

WYROK
z dnia 19 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób T. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Ruda Śląska**

przy udziale wykonawcy **Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-usługowo-handlowe "LUKAS" z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób T. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Ruda Śląska (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie podstawowym pn. „Transport dzieci i uczniów zamieszkałych na terenie Miasta Ruda Śląska do szkół i placówek oświatowych w roku szkolnym 2022/2023, 2023-2024 oraz 2024-2025” w podziale na części, (znak postępowania: AP.271.24.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 maja 2022 r. pod numerem 2022/S 095-262632. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”).

W dniu 31 sierpnia 2021 r. wykonawca K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób T. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-usługowo-handlowe "Lukas" z siedzibą w Zabrze (dalej jako „Lukas”) jako najkorzystniejszej w części I postępowania i uznaniu, że nie podlega ona odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 i 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Lukas, który nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi i nie wyjaśnił Zamawiającemu w sposób konkretny i jednoznaczny sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty, co skutkować winno uznaniem, że wyjaśnienia takie w ogóle nie zostały złożone i tym samym oferta wykonawcy Lukas winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.
- 2) art. 16 pkt 1 Pzp w zw. art. 17 ust. 2 Pzp i art. 239 ust. 1 i 2 Pzp - przez wybór jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Lukas, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i legalizmu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 1 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Lukas,

4) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

W ocenie Odwołującego - po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę Lukas, zgodnie z pismem z dnia 27 czerwca 2022r. i 21 sierpnia 2022r- Zamawiający powinien ocenić przedmiotowe wyjaśnienia jako nieuzasadniające ceny oferty złożonej przez Lukas, a w konsekwencji, Zamawiający powinien odrzucić ofertę tej firmy.

Odnosnie wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2022 r., a także ich oceny przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że krytykę ich przeprowadził w odwołaniu z dnia 04 sierpnia 2022 r., które było przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt KIO 2054/22. Odwołujący podał, że Zamawiający uznał w/w odwołanie w całości, co skutkowało umorzeniem postępowania. Z uwagi na powyższe okoliczności, a także wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 2054/22, w tym w szczególności odwołania i odpowiedzi na odwołania, Odwołujący poprzestał na oświadczeniu, iż podtrzymuje w całości wszelkie zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 04 sierpnia 2022r. oraz- jedynie dla porządku- skrótowo wskazał zarzuty w kierunku przedmiotowych wyjaśnień:

1. wyjaśnienia były niezwykle lakoniczne,
2. wyjaśnienia nie były poparte żadnymi dowodami,
3. koszt kierowcy nr 1 był niemożliwy do weryfikacji,
4. koszt kierowcy nr 2 (brak kosztu) był skrajnie niewiarygodny,
5. koszt paliwa został przyjęty dowolnie,
6. koszt eksploatacyjne zostały zaniżone i przyjęte dowolnie,
7. koszt leasingu rodził znaczne wątpliwości,
8. zysk został podany na nierealistycznym poziomie,
9. niespodziewane koszty nie zostały sprecyzowane nawet co do kwoty.

Odwołujący dalej podał, że wszystkie powyższe zarzuty zostały dokładnie uzasadnione w odwołaniu z dnia 04 sierpnia 2022 r., a Zamawiający - w szczególności w odniesieniu do kosztu wynagrodzenia kierowcy nr 1, braku kosztów kierowcy nr 2, średniego spalania i leasingu - zgodził się, że wyjaśnienia wykonawcy Lukas nie uzasadniały zaoferowanej przez niego ceny.

Odnosnie wyjaśnień z dnia 21 sierpnia 2022 r. Odwołujący podniósł, że wobec faktu, że Zamawiający zgodził się, iż wyjaśnienia wykonawcy Lukas z dnia 27 czerwca 2022r. nie uzasadniały ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, szczególnego znaczenia nabierają wyjaśnienia z dnia 21 sierpnia 2022r., albowiem ich ocena doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że wykonawca Lukas obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, a tym samym

oferta tego wykonawcy mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego i stwierdził, że na skutek błędnej analizy przedmiotowych wyjaśnień, Zamawiający naruszył Ustawę, albowiem powinien odrzucić ofertę wykonawcy Lukas jako zawierającą rażąco niską cenę.

Odwołujący rozpoczął omawianie wyjaśnień wykonawcy Lukas od podniesienia dwóch uwag natury ogólnej, rzucających się w oczy od razu po zapoznaniu się z tym dokumentem i wezwaniem Zamawiającego. Po pierwsze, wyjaśnienia złożone przez Lukas są niespotykane ogólnikowe- wyjaśnienia w znakomitej większości składają się z niczym niepopartych, ogólnych zapewnień Lukas, formułowanych nota bene w sposób kolokwialny. Po drugie, wyjaśnienia nie są poparte jakimikolwiek dowodami- wykonawca Lukas poprzestał na ogólnych twierdzeniach i w żaden sposób nawet nie starał się wątpliwości Zamawiającego w zakresach przez niego wskazanych. Uwagę co do braku dowodów potwierdzających wyjaśnienia Odwołujący formułuje w tym miejscu i nie będzie jej powtarzał, niemniej uwaga odnosi się do każdego twierdzenia wykonawcy Lukas. Odwołujący stwierdził, że powyższe dwie konstatacje należy skonfrontować z treścią samego wezwania oraz przepisów prawa, co dodatkowo stanowić będzie wprowadzenie do dalszej argumentacji odwołania. Otóż, w wezwaniu z dnia 16 sierpnia 2022 r., Zamawiający wprost wskazał Wykonawcy, że oczekuje:

1. wyjaśnienia co zostało dodane do kosztu netto kierowcy,
2. wyjaśnienia, dlaczego kierowca nr 2 nie generuje kosztów,
3. wyjaśnienia podstawy przyjęcia spalania na poziomie 10l/100 km,
4. wyjaśnienia wskazanych kosztów leasingu,
5. sprecyzowania lokalizacji bazy firmy.

Odwołujący wskazał, że nawet przy przyjęciu dopuszczalności powyższego wezwania, iż zakres wezwania nie pozwala na uznanie uprzednich wyjaśnień wykonawcy Lukas za wystraszające, to Zamawiający w wezwaniu z dnia 16 sierpnia 2022r. wskazał konkretne informacje, których żąda od wykonawcy. Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca Lukas nawet w tak nikłym zakresie nie wywiązał się należycie z swojego obowiązku. Wyjaśnienia wykonawcy Lukas zostaną omówione szczegółowo w odniesieniu do każdego ich fragmentu. Odnośnie akapitu 1 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, że wyjaśnienia w żaden sposób nie odnoszą się do przedmiotu wezwania Zamawiającego. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż powołanie się na wieloletnie doświadczenie- jakkolwiek bez znaczenia dla przedmiotu wezwania- zdaje się świadczyć przeciwko wykonawcy. Niezależnie bowiem od posiadanego statusu przedsiębiorcy, a co z tym idzie nakazem stosowania podwyższonego miernika staranności dla oceny działania takiego podmiotu, już tylko dzięki wieloletniej praktyce wykonawca Lukas winien mieć wiedzę i doświadczenie pozwalające na udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w

wystarczający sposób, już na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Tymczasem, odpowiadając na zapytanie odnośnie ceny, w cytowanym fragmencie wykonawca przytacza okoliczności mogące mieć znaczenie przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś przy rozważaniu kwestii ceny. Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący uznał, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 2 wyjaśnień Lukas Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, iż:

1. wykonawca Lukas po raz kolejny składa gołosłowne, ogólne zapewnienie, niepoparte żadnymi konkretnymi, a tym bardziej dowodami,
2. nakaz badania ceny niższej o co najmniej 30% od wartości zamówienia poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień wynika wprost z przepisów prawa, tj. art. 224 §2 pkt 1 p.z.p. - zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 02 sierpnia 2018r., KIO 115/18) wezwanie do wyjaśnień ceny rażąco niskiej ustanawia domniemanie takiej ceny, a wykonawca wezwany musi obalić to domniemanie,
3. powyższe domniemanie może zostać obalone, ale ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy,
4. nawet sam wykonawca Lukas zauważa, że poprzednie jego wyjaśnienia nie były profesjonalne,
5. nie ma racji wykonawca Lukas twierdząc, iż wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym stanowi „gwarantuje profesjonalne i rzetelne wykonanie postanowień umowy”- przedmiotowe twierdzenie jest oderwane od realiów prawnych i gospodarczych, 6. stawki w innych miastach mogą zależeć od wielu czynników i nie mają wpływu na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego,
7. odnoszą się do kosztu pracownika, wykonawca Lukas wprost nie zrealizował żądania Zamawiającego i nie wyjaśnił relacji netto/brutto w podanej przez siebie kalkulacji.

Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 3 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, iż wykonawca Lukas nie tyle składa dalsze wyjaśnienie, co wprost przyznaje, że poprzednio złożone (przynajmniej w fragmencie dotyczącym jego kosztów) były błędne. Ocena tego fragmentu wyjaśnień musi być dokonana z uwzględnieniem stanowiska Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2054/22 wskazał, że „oczywiście Zamawiający jest świadom tego, iż ponowne wezwanie może odnosić się jedynie do kwestii już zawartych w uprzednio złożonych wyjaśnieniach, w szczególności jeżeli wymagają one dalszego doprecyzowania czy uszczegółowienia”. Odwołujący wskazał, że, wyjaśnienia wykonawcy Lukas nie stanowią doprecyzowania lub uszczegółowienia, ale

zaprzeczenie poprzednim twierdzeniom, co więcej, uczynione w sposób co najmniej lekceważący. W tym zakresie wręcz rzuca się w oczy kwestia podzielności czasu pracy kierowcy nr 1- z treści wyjaśnień zdaje się wynikać, że ten kierowca wykonuje szereg innych prac, co może mu utrudniać lub uniemożliwiać wykonanie przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 4 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, iż:

1. na żadnym etapie postępowania przetargowego, jak również w uprzednio złożonym odwołaniu, nie była podnoszona kwestia wieku pojazdów, ale okoliczność, że wykonawca Lukas przyjął spalanie na poziomie 10l/100km do pojazdów po prostu dużych, spalających wynika to z doświadczenia życiowego i wskazać „raportów branżowych”- więcej paliwa niż przyjął to wykonawca,
2. kwestia dbania o silnik i pojazd w ogólności może mieć jakieś znaczenie dla wzrostu spalania, niemniej powołanie się na nią nie wyjaśnia zasadniczej rzeczy- ile palą pojazdy posiadane przez wykonawcę Lukas,
3. wyjaśnienie powyższej kwestii jest niezwykle proste- wystarczy podać oznaczenie pojazdu, wskazujące na pojemność i moc silnika, co pozwala na ustalenie średniego spalania, deklarowanego przez producenta w oficjalnych komunikatach,
4. powołanie się na określone źródło informacji (tu: wskazanie licznika) bez dowodu w tym zakresie, szczególnie w kontekście całych wyjaśnień, powinno powodować co najmniej ostrożne podejście Zamawiającego do twierdzeń wykonawcy Lukas, zaś danie wiary „na słowo” tym bardziej nie jest uzasadnione,
5. cena paliwa nie była przedmiotem wezwania. Zamawiający żądał wyjaśnienia podstawy przyjęcia spalania na poziomie 10l/100 km, czego wykonawca Lukas nie uczynił. Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 5 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, iż:

1. wykonawca Lukas będzie zobowiązany do zapłaty kwoty wykupu pojazdu z leasingu- kwota (nieznana) najpewniej jest niebagatelna, skoro wykonawca „będzie się zastanawiał” nad jej zapłatą,
2. wykonawca Lukas nie będzie dysponował pojazdem wymaganym w SWZ przez cały okres trwania zamówienia,
3. nie wiadomo na jakiej podstawie i jakim kosztem wykonawca Lukas ma zamiar zapewnić pojazd zastępczy,
4. kolejny raz wykonawca Lukas składa głośne zapewnienie i oświadczenie, którego

rzetelność- w kontekście oświadczenia, że dopiero „zapewni pojazd zastępczy” powinna budzić u Zamawiającego daleko idące wątpliwości, Zamawiający żądał wyjaśnienia wskazanych w kalkulacji kosztów leasingu, a zamiast tego dowiedział się, że z całą pewnością podane przez wykonawcę Lukas koszty leasingu nie były pełne, a wręcz przeciwnie- po stronie wykonawcy zachodzić będzie potrzeba poniesienia dalszych kosztów. Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 6 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając powyższy fragment zwrócił uwagę, iż wyjaśnienie jest niekonkretne, pomimo konkretnego wezwania ze strony Zamawiającego. Dalej nie wiadomo, gdzie znajduje się baza transportowa wykonawcy Lukas, ani jaką odległość będą zmuszone pokonywać pojazdy w celu wykonania przedmiotu umowy.

Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment wyjaśnień nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie akapitu 7 wyjaśnień Lukas, Odwołujący oceniając ostatni już fragment wyjaśnień wskazał, że jest on kolejnym głośnym oświadczeniem wykonawcy Lukas. Niemniej i to oświadczenie- niezależnie od wszystkich innych okoliczności- jawi się jako wadliwe, albowiem wykonawca sugeruje, że prowadząc działalność gospodarczą, nie jest dla niego najważniejsze osiągnięcie dużego zysku. Tymczasem, w pierwszych wyjaśnieniach wykonawca Lukas wskazał, że zysk założył na poziomie ok. 40% (!), a zatem na poziomie, który gdyby inne składniki cenotwórcze były realne, należałoby określić mianem dużego lub bardzo dużego. Wyjaśnienia wykonawcy Lukas są zatem wewnętrznie sprzeczne. Z uwagi na powyższe okoliczności, również wobec wskazanego fragmentu wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, iż nie mógł doprowadzić do usunięcia wątpliwości Zamawiającego.

Podsumowując ocenę wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że przeprowadzona przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wykonawcy Lukas była nieprawidłowa, albowiem wykonawca:

1. nie wykazał realności zaoferowanej ceny- ani za pierwszym razem, ani za drugim,
2. nie odpowiedział na pytania zadane wprost przez Zamawiającego,
3. nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń,
4. pozostaje w sprzeczności co do podnoszonych twierdzeń. Na podstawie otrzymanych wyjaśnień, Zamawiający winien dojść do przekonania, że wykonawca Lukas nie przełamał domniemania prawnego wynikającego z art. 224 Ustawy i nie udowodnił zaoferowanej przez siebie ceny. Tym samym Zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy- zdaniem Odwołującego już za pierwszym razem, ale z całą pewnością po drugich wyjaśnieniach. Odwołujący podniósł, że w sprawie razi pobłażliwe podejście Zamawiającego do wykonawcy Lukas i brak należytej oceny składanych przez niego wyjaśnień, których forma i treść nie

przystają do profesjonalnego charakteru działalności wykonawcy.

Ponadto Odwołujący ocenił, że działanie Zamawiającego nosi znamiona naruszenia ogólnych zasad postępowania opisanych w art. 16 i 17 Ustawy. Za najkorzystniejszą uznana została oferta jedynie pozornie najkorzystniejsza, złożona przez wykonawcę, który jawnie lekceważył wezwania Zamawiającego. Tym samym, oferenci którzy rzetelnie opracowali kalkulację cenową i uwzględnili wszystkie koszty, nie mają szans na uzyskanie zamówienia.

Tytułem uzasadnienia prawnego twierdzeń i wniosków niniejszego odwołania, Odwołujący ponownie odwołał się do uzasadnienia wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2022r., KIO 3738/21 (LEX nr 3353136), wskazał również na tezę zawartą w wyroku KIO z dnia 30 grudnia 2021r., KIO 3639/21 (LEX nr 3351525).

Podsumowując, Odwołujący ocenił, że przedstawił argumenty pozwalające na zakwestionowanie oceny wyjaśnień poczynionej przez Zamawiającego, a tym samym podjętej przez niego decyzji o uznaniu wyjaśnień za wystarczające i w konsekwencji wyborze oferty wykonawcy Lukas. Wyjaśnienia wykonawcy Lukas są nierzetelne, niekompletne, gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Stwierdzenie tych okoliczności nie wymaga żadnej ponad standardowej wiedzy, a jedynie zwykłego doświadczenia życiowego i znajomości podstawowych realiów rzeczywistości gospodarczej i rynkowych istniejących w Polsce. Działanie Zamawiającego stanowi niczym nieuzasadnione faworyzowanie jednego z wykonawców, co jest wprost sprzeczne z podstawowymi zasadami jakimi rządzić się winno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 2054/22, w tym w szczególności odwołania, odpowiedzi na odwołanie i postanowienia o umorzeniu postępowania- dla wykazania faktu kwestionowania wyjaśnień wykonawcy Lukas z dnia 27 czerwca 2022r., uznania zarzutów przez Zamawiającego, wyniku postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 9 września 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przedstawiał własną argumentację.

W dniu 13 września 2022 r. wykonawca Lukas złożył pisemne stanowisko w sprawie i wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-usługowo-handlowe "LUKAS" z siedzibą w Zabrze zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu, wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny skierowanego do Lukas, wyjaśnień ww. wykonawcy, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby poddał analizie również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 września 2022 r., a także złożone do akt sprawy o sygn. akt KIO 2054/22.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. "Transport dzieci i uczniów zamieszkałych na terenie Miasta Ruda Śląska do szkół i placówek oświatowych w roku szkolnym 2022/2023, 2023-2024 oraz 2024-2025".

Opis przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, dla cz. I zamówienia Zamawiający zawarł w załączniku nr 2.1. do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem X SWZ Sposób obliczenia ceny:

1. Wykonawca poda cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikami nr 1.1-1.4 do SWZ.
2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (załączniki 2.1 – 2.4) – cena ryczałtowa. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.
3. Cenę oferty należy podać w następujący sposób:
Cena za 1 dzień (netto) x 561 dni + 8% VAT = cena brutto
4. Cena ofertowa musi być podana w złotych polskich (PLN), cyfrowo (do drugiego miejsca po przecinku).

Zgodnie z rozdziałem XXVII SWZ pn. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający ustalił jedno kryterium oceny ofert

„Przy wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

- a) cena ofertowa – 100 pkt (waga kryterium wyrażona w punktach) – dotyczy części 1-4”

Jednocześnie w SWZ zamawiający zawarł następujące uzasadnienie dla zastosowania kryterium cenowego „Z uwagi na fakt, iż wymagania jakościowe o których mowa w art. 246 ust. 2 ustawy zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załączniki 2.1-2.4 do niniejszej SWZ Zamawiający jest uprawniony do zastosowania kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%. Dokumenty opisujące przedmiot zamówienia są na tyle precyzyjne, że bez względu na fakt, kto będzie wykonawcą przedmiotu zamówienia jedyną różnicą będą zaoferowane ceny (tzn. przedmiot zamówienia jest zestandaryzowany, niezależnie od tego, który z Wykonawców go wykona).”

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia. Na podstawie protokołu postępowania Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia dla cz. I wynosi 589 050,00 zł co stanowi równowartość 132 263,79 euro.

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w cz. I kwotę 636 174,00 zł brutto.

W postępowaniu dla cz. I zamówienie wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną – 519 239,16 PLN brutto, oferta Konsorcjum firm IREX I. K., Mereor sp. z o.o. oraz IREX- 2 Sp. z o.o. z ceną 785 402,24 PLN brutto, oraz oferta Lukas z ceną 433 820,00 PLN brutto.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2022 r. wystosował do wykonawcy Lukas, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień publicznych wezwanie o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Wskazując przy tym, że „Wątpliwości Zamawiającego wzbudza to, że zaoferowana cena, tj. 433 810,08 zł brutto jest niższa o 31,81 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, w tej części.

W celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym do przedłożenia kalkulacji, która winna zawierać w szczególności koszty paliwa oraz koszty pracy związane z zatrudnianiem osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. W przypadku powoływania się w wyjaśnieniach na uzyskiwane upusty (rabaty) na zakup paliwa Wykonawca zobowiązany jest złożyć dowody w postaci stosownych dokumentów, np. oferty handlowe producenta lub hurtowni itp.

Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy, wyjaśnienia Wykonawcy powinny uwzględniać zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 27 czerwca 2022 r., w których przedstawił uzasadnienie zaoferowanej ceny wraz z jej kalkulacją wskazując: „W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień przedstawiam kalkulację kosztów transportu dzieci:

- 1 Kierowca (wyliczenie przy 4 godz. pracy kierowcy na dzień):
100zł netto/dzień x 561 dni = 56100,00 tj. 66759,00 brutto
- 2 Kierowca - wykonawca (bez kosztów)

- Koszty paliwa : średnie spalanie 101/100km , cena paliwa : 9,00zł , średnio 201/dzień/
 $2 \text{ busy} \times 9,00 \text{ zł} = 180,00 \times 561 \text{ dni} = 100980,00$
- Koszty eksploatacyjne : ok. 10000,00
- Leasing : 19 rat x 2500,00 = 47500,00
- zysk : ok 40 %

Nieprzewidziane koszty związane z przestojem np. pandemia, wojna itp.

Cena oferty jest realna i wiarygodna a wynika również z następujących faktów: firma posiada własne zaplecze transportowe , niezawodne i tanie w eksploatacji pojazdy w pełni dostosowane do wykonania zamówienia – baza firmy zlokalizowana jest na obrzeżach miasta Zabrze blisko granicy z m. Ruda Śląska co znacznie obniża koszty dojazdu do miejsc odbioru dzieci; brak konieczności wynajmu terenu pod bazę transportową — parking w siedzibie firmy; założenie osiągnięcia optymalnego dla wykonawcy zysku celem utrzymania się na bardzo konkurencyjnym rynku”.

W dniu 26 lipca 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Lukas jako najkorzystniejsza w cz. I zamówienia. Wobec tej czynności Odwołujący skorzystał ze środków ochrony prawnej wnosząc odwołanie – sprawa o sygn. akt KIO 2054/22. Zamawiający uwzględnił odwołanie na skutek czego Izba umorzyła postępowania odwoławcze.

W dniu 16 sierpnia 2022 r. zamawiający wezwał wykonawcę Lukas ponownie do złożenia dodatkowych wyjaśnień ceny oferty, (...) „w następującym zakresie:

- *proszę wyjaśnić relację wskazanego kosztu netto/brutto 1 Kierowcy (co zostało dodane do kosztu netto kierowcy),*
- *proszę o wyjaśnienie dlaczego 2 Kierowca - wykonawca, nie generuje żadnych kosztów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia,*
- *proszę o wyjaśnienie na jakiej podstawie do kalkulacji przyjęto średnie spalanie autobusów na poziomie 101/100 km,*
- *proszę o wyjaśnienie wskazanych kosztów leasingu - podano koszt 19 rat leasingowych bez wskazania innych kosztów, związanych z ewentualnym wkupem pojazdu po zakończeniu umowy leasingowej albo kosztów związanych z zapewnieniem innego pojazdu po wygaśnięciu leasingu,*
- *proszę o doprecyzowanie lokalizacji bazy firmy, znajdującej się wg. Wykonawcy „blisko granicy z m. Ruda Śląska co znacznie obniża koszty dojazdu do miejsc odbioru dzieci”.*

W dniu 21 sierpnia 2022 r. wykonawca Lukas złożył dodatkowe wyjaśnienia wymagane przez Zamawiającego, ustosunkowując się do wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla cz. I oferty Lukas. Oferta Odwołującego

została oceniona w kryteriach oceny ofert jako druga w kolejności i uzyskała 83,50 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podane w ofercie ceny lub kosztu.

Przywołać należy także art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) 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) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.

Należy podkreślić, iż zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak

odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. 537 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia RNC bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przetrzeć na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy. Na obecnym etapie postępowania nie może zasługiwać na aprobatę stanowisko Odwołującego, który również w toku rozprawy podkreślał, iż kieruje zarzuty wobec procedury wyjaśnień i ich oceny. W ocenie składu orzekającego, o ile aspekty formalne procedury udzielenia zamówienia publicznego są niezwykle istotne, gdyż realizują zasady udzielania zamówień publicznych, to nie powinny one przesłaniać naczelnego celu postępowania jakim jest wybór oferty gwarantującej realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dostrzeżenia także wymagało, iż pomimo argumentacji nakierowanej na nieprawidłowość wyjaśnień wykonawcy Lukas, Odwołujący poprzez przedstawienie „niedoszacowań” próbował podjąć merytoryczną polemikę z założeniami przyjętymi przez wykonawcę Lukas.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego w stosunku do oferty Lukas nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu. Wykonawca odpowiadał na wezwanie do wyjaśnień ceny, wystosowane przez zamawiającego, w zakresie, jaki odpowiadał wezwaniu i przedstawił kalkulację głównych kosztów.

Przedmiotem zamówienia są usługi w których głównym kosztem jaki ponosi wykonawca jest koszt osobowy – kierowców oraz koszt paliwa i utrzymania pojazdów. Oczywiście oferta obejmuje również inne koszty np. koszty administracyjne itp. Wykonawca Lukas złożył na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia, które odnosiły się do głównych kosztów jakie związane są z realizacją zamówienia, tj. kosztów pracy, kosztów paliwa i utrzymania. Ponadto wykonawca ten wskazał, iż jego oferta zawiera w swej wycenie zysk na poziomie ok. 40 %. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż o prawidłowości wyjaśnień nie decyduje ich objętość lecz ich treść. Nie decyduje również język stosowany przez wykonawcę, a określony przez Odwołującego mianem „kolokwialnego”. Wykonawca Lukas jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, mikroprzedsiębiorcą, samodzielnie udzielającą wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego i przedstawiającą okoliczności wyliczenia ceny oferty według własnych założeń i przekonań. W ocenie Izby, przyjęte przez wykonawcę Lukas założenia i złożone wyjaśnienia odpowiadające na wątpliwości Zamawiającego nie pozwalają stwierdzić, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską. Fakt, iż wykonawca Lukas złożył wyjaśnienia usystematyzowane w

określony przez siebie sposób i obejmujące elementy istotne dla realizacji zamówienia, nie może świadczyć o tym, iż wyjaśnienia te są niewłaściwe, jak zdawał się podnosić Odwołujący kwestionując np. okoliczność, relacji netto/brutto. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotny był również charakter wynagrodzenia jaki wykonawcy otrzymają za realizację zamówienia, a który również determinuje szczegółowość wyjaśnień ceny. Zamawiający przewidział, iż za realizację przedmiotu zamówienia zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe, które to wynagrodzenie zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i nie może ulec zmianie, za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia. Wobec powyższego wykonawca, nie był zobowiązany do kalkulacji ceny oferty wg wzorca zamawiającego lecz mogła ona obejmować również własne założenia wykonawcy. Również co do zarzucanego braku dowodów wskazać należy, iż przedstawiona kalkulacja stanowi taki dowód, a zamawiający w wezwaniu określił zakres wyjaśnień co do których dowodów żąda. Wobec braku okoliczności na które zamawiający dowodów żądał, wykonawca takich nie przedstawił.

Dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący zarówno w pierwszym z odwołań jak i rozpatrywanym obecnie, podważał poszczególne elementy wyjaśnień np. kwestie wynagrodzeń, kosztów paliwa, kosztów eksploatacyjnych, leasingu, nie udowadniając ich nieadekwatności do zaoferowanej ceny. Jednocześnie argumentacja Odwołującego i polemika z wyjaśnieniami wykonawcy Lukas opierała się na wykazaniu braków wyjaśnień oraz własnych założeniach – trudno stwierdzić dlaczego Odwołujący w przedłożonym załączniku do protokołu wyliczył, iż wykonawca Lukas zobowiązany będzie do ponoszenia kosztów leasingu w okresie dłuższym niż wskazany przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach. Odnośnie wskazanych w wyjaśnieniach kosztów leasingu i braku ujęcia w nich ewentualnych kosztów wykupu pojazdu, stwierdzić należy, iż w SWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców zobowiązania do świadczenia usług konkretnie zaoferowanym pojazdem, lecz wymagał świadczenie usług pojazdem o określonych właściwościach – jak wynika z wyjaśnień wykonawcy Lukas dysponuje większą liczbą pojazdów niż wymagana przez Zamawiającego, dlatego też za uzasadnioną należy uznać jego argumentację odnośnie możliwości świadczenia usług pojazdem zamiennym. Odwołujący tworząc własną kalkulację pominął również wyjaśnienia wykonawcy Lukas co do wynagrodzenia kierowcy nr 1 przyjmując do wyliczenia kosztów pełną kwotę minimalnego wynagrodzenia, w sytuacji gdy wykonawca Lukas wyjaśniał, iż osoba ta będzie w ramach zatrudnienia wykonywała pracę również przy realizacji innych zleceń – brak więc jest podstawy do przyjęcia w wyliczeniu kosztów oferty całego etatu (możliwości takiej nie zaprzeczył zamawiający). Wobec powyższego Izba, uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wyliczenia Odwołującego zawarte w Załączniku do protokołu. Izba, również za nieprzydatny uznała dowód przedstawiony przez Odwołującego w postaci wyciągu z polisy OC dla samochodu

Mercedes – Benz Sprinter 519 i wysokości składki jaką należy uiścić za tego typu pojazd, a to ze względu na fakt podnoszony przez Zamawiającego, iż nie jest to polisa OC samochodu oferowanego do wykonywania zamówienia przez wykonawcę Lukas, a na wysokość składki mają wpływ różne okoliczności m.in. bezszkodowość. W ocenie Izby, również argumentacja podnoszona przez Odwołującego co do dowolnego przyjęcia kosztów paliwa, wobec argumentacji wykonawcy Lukas i ceny jaką przyjął on do kalkulacji tego elementu oferty, nie wpływa na ocenę realności zaoferowanej ceny.

Wskazać należy, iż cena rażąco niska nie została zdefiniowana w ustawie Pzp, lecz Izba wielokrotnie wskazywała jak należy ją definiować. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. (KIO 2640/18) Izba wskazała, że: „O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.” Mając powyższe na uwadze oraz fakt przyjęcia przez wykonawcę Lukas % zysku w cenie oferty, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uznania, że zaoferowana przez Lukas cena jest ceną rażąco niską. Rażącego charakteru ceny nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił również Odwołujący.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w odwołaniu – naruszenie ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lukas, nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, a odwołanie podlega oddaleniu.

Na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: