należy wziąć pod uwagę koszty napraw eksploatacyjnych, olejów, płynów, filtrów i koszty w razie awarii, czy koszt

przeglądu technicznego, który wynosi 199 zł. Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. przyjął zatem znacznie zaniżoną cenę.

Wykonawca nie wziął pod uwagę wielu innych kosztów, takich jak np.:

- baza autobusowa. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca w Gminie Pasym ani w okolicy nie będzie w stanie znaleźć bezpłatnej bazy transportowej. Ceny miesięcznego wynajęcia miejsca postojowego kształtują się w granicach od 1400 do 2200 złotych.

- koszty ubezpieczenia, które również Wykonawca pominął, a które są obowiązkowe (co najmniej 166,66 zł),

- ubezpieczenie AC, które miesięcznie wynosi ponad 900 zł (przy umowie leasingu konieczne jest posiadanie ubezpieczenia AC)

- koszty związane z kasami fiskalnymi (405,90 zł miesięcznie).

Odwołujący wskazał, że z oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. wynika, że podstawą do dysponowania pojazdami jest umowa leasingu, jednakże w swoich wyliczeniach Wykonawca pominął te koszty. Odwołujący załączył do odwołania przykładową ofertę leasingu na autobus z 2016 r, o podobnych parametrach, w której miesięczny leasing wyniósł 6279 zł. Załączył także jedną ze swoich umów leasingu wraz z fakturą, według której koszt miesięczny to ponad 5000 zł.

Odwołujący wskazał również na kwestię pojazdów zastępczych, których Wykonawca nie wziął pod uwagę w swoich wyjaśnieniach. Zgodnie z umową, w przypadku awarii pojazdu Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć na własny koszt i odpowiedzialność transport zastępczy.

Zdaniem Odwołującego, koszty za realizację zamówienia w części II wyniosą 16266,92 zł, co generuje stratę na poziomie 7349,08 zł miesięcznie. Koszty za realizację zamówienia w części III wyniosą 14717,12 zł, co generuje stratę na poziomie 7732,40 zł miesięcznie. W opinii Odwołującego Wykonawca nie wygeneruje jakiegokolwiek zysku z realizacji umowy za zaproponowaną kwotę, brak więc wątpliwości, iż cena jest rażąco niska.

Odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy, Odwołujący stwierdził, że są one niejasne, niekompletne i w żaden sposób nie wyjaśniły rażąco niskiej ceny. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien odrzucić ofertę Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T., ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. W argumentacji Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

W specyfikacji warunków zamówienia, w rozdz. XIII „Opis sposobu obliczania ceny" zamawiający wymagał aby wykonawca określił cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr

1 do SWZ ceny ofertowej brutto za jeden bilet miesięczny. W pkt 2 rozdz. XIII ustalone zostało, iż wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy, nie będzie podlegało zmianom. Cenę ryczałtową należało ustalić na podstawie kalkulacji własnej, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty zgodnie z załączonym formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Cena powinna być wyrażona w złotych polskich, do której należało doliczyć podatek od towarów i usług VAT. Na tak sformułowane wymaganie w SWZ dotyczące zasad kalkulacji ceny wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie wnosili zastrzeżeń ani też nie kierowali do zamawiającego pytań o wyjaśnienie treści SWZ. Brak reakcji wykonawców na postanowienia SWZ jest dowodem na to, iż akceptowali zasadę obliczenia ceny według własnej kalkulacji. Zgodnie z rozdz. XIV SWZ Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty powinien kierować się trzema kryteriami tj. ceną za 1 bilet miesięczny, wiekiem autobusów i czasem reakcji /podstawienie autobusu zastępczego w przypadku awarii/.

Dalej Zamawiający wskazał, ze w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik Nr 1 do SWZ w pkt B wykonawca powinien złożyć oświadczenie o wykonaniu usługi za cenę, prezentowaną jako cena za 1 bilet miesięczny tj. cenę netto, podatek VAT i cenę brutto za 1 bilet miesięczny. Zgodnie z SWZ zamawiający wymagał od wykonawców ustalenia ceny za 1 bilet miesięczny stosując kalkulację własną, bez wytycznych jakie składniki mają wpływ na cenę biletu. Postanowienie SWZ, iż cena ma charakter ryczałtowy /rozdz. XIII/ jednoznacznie zwalniało wykonawców od przedstawienia w formularzu ofertowym szczegółowej kalkulacji ceny za 1 bilet i prezentowania wszystkich składników

cenotwórczych.

Zdaniem Zamawiającego, charakter ryczałtowy ceny za 1 bilet miesięczny świadczy o tym, iż to na wykonawcy ciążyło ryzyko nieprawidłowej kalkulacji i ryzyko ewentualnego poniesienia straty w przypadku błędnego oszacowania ceny biletu.

Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny oferty zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy, uznając iż wykonawca wykazał należyte obliczenie ceny za 1 bilet miesięczny. Zamawiający przeprowadził sprawdzenie danych zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy i na tej podstawie przyjął za prawidłowe wyliczenie ceny. Zamawiający przedstawił własną kalkulację ceny:

„Kalkulacja wyliczenia ceny biletu miesięcznego dla trasy nr II (Giławy- Elganowo- SP Pasym) Trasa II Przejazd rano: Giławy- Rusek Mały-Elganowo- Przedszkole w Pasymiu-Szkoła Podstawowa w Pasymiu Ilość przejechanych km: 23,1

Po południu: 2 kursy 1) SP Pasym- Przedszkole w Pasymiu- Elganowo- Rusek Mały-Giławy (powrót do SP Pasym) 2) SP Pasym- Przedszkole w Pasymiu- Elganowo- Rusek Mały-Giławy Ilość przejechanych km: 61 Dziennie: ok. 85 km, co w skali miesiąca (przyjmując, że średnio uczniowie dojeżdżać do szkół będą 20 dni) daje ok. 1700 km

Spalanie autobusu: Zakładając, że przeciętne spalanie autobusu wynosi: 20 1/100 km

Autobus będzie spalał ok. 340 litrów .Średnia hurtowa cena paliwa w okresie 30.11.2022 r. -5.12.2022 r. wynosi 6.59 zł/l (dane ze strony internetowej PKN ORLEN:

iznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive Koszt paliwa: 340 l x 6.60 zł =2244 zł

Zatrudnienie pracowników na pół etatu (2 osoby): 4204,76 zł Podana przez Wykonawcę cena za 1 bilet miesięczny: 133,78 zł (jest to 49% realnej ceny biletu, ponieważ Wykonawca będzie otrzymywał rekompensatę z Urzędu Marszałkowskiego w wysokości 51 %). Całkowita cena biletu będzie wynosiła: 273,02 zł, co w skali miesiąca daje: 34 bilety x 273,02= 9282,68 Koszty eksploatacyjne: 300 zł Zysk: 2533,92 zł Dodatkowo: Wykonawca będzie świadczył usługi zbiorowego transportu publicznego, więc autobusami będą jeździły również osoby prywatne. W zapisach umowy mamy również zapis, że za zgodą Zamawiającego, jeżeli liczba miejsc siedzących będzie wystarczająca (każdy uczeń musi mieć swoje miejsce siedzące), Wykonawca może zamienić autobusy np. na busy.

Trasa: III Rano: Narajty- Tylkowo- Michałki- Krzywonoga Ilość przejechanych km: 11,1 Po południu: 2 kursy 1) SP Tylkowo- Narajty- SP Tylkowo- Michałki- Krzywonoga (powrót do SP Tylkowo) 2) SP Tylkowo- Michałki- Krzywonoga- Narajty Ilość przejechanych km: 37,2 Dziennie: ok. 50 km, co w skali miesiąca (przyjmując, że średnio uczniowie dojeżdżać do szkół będą 20 dni) daje ok. 1000 km

Spalanie autobusu: Zakładając, że przeciętne spalanie autobusu wynosi: 20 1/100 km Autobus będzie spalał ok. 200 litrów Średnia hurtowa cena paliwa w okresie 30.11.2022 r. -

5.12.2022 r. wynosi 6.59 zł/l (dane ze strony internetowej PKN ORLEN:

iznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive Koszt paliwa: 200 l x 6.60 zł =1320 zł. Zatrudnienie pracowników na pół etatu (2 osoby): 4204,76 zł Podana przez Wykonawcę cena za 1 bilet miesięczny: 122,85 zł (jest to 49% realnej ceny biletu, ponieważ Wykonawca będzie otrzymywał rekompensatę z Urzędu Marszałkowskiego w wysokości 51 %). Całkowita cena biletu będzie wynosiła: 250,71 zł, co w skali miesiąca daje: 29 bilety x 250,71 = 7270,59 Koszty eksploatacyjne: 300 zł Zysk: 1445,83 zł Łączny zysk na 2 trasach: 3979,75 zł”.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że przeprowadził czynność wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z prawem, słusznie przyjął, że cena za 1 bilet miesięczny obliczona została z należyta starannością i z pewnością pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej w części II i III zamówienia ceny oferowanej za bilet miesięczny dnia 2 grudnia 2022 r. 5 grudnia 2022 r. Wykonawca złożył pismo zawierające wyjaśnienia. Treść wyjaśnień jedynie pogłębiła wątpliwości, w żaden sposób nie przekonała, że cena zaoferowana przez Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. nie jest rażąco niska.

Wykonawca zobowiązany jest do skalkulowania ceny z należytą starannością. W niniejszym postępowaniu Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. nie wykazał, aby skalkulował cenę z należytą starannością. Kalkulacja przedstawiona przez ww. Wykonawcę nie tylko zawiera wartości zaniżone, które nie znajdują odzwierciedlenia w realnych cenach, ale również kalkulacja jest niepełna. Nie uwzględnia kosztów, które Wykonawca

będzie zobowiązany ponieść. Wykonawca w żaden sposób nie ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie przystąpił do postępowania odwoławczego i nie bronił prawidłowości i kompletności własnej kalkulacji. Co istotne, do złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody, które potwierdzałyby realność zaproponowanych cen. Tymczasem Wykonawca był zobowiązany nie tylko prawidłowo i rzetelnie skalkulować koszty, ale wykazać i udowodnić ich realność. Jest to istotne dlatego, że Zamawiający (zgodnie z dyspozycją wynikającą z ustawy Prawo zamówień publicznych) zwrócił się do Wykonawcy, aby ten wykazał realność zaoferowanej ceny. Brak wykazania realności zaoferowanej ceny, brak złożenia dowodów potwierdzających twierdzenia Wykonawcy zawarte w treści wyjaśnień, prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie wykazał, aby cena zaoferowana w ofercie była realna.

Bez znaczenia pozostaje argument Zamawiającego podniesiony w odpowiedzi na odwołanie, że cena w niniejszym postępowaniu miała charakter ryczałtowy. Nie ma znaczenia, jaki charakter ceny w postępowaniu przyjął Zamawiający, bowiem każdorazowo wykonawca jest zobowiązany do oferowania ceny realnej i prawidłowo skalkulowanej dla danego postępowania.

Bez znaczenia również dla pozostaje podnoszony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy

z udziałem stron argument, że Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. składając wyjaśnienia 5 grudnia 2022 roku nie odnosił się do faktów, które Odwołujący brał pod uwagę.

W ocenie Izby istotna jest jednak okoliczność, że wszelkie koszty, jakie przyjął Wykonawca są niewiarygodne, a Wykonawca nie udowodnił ich realności, mimo że to na nim spoczywał ciężar wykazania realności kosztów. Pominął w kalkulacji koszty leasingu, co oznacza, że nie dokonał prawidłowej i wiarygodnej kalkulacji, a zatem zaoferowaną przez niego cenę należało uznać za rażąco niską.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron stwierdził, że: skoro Wykonawca nie wymienia pozostałych kosztów, to nie miały one wpływu na cenę. Ponownie należy wskazać, że wykonawca jest zobowiązany na wezwanie Zamawiającego wykazać, że jego cena jest realna, a zatem nie jest rażąco niska. Skoro Wykonawca pomija koszty w kalkulacji, to stanowi to podstawę do uznania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest rażąco niska.

Jak trafnie zauważył Odwołujący, Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. nie uwzględnił w kalkulacji czynników, które będą miały wpływ na cenę – dotyczy to wzrostu wynagrodzenia za pracę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (od początku lipca 2023 roku). Wykonawca uwzględnił minimalne wynagrodzenie za pracę przyjmując dane za rok ubiegły i nie uwzględniając zmiany przepisów w tym zakresie. Powyższe jednoznacznie wskazuje na błędną kalkulację Wykonawcy i realizację zamówienia za cenę nierealną. Nierealne będzie bowiem świadczenie usługi przy wynagrodzeniu personelu poniżej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Ponadto Wykonawca nie wykazał, aby dysponował personelem, który będzie gotowy świadczyć pracę na rzecz Wykonawcy przyjmując wynagrodzenie w wysokości najniższego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca nie złożył żadnej umowy o pracę oraz żadnego oświadczenia w tym zakresie. Tym samym Wykonawca nie dowiódł realności i prawdziwości przyjętej kalkulacji, a w konsekwencji nie dowiódł, że zaoferowana cena jest realna.

Ponadto Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. nie wykazał prawdziwości kalkulacji kosztów paliwa.

Wykonawca oparł kalkulację na przyjętej wartości 6,50 zł netto za litr paliwa. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na prawdziwość i prawidłowość przyjętej wartości.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie przedstawił własną kalkulację kosztów. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kalkulacja kosztów powinna pochodzić od wykonawcy, bowiem to on przyjmuje własne założenia w oparciu o własne możliwości,

uwzględniając indywidulane okoliczności. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast weryfikacja prawidłowości i realności przyjętych przez wykonawcę założeń, cen.

Niezależnie od powyższego, to właśnie kalkulacja Zamawiającego i przyjęte przez Zamawiającego założenia potwierdzają, że Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. przyjął ceny nierealne. Dotyczy to przyjętej wartości 6,50 zł netto za jeden litr paliwa. Zamawiający we własnej kalkulacji przyjął wartość 6,59 zł netto za jeden litr paliwa, a zatem wartość wyższą niż Wykonawca. Podkreślić należy, że to właśnie Wykonawca był zobowiązany wykazać, po wezwaniu Zamawiającego, że przyjęta przez niego cena nie jest nierealna, że jest wiarygodna, a tymczasem weryfikacja Zamawiającego potwierdziła, że Wykonawca przyjął ceny zaniżone. Trafnie również zauważył Odwołujący, że nie jest jasne, na jakiej podstawie Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. dokonywał kalkulacji ceny uwzględniając cenę netto za paliwo. Wykonawca nie wyjaśnił tej okoliczności. Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśniał, że istnieje możliwość dokonywania rozliczenia podatku VAT za paliwo. Jednakże Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. w żaden sposób nie wskazał w swoich wyjaśnieniach na tę okoliczność. Zatem również te twierdzenia są niepotwierdzone, nie pochodzą od Wykonawcy, a zatem nie stanowią uzasadnienia dla przyjętej przez niego kalkulacji ceny.

Powyższe rozważania znajdują również zastosowanie do kolejnej okoliczności wskazanej przez Wykonawcę w treści wyjaśnień – wielkości zużycia paliwa na 100 km przez pojazdy, za pomocą których Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T., będzie realizował usługę. Wykonawca w treści wyjaśnień przyjął wielkość

17l/100 km. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że taka wielkość jest realna, a co za tym idzie, że dokonał prawidłowego oszacowania ceny oferty.

Zamawiający w kalkulacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie przyjął wielkość 20 l/100 km. Powyższa okoliczność wskazuje, że nawet dla Zamawiającego wartość zużycia paliwa 17l/100 km przyjęta przez Wykonawcę nie jest wiarygodna.

Co więcej, w trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił, że istnieje możliwość „podkręcenia mocy silnika". Przede wszystkim taki argument nie został podniesiony przez Wykonawcę w treści złożonych wyjaśnień. Ponadto twierdzenia Zamawiającego są gołosłowne. Zamawiający nie wykazał również, czy w ogóle taki zabieg jest możliwy oraz o ile jest możliwe obniżenie wielkości zużycia paliwa przez pojazd na odcinku 100 km i w jaki konkretnie sposób wpłynie na wysokość ceny.

Podnoszenie przez Zamawiającego argumentacji o konieczności dokonywania przez Wykonawcę zabiegów takich jak „podkręcanie mocy silnika" wskazuje, że również Zamawiający wątpi w fakt, że pojazdy, jakimi dysponuje Wykonawca A. T. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą PUH A. Tł., będą miały możliwość uzyskania wielkości zużycia paliwa wynoszącej 17l/100 km.

Odwołujący załączył do odwołania oferty dla pojazdu tej samej marki oraz w podobnym roczniku do pojazdu, jakim dysponuje Wykonawca. Średnia wartość zużycia paliwa wyniosła 25l/100 km. W świetle powyższych okoliczności należało stwierdzić, że przyjęta przez Wykonawcę A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. wielkość zużycia paliwa 17 l/100 km nie jest realna, wiarygodna, a zatem całość kalkulacji jest nierzetelna, co oznacza, że Wykonawca nie wykazał, aby zaoferowana przez niego cena za realizację usługi była realna.

Wykonawca nie wykazał również, że uwzględnił w kalkulacji koszty, które będzie zobowiązany ponieść. Dotyczy to w szczególności kosztów leasingu. Jak wskazał Odwołujący, z treści oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. wynika, że Wykonawca ten jako podstawę dysponowania pojazdami wskazał leasing. Oznacza to, że dysponowanie pojazdami wiąże się z ponoszeniem kosztów, związanych z zawarciem umowy leasingu, w szczególności opłat leasingowych. Brak ujęcia tych kosztów w kalkulacji oznacza, że Wykonawca zaniżył cenę realizacji usługi. Wykonawca nie wykazał również szeregu innych kosztów, które są niezbędne do realizacji usługi, a na które zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania. Są to koszty takie jak: baza autobusowa, koszty ubezpieczenia, ubezpieczenie AC, pojazdy zastępcze.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron zwracał uwagę na inne okoliczności, które miałyby być właściwe dla Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T., jednakże w żaden sposób nie wynikają one z treści wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę.

Okoliczności, które nie wynikają z wyjaśnień Wykonawcy oraz nie zostały wykazane, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wyjaśnień. Zamawiający nawet nie wyjaśnił, skąd posiada wiedzę, że Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. jest partnerem firmy Flixbus. Taka okoliczność nie wynikała z wyjaśnień. Ponadto nie jest jasne, w jaki sposób taka okoliczność miałaby wpływać na koszty ponoszone przez Wykonawcę. Podkreślić należy, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie prawidłowego skalkulowania ceny, jak również dokonanie kalkulacji w sposób prawidłowy dla danego zamówienia, niezależnie od prowadzonej innej działalności, a w przypadku prowadzenia innej działalności, również tego rodzaju informacja powinna znaleźć się w treści wyjaśnień z wykazaniem, w jaki konkretnie sposób wpływa na kalkulację kosztów w danym postepowaniu.

Nie jest także wiarygodne twierdzenie Zamawiającego dotyczące parkingu przed szkołą, z którego miałby korzystać Wykonawca. Ponownie należy zauważyć, że Wykonawca nie powołał się na taką okoliczność, zatem Zamawiający nie powinien brać jej pod uwagę. Nadto Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że dotychczas świadczył na rzecz Zamawiającego usługę tożsamą z tą, która stanowi przedmiot niniejszego postepowania i z jego wiedzy wynika, że w okolicy szkoły brak jest parkingu dla autobusów. Do tej okoliczności nie odniósł się Zamawiający. Powyższe oznacza, że Zamawiający również nie wykazał, aby dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę.

Zgodnie z artykułem 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niska 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. Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, jednakże wyjaśnienia te nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i nie złożył żadnych dowodów, które udowadniałyby, że zaoferowana przez niego cena jest realna i nie jest rażąco niska.

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro Wykonawca A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T. nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego Wykonawcy.

Wszystkie przedstawione powyżej okoliczności potwierdzają, że trafny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 252 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieodrzucenie oferty i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH A. T., pomimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia bez dowodów nie uzasadniają podanej w ofercie

ceny w zakresie części II i III zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: ……..