

## **WYROK**

**z dnia 24 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę **M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S., Smolajny 83; 11-040 Dobre Miasto** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Banie Mazurskie, ul. Konopnickiej 26; 19-520 Banie Mazurskie**, przy udziale wykonawcy **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy L. K., ul. Kościuszki 30; 11-040 Dobre Miasto**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

### **orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy L. K., ul. Kościuszki 30; 11-040 Dobre Miasto z postępowania oraz odrzucenie Jego oferty, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Banie Mazurskie, ul. Konopnickiej 26; 19-520 Banie Mazurskie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S., Smolajny 83; 11-040 Dobre Miasto**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Banie Mazurskie, ul. Konopnickiej 26; 19-520 Banie Mazurskie** na rzecz **M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S., Smolajny 83; 11-040 Dobre Miasto** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Banie Mazurskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego na: *„Dowożenie uczniów z miejscowości położonych na terenie Gminy Banie Mazurskie do szkół na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2021-2022, 2022-2023”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 20 maja 2021 r., pod nr 2021/BZP 00059432/01.

Dnia 1 lipca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 5 lipca 2021 roku wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. niezgodnie z przepisami ustawy,
- 2) zaniechaniu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Transport Osobowy L. K., jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu,
- 4) zaniechaniu uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego potencjał do wykonania zamówienia,
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji niepotwierdzenia przez podmiot udostępniający zasoby braku podstaw do wykluczenia,
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty Transport Osobowy L. K., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji braku wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie jest rażąco niska,
- 7) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

3. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia,
4. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K.,
- 4) powtórnej oceny i badania ofert,

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu oraz przedstawionych na rozprawie i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na fakt, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności dotyczące czynności badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, czym utrudnia uczciwą konkurencję, tym samym uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą realizującym usługi objęte przedmiotem zamówienia, zainteresowanym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Gdyby zamawiający zastosował się do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący mógłby przedmiotowe zamówienie uzyskać.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Naruszenie art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w rozdziale V SWZ ustalił warunki udziału w postępowaniu. W ust. 1 tego rozdziału, zamawiający określił w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, iż „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej czterema sprawnymi pojazdami – autobusami przystosowanymi do przewozu osób, jeden nie mniej niż z 50 miejscami, trzy nie mniej niż z 40 miejscami”. Ponadto zamawiający

w załączniku nr 1 do SWZ zamieścić formularz oferty zawierający wykaz pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia, celem ustalenia punktacji w kryterium wiek taboru, jednocześnie wskazując, że pojazdy wskazane do realizacji przedmiotu zamówienia mają być pojazdami tożsamymi z pojazdami wykazanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (odpowieź na pytanie nr 5 z dnia 01.06.2021 r.).

Zdaniem odwołującego, z powyższych dokumentów i wyjaśnień wynika, iż w zakresie postawionego warunku zamawiający wymagał, aby odpowiednio 40 lub 50 miejsc dotyczyło miejsc siedzących. Jest to również istotne z punktu widzenia postanowień umowy, gdzie w §5 ust. 1 pkt 2, zamawiający wymaga zagwarantowania przewożonym uczniom miejsc siedzących. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca również przyjął taką interpretację bo w swojej ofercie wykazał 5 pojazdów posiadających odpowiednio 40, 61, 74, 64 i 21 miejsc siedzących.

Z powyższego wynika jasno, iż pierwsze 4 pojazdy zostały przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, czyli posiadania minimum jednego pojazdu o 50 miejscach siedzących i trzech pojazdów o 40 miejscach siedzących.

Składając swoje oświadczenie wykonawca L. K. wprowadził jednak zamawiającego w błąd. Zgodnie z informacją zawartą na rządowej stronie internetowej [www.bezpiecznyautobus.gov.pl](http://www.bezpiecznyautobus.gov.pl), pojazd marki Iveco/Kapena o numerze rejestracyjnym NNM 01760 posiada jedynie 37 miejsc siedzących.

Nie spełnia on zatem warunku postawionego przez zamawiającego (dowód: wydruk ze strony internetowej [www.bezpiecznyautobus.gov.pl](http://www.bezpiecznyautobus.gov.pl))

Biorąc powyższe pod uwagę wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał posiadania co najmniej 4 pojazdów, z których jeden posiada minimum 50 miejsc siedzących, a trzy minimum 40 miejsc siedzących. Wykonawca wykazał jedynie 3 pojazdy posiadające więcej niż 50 miejsc siedzących, zaś pozostałe dwa posiadają mniej niż 40 miejsc siedzących.

W związku z powyższym oferta wykonawcy Transport Osobowy L. K. winna zostać odrzucona, gdyż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. Naruszenie art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do opisanej powyżej sytuacji, nie ulega również wątpliwości, iż wykonawca celowo podał nieprawdziwą informację, aby potwierdzić spełnianie warunków udziału. Uznając bowiem, iż wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału winien wykazać pojazdy posiadające odpowiednią liczbę miejsc ogółem,

wykazałby prawidłową ilość miejsc siedzących (37 miejsc) dla pojazdu i wskazał, iż posiada on większą (52 miejsca) łączną liczbę miejsc. Podanie ilości 40 miejsc miało wywołać u zamawiającego przekonanie, iż pojazd spełnia wymagania do realizacji przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający nie dokonał bardziej szczegółowej weryfikacji, aby określić czy podane informacje są prawidłowe. Znamienne jest to, że w przypadku pozostałych pojazdów informacje te już są podane prawidłowo, czyli wskazana jest w wykazie ilość miejsc siedzących zgodna z danymi pojazdu.

Powyższa sytuacja nie pozostawia wątpliwości, iż działanie wykonawcy było zamierzone i celowe i zmierzało do wprowadzenia zamawiającego w błąd. W takiej sytuacji oferta wykonawcy winna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

3. Naruszenie art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Naruszenie art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający w rozdziale VII, w ust. 5 i następnych wskazał wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe) dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z ust. 6 tego rozdziału, wykonawca w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem o udostępnieniu tychże zasobów, także oświadczenie podmiotu udostępniającego, potwierdzającego wobec niego brak podstaw wykluczenia oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Powyższy zapis specyfikacji stanowi odzwierciedlenie art. 119 ustawy Pzp. Wykonawca nie złożył oświadczenia podmiotu o braku podstaw wykluczenia ani z ofertą, ani w późniejszym terminie. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, a w szczególności z §6 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia, oświadczenie podmiotu udostępniającego winno zostać złożone w postaci elektronicznej lub formie cyfrowego odwzorowania dokumentu sporządzonego w formie papierowej, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym tego podmiotu.

Tym samym brak jest w postępowaniu prawidłowo złożonego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz jego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia. Dokumenty te nie zostały złożone z ofertą, ani na wezwanie zamawiającego. Brak złożenia tychże dokumentów stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. .

Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, iż udostępniający zasoby K. K. zmarł w dniu 05.06.2021 r. Składający w postępowaniu swoją ofertę L. K. miał pełną świadomość tego faktu. Tym samym na dzień składania ofert nie mógł się posłużyć takim zobowiązaniem. Zgodnie bowiem z odrębnymi przepisami w wyniku śmierci przedsiębiorcy jego działalność podlega likwidacji. Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw przewiduje warunki odstępowania od powyższej zasady, jednak obwarowane szeregiem warunków. W imieniu zmarłego przedsiębiorcy może jedynie działać zarządca sukcesyjny. W związku z tym, iż w dniu składania ofert nie było ustanowionego takiego zarządcy dla zmarłego K. K., będącego podmiotem udostępniającym zasoby, to należy uznać, iż w tym dniu owo zobowiązanie nie istniało. Ustawa przewiduje prowadzenie działań przez uprawnionych do spadku po zmarłym, do czasu ustanowienia zarządcy sukcesyjnego, ale jedynie w zakresie czynności związanych z zachowaniem majątku lub możliwości prowadzenia przedsiębiorstwa (art. 13 i nast. ustawy o zarządzie sukcesyjnym). Przy czym czynności te mogą podejmować jedynie:

- małżonek przedsiębiorcy, któremu przysługuje udział w przedsiębiorstwie,
- spadkobierca ustawowy przedsiębiorcy,
- spadkobierca testamentowy przedsiębiorcy albo zapisobierca windykacyjny, po ogłoszeniu testamentu, jeśli przysługuje mu udział w przedsiębiorstwie.

W niniejszym postępowaniu nie wystąpiła żadna z tych osób. Wykonawca zaś złożył dokumenty z pełną świadomością braku możliwości egzekucji zobowiązania podmiotu udostępniającego. Ponadto zgodnie z art. 30 ust. 3 ustawy o zarządzie sukcesyjnym zobowiązanie umowne nie rozpoczyna się lub ulega zawieszeniu do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego. Tym samym wykonawca nie miał zagwarantowanego udostępnienia potencjału.

W związku z powyższą sytuacją wykonawca składając oświadczenie zmarłego K. K. celowo wprowadzał w błąd zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w wyniku udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci.

Oba wskazane wyżej aspekty stanowią niezależne podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. .

4. Naruszenie art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego, o ile działanie to należy ocenić jako prawidłowe, o tyle brak odrzucenia oferty wykonawcy w związku z udzielonymi wyjaśnieniami już prawidłowym nie jest.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca przedstawia bardzo ogólne wyliczenia, nie wskazujące na rzetelną kalkulację kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto nawet wykazane obliczenia wskazują na kilka istotnych błędów skutkujących zaniżeniem faktycznych kosztów realizacji. Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia kosztów utrzymania taboru pojazdów. Wykonawca wskazuje tu na instytucję użyczenia. Jednakże twierdzenie, iż nie będzie on ponosił żadnych kosztów związanych z używaniem pojazdów jest błędne. Nie przedstawił on żadnej umowy użyczenia, która pozwalałaby na uznanie, że użyczający przejmuje na siebie wszystkie koszty. Zgodnie zaś z art. 713 kc to biorący do używania ponosi koszty utrzymania rzeczy użyczonej. Oznacza to, że to wykonawca będzie jednak zobowiązany do poniesienia kosztów utrzymania pojazdów, w tym ich ubezpieczenia, sprzątnięcia, bieżących napraw czy obsługi serwisowej. Uwzględniając kodeksowe zasady umowy użyczenia, wykonawca zwolniony będzie jedynie z zapłaty wynagrodzenia za użyczenie pojazdów. Tym samym nie poniesie kosztów najmu czy leasingu pojazdów i jedynie może nie uwzględniać w swojej ofercie kosztów z tym związanych, czy kosztów amortyzacji w zakresie posiadanych pojazdów. Zdaniem odwołującego, niezasadnym jest ustalenie wynagrodzenia kierowców jedynie jako ½ etatu. Czas pracy kierowcy nie zaczyna się od momentu przyjęcia pierwszego pasażera, ale już w momencie rozpoczęcia jazdy związanej z dojazdem na miejsce świadczenia usługi (dojazd do pierwszego przystanku). Ponadto usługa ma być świadczona w ramach regularnych linii autobusowych, a to wymaga realizowania pełnych kursów pasażerskich. Biorąc pod uwagę warunki realizacji w przedmiotowej sytuacji możliwe jest jedynie zastosowanie tzw. przerywanego czasu pracy, co skutkowałoby uznaniem, że pomiędzy wykonywaniem pracy następuje przestój, za który można wypłacić 25% wynagrodzenia. Jednakże nie jest możliwe wypłacenie wynagrodzenia poniżej wynagrodzenia minimalnego. Możliwe jest realizowanie usługi przez opiekunów dzieci w ramach zatrudnienia ich na ½ etatu. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż pracownikowi przysługuje prawo do odpłatnego urlopu. Koszt tego urlopu musi zostać wliczony w koszt realizacji usługi. W takiej sytuacji kalkulacja kosztów wynagrodzenia przedstawia się następująco:

Zatrudnienie 4 kierowców na pełny etat: 269.875,20 zł

Zatrudnienie 4 opiekunów na ½ etatu: 134.937,60 zł

Koszty wynagrodzenia urlopowego: 20.240,40 zł

Odwołujący wskazał, że powyższe kwoty nie uwzględniają kosztów związanych z wykonaniem badań okresowych, przeprowadzenia okresowych szkoleń bhp czy



zapewnienia wyposażenia w sprzęt bhp, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ponadto wykonawca przedstawił bardzo zaniżone spalanie dla pojazdów autobusowych. Przy dużych autobusach (40-60 miejsc), jak wskazuje doświadczenie, wielkość spalania sięga nawet 30 l/100 km. Wynika to z częstych postojów i krótkich przejazdów między przystankowych. Przyjmując nawet zwiększenie przewidywanego spalania o połowę różnicy między przewidywanym, a wskazanym przez wykonawcę średnim spalaniem, tj. ok. 24l/100 km, bez uwzględnienia jeszcze dodatkowego paliwa związanego z ogrzewaniem pojazdów w okresie zimowym oraz aktualnej średniej ceny paliwa wynoszącej 5,20 zł uzyskujemy znacznie większą wartość niż przyjęta w kalkulacji wykonawcy.

Koszt paliwa przy spalaniu 24l/100 km: 229.008,00 zł

Dodatkowe koszty nie uwzględnione w kalkulacji przez wykonawcę:

Koszt utrzymania czystości w pojazdach (20 miesięcy po 200 zł za pojazd): 16.000,00 zł

Koszt napraw i przeglądów serwisowych (według doświadczeń własnych dla pojazdów do 10 lat – ok. 1000 zł za pojazd na miesiąc): 80.000 zł

Koszty obowiązkowych przeglądów (przeгляд okresowy, rejestracyjny, tachograf): 20.000 zł

Tak uwzględnione koszty stanowią łącznie 770.061,20 zł za cały okres realizacji zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że nawet przy przyjęciu założenia wykonawcy, że kierowcy będą zatrudnieni na ½ etatu to łączny koszt realizacji zamówienia wyniesie 625.123,60 zł, czyli o 89.397,27 zł więcej niż szacowany przez wykonawcę przychód.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że ze względu na zasady rozliczania biletów miesięcznych, refundacja ulgi dla biletów miesięcznych dla dzieci niepełnosprawnych nie będzie możliwa. Przewoźnik może uzyskać taką refundację tylko przy bezpośredniej sprzedaży takich biletów osobom uprawnionym. Biorąc powyższe pod uwagę, skutkuje to obniżeniem przychodu wykonawcy jeszcze o kwotę 16.372,24. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazuje na bezkosztowe używanie autobusów, jednakże przyjęcie, że inny podmiot będzie ponosił koszty realizacji przedmiotowego zamówienia należałoby rozpatrywać w kwestii pomocy udzielonej wykonawcy. Czy taka pomoc jest możliwa zgodnie z obowiązującym prawem? Brak jest podstaw do uznania, iż inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą może przyjąć na siebie jedynie koszty działalności, nie uzyskując z tego tytułu żadnego przychodu. Uznanie takiego wyjaśnienia pozwalałoby uzasadnić każdą cenę. Wykonawca mógłby stwierdzić, że on będzie miał tylko przychody, a ktoś inny ponosił koszty jego działalności. Twierdzenie takie jest w oczywisty sposób absurdalne i nie powinno być uznane przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 224 ustawy Pzp, to wykonawca winien przedstawić wyjaśnienia, w tym złożyć dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wykonawca nie wypełnił tego obowiązku, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższymi faktami uznać należy, iż wyjaśnienia co do ceny oferty, złożone przez wykonawcę są nierzetelne, a przedstawiona kalkulacja kosztów wskazuje, iż cena oferty jest rażąco niska. W takiej sytuacji zamawiający winien ofertę wykonawcy odrzucić.

5. Naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ

Zamawiający może wybrać ofertę tylko zgodnie z przepisami ustawy. Jak wskazano wyżej, w wyniku zaniechań zamawiającego została wybrana oferta, która zgodnie z przepisami ustawy nie powinna być wybrana. Udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta w tak wielu kwestiach nie odpowiada przepisom ustawy, stanowi istotne naruszenie ustawy Pzp i wydatkowanie środków publicznych w sposób nieoszczędny.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Transport Osobowy L. K. .

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Odnosnie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia przepisu art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

Powołany wyżej przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący powołuje się na okoliczność, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej liczby miejsc siedzących w pojazdach, którymi będzie świadczył przedmiotową usługę.

Wskazać należy, iż zamawiający w treści SWZ podał, że wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej czterema sprawnymi pojazdami – autobusami przystosowanymi do przewozu osób, jeden nie mniej niż z 50 miejscami, trzy nie mniej niż z 40 miejscami (rozd. V ust. 1). Jednocześnie zamawiający, w załączniku nr 1 do SWZ stanowiącym wzór formularza ofertowego podał, w ust. 2 dotyczącym kryterium wieku taboru, w kolumnie 5, cyt. „Ilość miejsc siedzących”, co w ocenie odwołującego doprecyzowywało kwestię warunku udziału w postępowaniu, zobowiązując wykonawców do przedstawienia taboru z określoną liczbą miejsc siedzących. Również w załączniku nr 3 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” zamawiający w §5 ust. 1 pkt 2 wskazał, iż w ramach świadczenia usługi objętej umową wykonawca zobowiązuje się do zagwarantowania przewożonym uczniom miejsc siedzących oraz opieki w czasie przewozu, co również w ocenie odwołującego nakładało na wykonawcę obowiązek wykazania potencjału z określoną liczbą miejsc siedzących.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego jest bezzasadny. Podnieść bowiem należy, iż co do zasady treść SWZ posiada desygnat pierwszeństwa nad innymi postanowieniami dokumentacji postępowania, stanowiącymi załączniki do niej. Oczywistym jest, że treść SWZ winna być merytorycznie i formalnie zgodna z treścią załączników, jednakże w przypadku braku takiej zgodności konieczne jest dokonanie wykładni mającej na celu prawidłowe ustalenie treści złożonej oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu decydujące znaczenie ma treść SWZ, która nie precyzowała, tak jak chce tego odwołujący miejsc siedzących, a jedynie ogólnie miejsca w pojeździe. Okoliczność, iż zamawiający niekonsekwentnie odwoływał się w treści załączników do SWZ do miejsc siedzących nie może negatywnie oddziaływać na sytuację podmiotową wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sądy Okręgowe wielokrotnie w swoim orzecznictwie wskazywały, że wszelkiego rodzaju nieścisłości, niejednoznaczności, czy też wątpliwości powstałe na tle dokumentacji opracowanej przez zamawiającego, nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji względem sytuacji wykonawcy w postępowaniu. Tym samym przyjąć należało,

że w zakresie omawianego zarzutu, przystępujący co do zasady, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2 - dotyczący naruszenia przepisu art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, Izba uznała za bezzasadny.

Przepis powyższy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzut nr 1, a w związku z faktem, że Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie nr 1, to konsekwentnie za bezzasadny należało uznać zarzut nr 2 odnoszący się do podania przez przystępującego informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd.

Zarzut nr 3 i 4 dotyczący naruszenia art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia oraz art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 6 SWZ wykonawca w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem o udostępnieniu tychże zasobów, także oświadczenie podmiotu udostępniającego, potwierdzającego wobec niego brak podstaw wykluczenia oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Odwołujący wskazał, iż przystępujący nie złożył oświadczenia podmiotu, na którego zasoby się powołuje, o braku podstaw wykluczenia ani z ofertą, ani w późniejszym terminie.

Zamawiający na rozprawie potwierdził, że faktycznie przystępujący do oferty nie załączył wymaganego oświadczenia. Zamawiający oświadczył jednocześnie, że nie wzywał przystępującego do uzupełnienia brakującego oświadczenia.

Na zasadzie wynikającej z przepisu art. 533 ust. 1 ustawy Pzp, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W związku z powyższym zarzut odwołującego uznać należało za zasadny.

Ponadto odwołujący podniósł, iż samo zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów zostało załączone do oferty przystępującego w sytuacji, gdy przed dniem składania ofert, udostępniający swoje zasoby przedsiębiorca zmarł. Tym samym na dzień składania ofert przystępujący nie mógł się posłużyć takim zobowiązaniem.

W zakresie powyższego, Izba podziela pogląd prezentowany przez odwołującego, że przystępujący znając okoliczności związane z opisaną sytuacją, nie był uprawniony do posługiwania się posiadanym dokumentem zobowiązania, albowiem na dzień składania ofert nie było ono wymagalne. Tym samym, w ocenie Izby, takie działanie przystępującego należało ocenić jako celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe posługiwanie się zobowiązaniem przedsiębiorcy, który zmarł przed terminem składania ofert, w sytuacji w której nie został ustanowiony zarządca sukcesyjny zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (Dz.U. 2021 poz. 170).

Zgodnie z art. 30 ust. 3 ww. ustawy, bieg terminów spełnienia świadczenia oraz terminów do wykonania innych obowiązków lub uprawnień wynikających z umowy nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu w okresie od dnia śmierci przedsiębiorcy do dnia ustanowienia zarządu sukcesyjnego, a jeżeli zarząd sukcesyjny nie został ustanowiony – do dnia wygaśnięcia uprawnienia do powołania zarządcy sukcesyjnego.

Jak wynika z dowodu złożonego przez zamawiającego - a okoliczność wynikającą z tego dowodu potwierdził odwołujący – zarządca sukcesyjny został ustanowiony w przedsiębiorstwie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, dopiero w dniu 2 lipca 2021 roku. Tym samym, dopiero z tym dniem możliwe było udostępnienie swojego zasobu innym podmiotom. Na dzień składania ofert, podmiot ten nie mógł zaciągać zobowiązań w zakresie udostępniania swoich zasobów innym podmiotom, w tym przystępującemu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach podał, iż „nie ponosi kosztów związanych z użyczeniem pojazdów oraz z obowiązkowym ubezpieczeniem OC, które ponosi właściciel udostępnianych pojazdów, umowa użyczenia jest nieodpłatna a koszty ubezpieczeń pojazdów pokrył właściciel. Wszystkie pojazdy spełniają określone przez Zamawiającego normy techniczne oraz warunki udziału w postępowaniu. Przychody Wykonawcy to 545 726,33 złotych w skład przychodów wlicza się : przychód ze sprzedaży biletów miesięcznych dla Gminy 278 333,33 oraz dopłata z Urzędu Marszałkowskiego do biletów ulgowych 267 393,00; przychody ze sprzedaży biletów jednorazowych - wysokość przychodu uzależniona jest od ceny biletu oraz popytu na korzystanie z komunikacji( średni szacunkowy przychód ze sprzedaży biletów jednorazowych w miesiącu to około 3000,00 złotych cena biletu jednorazowego około 5,00 złotych ) Dodatkowym potencjalnym przychodem dla Wykonawcy będą dodatkowo realizowane wynajmy świadczone na rzecz jednostek oświatowych zlokalizowanych na terenie Gminy Banie Mazurskie lub osób prywatnych z Gminy Banie Mazurskie. Koszty ponoszone przez wykonawcę mogą ulec zwiększeniu bądź zmniejszeniu uzależnione jest to od czynników niezależnych od Wykonawcy np. cena paliwa za litr, a także minimalnego wynagrodzenia pracowników ale zysk jaki wynika z wykonania tej usługi bez problemu pokryje ewentualne wahania czynników zmiennych. Do skonstruowania niniejszej tezy przyjęto trendy różnicy w cenie w ostatnich 3 latach i mają one zastosowanie zarówno do zmiany ceny paliwa, najniższego wynagrodzenia regulowanego ustawowo a także wysokości ubezpieczeń pojazdów, która może wykazywać nieznaczne odchylenia od obecnej stawki w związku z posiadaniem przez Transport Osobowy L. K. floty pojazdów oraz zawarciem ubezpieczeń w formie flotowej. Przedsiębiorstwo Transport Osobowy L. K. od wielu lat korzysta z podobnej kalkulacji kosztowej podczas wyceny kwotowej do składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przetargach nieograniczonych na dowozy uczniów w różnych Gminach. Usługi wykonywane są zawsze rzetelnie i z należytą starannością czego gwarancją są dołączone do niniejszego pisma referencje od kontrahentów, u których realizowane są usługi dowozu uczniów, na podstawie biletów miesięcznych jak i osób niepełnosprawnych. Przez cały okres trwania ww. umów nie było skarg ani roszczeń w związku z wykonywanymi usługami dowozu uczniów do Szkół oraz osób niepełnosprawnych, nie zerwano także żadnej z umów. Do tej pory nie występowały przypadki aby Zamawiający monitorował w szczególny sposób świadczenie usługi przez Wykonawcę gdyż były one zawsze wykonywane należycie z zachowaniem najwyższej staranności oraz przy wykorzystaniu wieloletniego doświadczenia jakim dysponuje Transport Osobowy L. K. z Dobrego Miasta.

W związku z powyższym średni przychód netto w wysokości 106 894,00zł, który osiągnę będzie dla mnie zadowalającym przychodem, za który jestem w stanie wykonać należycie i z najwyższą starannością usługę „Dowozenia uczniów z miejscowości położonych na terenie z Gminy Banie Mazurskie do szkół na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2021-2022, 2022-2023”, nie uważam, żeby cena podana w ofercie była ceną rażąco niską. Ponadto pragnę zaznaczyć, że cena, którą podałem nie jest szczególnie niska opierając się na postępowaniach o udzielenie zamówienia dowozu uczniów do Szkół w innych Gminach gdzie kryteria i warunki współpracy są bardzo podobne, ceny również kształtują się w podobnych wartościach.

W związku z powyższym składniki cenotwórcze oferty przedsiębiorstwa Transport Osobowy L. K. przedstawiają się następująco :

Średnie kilometry wykonane dziennie przez wszystkie pojazdy około 500 km

Średnia liczba dni świadczenia usługi: (188 dni rocznie ) 376 dni

Liczba uczniów( bilety miesięczne) 147

Kwota podana w ofercie przez Wykonawcę 278 333,33

Cena 1 biletu miesięcznego 94,67

Dopłata do biletu miesięcznego wynosi 90,95 zł (49%)

$90,95 \times 147 = 13\,369,65$  miesięcznie

$278\,333,33 : 20$  miesięcy = 13 916,67

Koszty zatrudnienia pracowników

4 kierowców zatrudnionych na ½ etatu  $1652,42 \times 4 = 6609,68$

4 opiekunki zatrudnione na ½ etatu  $1652,42 \times 4 = 6609,68$

Razem koszty wynagrodzeń 13 219,36 miesięcznie

$13\,219,36 \times 20$  miesięcznie = 264 387,20

Kwoty wynagrodzeń każdego z pracowników przekraczają minimalne wynagrodzenie według ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Koszty Paliwa:

500 km dziennie x 376 dni = 183 500,00 km w ciągu całej umowy

$183\,500 \times$  średnie spalanie 18L/100 = 33030 litrów paliwa w ciągu całej umowy

$33\,030 \text{ l} \times 5 \text{ zł}$  ( średnia cena paliwa dla klienta flotowego) = 165 150,00 złotych koszt paliwa w ciągu całej umowy

Przychód brutto z tytułu realizacji umowy : 545726,33

$278\,333,33$  (umowa z Gminą) +  $267\,393,00$  (dopłata do biletów ulgowych) = 545726,33

Koszty realizacji umowy:

$165\,150,00 + 264\,387,20 = 429\,537,20$

Zysk Brutto z tytułu realizacji umowy: 116 189,13

Podatek VAT 8% = 9 295,13

Zysk netto: 106 894,00”.

Zdaniem Izby, złożone przez przystępującego wyjaśnienia mają na tyle ogólny charakter, że nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia ich przez zamawiającego, jako prawidłowe. Jak słusznie podnosił odwołujący, przystępujący nie wyjaśnił podstawowych kwestii związanych ze świadczeniem usługi związanej z przedmiotem zamówienia, w szczególności nie podając szczegółowego i wiarygodnego wyliczenia kosztów związanych z czasem pracy kierowców, opiekunów, obsługą serwisowo-naprawczą pojazdów, ich ubezpieczenia oraz obsługi higieniczno-sanitarnej (COVID-19) oraz pozostałych związanych chociażby ze spalaniem paliwa. Przystępujący w jednym miejscu wyjaśnień wskazuje, że czas pracy kierowcy to 1/2 etatu, zaś z drugiej strony odwołuje się do potencjalnego dochodu z usług dodatkowych świadczonych tymi samymi pojazdami, co oznacza konieczność zatrudnienia kierowców na dodatkową część etatu. Zdaniem Izby, nie jest również możliwe przyjęcie założenia, iż wszelkiego rodzaju koszty związane z obsługą pojazdów (serwis, ubezpieczenie, przeglądy, itp.) będzie ponosił użyczający je podmiot, tj. będzie użyczał pojazdy bezkosztowo dla przystępującego, albowiem sprzeczne jest to celem prowadzenia działalności gospodarczej, który ukierunkowany jest na osiągnięcie zysku, a nie wyłącznie na generowanie kosztów. Zgodnie z przepisem art. 713 KC, Biorący do używania ponosi zwykłe koszty utrzymania rzeczy użyczonej. Jeżeli poczynił inne wydatki lub nakłady na rzecz, stosuje się odpowiednio przepisy o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 sierpnia 2012 roku, sygn. akt V ACa 621/12 *„Zgodnie z treścią przepisu art. 713 KC biorący do używania ponosi zwykłe koszty utrzymania rzeczy użyczonej. Jeżeli poczynił inne wydatki lub nakłady na rzecz, stosuje się odpowiednio przepisy o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia. Umowa użyczenia to umowa jednostronnie zobowiązująca, w której biorący korzysta z rzeczy cudzej w sposób określony przez użyczającego, a jeżeli dokonuje nakładów na rzecz, to zgodnie z art. 752 w zw. z art. 713 KC czyni to nie dla siebie, lecz dla użyczającego, dla jego korzyści i tylko wtedy może żądać zwrotu uzasadnionych nakładów jak osoba prowadząca cudze sprawy bez zlecenia”*.

Powyższe oznacza, że w trakcie trwania stosunku użyczenia wszelkiego rodzaju koszty będzie ponosił biorący do używania (przystępujący), co w konsekwencji musiało znaleźć swoje odzwierciedlenie w kalkulacji kosztów przewidzianych do poniesienia w trakcie trwania realizacji umowy. Przystępujący takich kosztów nie obliczył i nie podał, co również dyskwalifikuje wyjaśnienia jako prawidłowe i wyczerpujące.

Zarzut nr 5 dotyczący naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Transport Osobowy L. K. niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą



najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ, Izba uznała za zasadny. Uwzględnienie przedmiotowego zarzutu jest konsekwencją uwzględnienia zarzutów nr 3 i 4.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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), uwzględniając koszty odwołującego związane z wpisem od odwołania, oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....