

Sygn. akt: KIO 3496/24

WYROK

Warszawa, dnia 16.10.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Rafał Malinowski

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 września 2024 r. przez wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczyniu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Magnuszew

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego:

A. Prefabet Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3496/24

Uzasadnienie

Gmina Magnuszew, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest dowóz dzieci i uczniów do szkół w gminie Magnuszew w roku szkolnym 2024/2025 wraz z zapewnieniem opieki w czasie przewozu.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 sierpnia 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00459156.

W dniu 24 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PKS Kielce Sp. z o.o., dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.8 ustawy PZP poprzez wybór oferty Prefabet Group Sp. z o.o. w sytuacji kiedy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona,
2. art. 116 ust.2 ustawy PZP albowiem Wykonawca Prefabet Group Sp. z o.o. posiada sprzeczne interesy – poprzez zaangażowanie swoich zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze , tj. kontrakt w Gminie Pionki co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia – Wykonawca cztery z sześciu zaofiarowanych pojazdów przeznaczył do realizacji kontraktu w gminie Pionki a tym samym nie może realizować

kontraktu w Gminie Magnuszew.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności polegającej na wyborze oferty Prefabet Group Sp. z o.o., odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując zarzut nr 1 Odwołujący wskazywał przede wszystkim, że wyjaśnienia Wykonawcy są zdawkowe, niepełne i odnoszą się wyłącznie do kosztów pracy, ZUS i paliwa (przy czym te koszty są i tak zaniżone).

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze, iż Przystępujący zaoferował wykonanie usługi za kwotę 269.975,30 zł plus 49 % dopłaty z Urzędu Marszałkowskiego, tj. łącznie za kwotę 2

402.262,80 zł nie można uznać, iż oferuje on cenę rynkową pozwalającą wykonać poprawnie zamówienie. Dla wykazania zasadności ww. tezy Odwołujący przedstawił kalkulację cenową przedmiotowego zadania na łączną kwotę 656.727,76 zł.

Odwołujący przytoczył również poglądy orzecznictwa, zgodnie z którymi wyjaśnienia ceny powinny być szczegółowe i zawierać dowody, co jego zdaniem przesądza o zasadności postawionego zarzutu.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazywał, że Przystępujący zaangażował w innym postępowaniu cztery z sześciu pojazdów specjalistycznych zaoferowanych dla Gminy Magnuszew i tym samym te zaoferowane pojazdy będą uczestniczyć w wykonywaniu usług dla Gminy Pionki. W Gminie Pionki jak i w Gminie Magnuszew są te same godziny dowozu dzieci a pomiędzy tymi Gminami jest 38,4 km odległości. Nie ma zatem możliwości aby tymi samymi samochodami Wykonawca obsłużył obu Zamawiających.

Odwołujący przytoczył również tezy z orzecznictwa.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 października 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stosowną argumentację. Przede wszystkim zwrócił uwagę, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające w kontekście skierowanego wezwania i treści art. 224 ustawy PZP. Dodał, że wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż cena wskazana w ofercie ma charakter rynkowy i pozwala na uzyskanie zysku z realizacji zamówienia, określił ponadto również na charakter posiadanej bazy autobusowej, charakter trasy, sposób wykonywania zamówienia oraz prognozowany zysk.

Zamawiający przedstawił również tezy z orzecznictwa dla poparcia swoich twierdzeń.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że wykaz pojazdów wykonawcy nie budził wątpliwości Zamawiającego. Zwrócił również uwagę, że Odwołujący nie wykazał negatywnego wpływu zaangażowania potencjału technicznego wykonawcy w realizację niniejszego zamówienia, co powinno prowadzić do oddalenia odwołania.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Inne stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 14 października 2024 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Prefabet Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania.

Dokładna treść stanowiska Przystępującego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Prefabet Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty załączane przez strony i uczestnika do pism procesowych.

Uzasadnienie prawne:

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla

podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Dla potrzeb niniejszego uzasadnienia należy jedynie wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu w dniu 26.08.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny. W treści wezwania Zamawiający m. in. wskazał, że żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu. Wskazał również, że przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia, do których załączył szczegółową kalkulację.

Dokładna treść wezwania oraz wyjaśnień znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Izba po przeanalizowaniu odwołania doszła do wniosku, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Mając na uwadze treść powyższego przepisu Izba uznała, że znakomita większość argumentacji powoływanej przez Odwołującego na rozprawie dla poparcia zarzutu nr 1 stanowiła rozszerzenie zarzutów odwołania. W treści środka ochrony prawnej Odwołujący nawet nie wspominał na temat okoliczności, które poruszał w trakcie wypowiedzi ustnej na rozprawie, jak choćby kwestii dotyczącej ilości miejsc w poszczególnych autobusach i wymagań OPZ w tym zakresie czy też zagadnienia ilości przywozów i odwozów dzieci w ramach poszczególnych kursów na określonych trasach, co miałyby świadczyć o brakującej liczbie kierowców oraz konieczności zapewnienia dodatkowych autobusów, a co za tym idzie – nierzetelności wyjaśnień ceny Przystępującego. Argumenty te nie znalazły się w treści odwołania, a zatem nie mogą stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby.

Konieczność poruszania się przy wydawaniu rozstrzygnięcia jedynie w ramach argumentacji powoływanej w treści odwołania podkreślił Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 26 lutego 2024 r., sygn. akt: XXIII Zs 118/23. W wyroku Sąd stwierdził m. in., że stosownie do postanowień art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zaś zakaz ten ma charakter bezwzględny.

W związku z powyższym argumentację wykraczającą poza zarzuty Izba pominęła i oparła się jedynie na treści odwołania i twierdzeniach, jakie w odwołaniu się znalazły, a te były wyjątkowo ubogie i lakoniczne.

W zasadzie treść odwołania można streścić do następujących twierdzeń:

- 1) wyjaśnienia Wykonawcy są niepełne, zdawkowe i w żaden sposób nie odzwierciedlają rzeczywistych pozycji kosztowych przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia (czego żądał Zamawiający),
- 2) wyjaśnienia Wykonawcy są zdawkowe, niepełne i odnoszą się wyłącznie do kosztów pracy, ZUS i paliwa (przy czym te koszty są i tak zaniżone),
- 3) kalkulacja Przystępującego jest nieprawidłowa, gdyż Odwołujący dokonał własnej kalkulacji, która znacznie przewyższa kwoty podawane przez Przystępującego.

Odnosząc się do powyższych argumentów należy wskazać, w opozycji do stanowiska wyrażanego przez Odwołującego w trakcie wypowiedzi na rozprawie, że chociaż zgodnie z

art. 537 pkt 1 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to nie zwalnia to Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą podnoszonego zarzutu. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy PZP nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (tak: wyrok KIO z dnia 25 października 2023 r., KIO 2979/23).

Na tożsamym stanowisku stanął Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 68/22, w którym wskazał, że: „Zdaniem SO nie jest bowiem tak, jak zadaje się twierdzić skarżący, iż ciężar dowodu w opisywanej kwestii zawsze i w całości obciąża wykonawcę do którego skierowane było żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Jest jasne, że taki ciężar spoczywa na nim, ale wobec zamawiającego (art. 224 ust. 5 Pzp). Jeśli natomiast chodzi o powoływany w skardze art. 537 pkt 1 Pzp to należy go interpretować w połączeniu z pozostałymi przepisami dotyczącymi odwołania do KIO (art. 506 i n. Pzp). Obowiązkiem odwołującego jest wykazanie, że działania zamawiającego były niezgodne z prawem. W przypadku zarzutu (...) także obowiązkiem odwołującego jest wskazanie na czym konkretnie polegały domniemane błędy zamawiającego przy dokonywaniu przez niego oceny wyjaśnień danego wykonawcy co do (...). Nie jest wystarczające ani w postępowaniu przed KIO, ani w postępowaniu skargowym przed SO samo podniesienie zarzutu (...), ale konieczne jest wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.”

W związku z powyższym Odwołujący w treści odwołania powinien przedstawić szczegółowe argumenty i dowody

uzasadniające twierdzenie, że Zamawiający błędnie ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Zdaniem Izby Odwoławczej zaniechał powyższemu obowiązкови, a więc zasadnym jest oddalenie odwołania.

Nie wystarczy bowiem wskazanie, że wyjaśnienia są zdawkowe i niepełne. W takim przypadku, w razie uwzględnienia odwołania, to de facto Izba musiałaby przedstawić za Odwoławczego argumentację, która uzasadnia ww. twierdzenie, co jest oczywiście sytuacją niedopuszczalną w świetle treści art. 534 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W odniesieniu do drugiego z argumentów, tj. kalkulacji przedstawionej przez Odwoławczego należy wskazać, że nie można uznać, iż kalkulacja ta jest jedyną miarodajną kalkulacją, która przedstawia ceny, za które można zrealizować przedmiotowe zamówienie. Tego typu argument nie może automatycznie przesądzać o tym, że stawki na które wskazuje Odwoławczy 6

są prawidłowe, a stawki wskazywane przez Przystępującego błędne. Zdaniem Izby kalkulacja przedstawiona przez Odwoławczego świadczy jedynie o tym, że Odwoławczy kalkuluje cenę w określony sposób, co nie przesądza o wadliwości kalkulacji Przystępującego. W tym zakresie zasadnym byłoby raczej odwoływanie się do dowodów obiektywnych, np. ofert podwykonawczych czy też innych ukazujących ceny rynkowe, a nie subiektywną kalkulację Odwoławczego.

Podkreślić należy, że stanowisko orzecznictwa w podobnych stanach faktycznych jest z reguły jednolite. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy jednak o rażąco niskiej cenie jednego z tych wykonawców oraz o cenie rynkowej drugiego z nich (tak m. in: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2022 r., KIO 823/22).

Trzeba zatem uznać, że założenia Odwoławczego co do jego własnych założeń kalkulacyjnych nie mogą zostać uznane za jedyne wzorcowe założenia. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty w oparciu o swoje, indywidualne założenia, które mogą się różnić w zależności od okoliczności.

Tytułem podsumowania należy wskazać, iż Izba przeanalizowała wyjaśnienia ceny Przystępującego i uznała, że stanowią one adekwatną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. Odwoławczy nie wykazał zasadności swoich twierdzeń, a co za tym idzie należy uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na pozytywnej ocenie złożonych wyjaśnień była prawidłowa.

Zarzut nr 2:

Zgodnie z art. 116 ust. 2 ustawy PZP oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Dla uwzględnienia zarzutu naruszenia ww. przepisu niezbędnym jest więc wykazanie przez wykonawcę nie tylko zaangażowania zasobów technicznych wykonawcy w inne

przedsięwzięcia, ale również potencjalnego negatywnego wpływu takiego zaangażowania na realizację zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze.

Zdaniem Izby Odwoławczy nie wykazał drugiej z ww. okoliczności. Odwoławczy zdawał się stać na stanowisku, że samo zaangażowanie sprzętu Przystępującego w dowóz dzieci na terenie gminy Pionki przesądza automatycznie o negatywnym wpływie na możliwość realizacji niniejszego zamówienia. Podkreślić jednak należy, że ocena taka powinna być dokonywana przez pryzmat okoliczności danego stanu faktycznego oraz argumentacji odwołania, która w zasadzie w tym zakresie nie istnieje. W szczególności Odwoławczy nie wykazał by przykładowo: w przypadku przetargów, w których Przystępujący wskazał ten sam potencjał sprzętowy, warunki umowy wymagały wyłączności tego potencjału na potrzeby tylko jednego Zamawiającego. Odwoławczy nie wykazał też, że wyłączona jest możliwość jakichkolwiek zmian w tym zakresie na etapie realizacji umów. Co więcej, nie zostało wykazane, że realizacja każdej z umów przez Przystępującego będzie równoległe w takim samym stopniu angażować zasoby wykonawcy, co dodatkowo poddaje w wątpliwość zasadność zarzutów odwołania. Ponadto Odwoławczy nie uprawdopodobnił nawet, że nie jest możliwe takie zorganizowanie pracy przez wykonawcę, aby obsłużyć realizację więcej niż jednej umowy. Próba wykazania takich właśnie okoliczności powinna znaleźć się w odwołaniu. Ciężar dowodu w tym zakresie obciąża Odwoławczego, a konsekwencją niewykazania swoich twierdzeń jest oddalenie odwołania.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczącą:

