

Sygn. akt: KIO 2223/22

WYROK
z dnia 7 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: **PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** (ul. Zwierzyniecka 30 39-400 Tarnobrzeg) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **POLREGIO S. A. Lubuski Zakład w Zielonej Górze** (ul. Ułańska 3, 65-033 Zielona Góra),

- wykonawca: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (ul. Jana z Kolna 2a, 65-014 Zielona Góra) zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** (ul. Zwierzyniecka 30 39-400 Tarnobrzeg) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **POLREGIO S. A. Lubuski Zakład w Zielonej Górze** (ul. Ułańska 3 65-033 Zielona Góra) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: POLREGIO S. A. Lubuski Zakład w Zielonej Górze na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1170), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Zastępczą komunikację autobusową na odcinku Zielona Góra Główna - Zbąszynek - Zielona Góra Główna”. Numer referencyjny: Zg.240.1053.2022,. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 2022/S 133-381117 w dniu 13.07.2022 r.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec niedokonania przez Zamawiającego czynności (...) *odrzućcenia oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o., pomimo iż oferta złożona przez Wykonawcę w toku aukcji elektronicznej, zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny* . Zarzucił Zamawiającemu (...) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. złożonej w toku aukcji elektronicznej, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Powyższe – zdaniem Odwołującego - doprowadziło do złamania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz wyboru oferty, która powinna ulegać odrzuceniu. W związku z podniesionymi zarzutami, wniósł o: (...)

- 1. Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego odwołania i jego uwzględnienie;*
- 2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;*
- 3. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o., jako zawierającej rażąco niską cenę, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert;*
- 4. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (wg potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy)”.*

W uzasadnieniu wskazał w szczególności:

I. Informacje wstępne

II. (...)

3. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przywołanej regulacji wynika, że środki ochrony prawnej (w tym odwołanie), przysługują Wykonawcy, jeżeli ten ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W doktrynie wskazuje się, że: „Interes w uzyskaniu zamówienia to nic innego, jak możliwość jego uzyskania. Interes posiadać będzie ten wykonawca, który wskutek decyzji zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia.” (...). Ponadto Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP może ponieść szkodę, która pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniami Zamawiającego, czego konsekwencją jest utrata potencjalnej możliwości osiągnięcia przez niego zysku.

Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego oceniona na 63,0 punkty i uplasowała się na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności, do której był obowiązany, tj. odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. to oferta Odwołującego – jako najkorzystniejsza – uplasowałaby się na pierwszym miejscu”.

III. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności

Zamawiający w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zastępcza komunikacja autobusowa na odcinku Zielona Góra Główna – Zbąszynek – Zielona Góra Główna”. Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymogami określonymi w SWZ, w terminie w nim wskazanym wraz ze wszelkimi dokumentami wymaganymi w treści SWZ przez Zamawiającego. Z przesłanego przez Zamawiającego w dniu 16 sierpnia 2022 r. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że oferta złożona przez Odwołującego została przez Zamawiającego oceniona na 63,0 punkty i uplasowała się na drugiej pozycji. W ocenie Odwołującego wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. jest nieuzasadniony z następujących względów:

(...)

Z dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 8) p.z.p. wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie

natomiast z dyspozycją art. 224 ust. 6 p.z.p., 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. Regulacja art. 16 pkt 1) p.z.p. przewiduje, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W treści SWZ Zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej (§ 2 ust. 4 SWZ). W wyniku przeprowadzonej aukcji wybrana została oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. Aukcja została przeprowadzona w dniu 5 sierpnia 2022 r. Pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. przewidział marżę na poziomie 1,88 %, a zysk na poziomie 10 gr za 1 kilometr. Wykonawca enigmatycznie wyjaśnił, że może pozwolić sobie na zaoferowaną cenę, bowiem posiada własną bazę transportową z zapleczem warsztatowym, a zakup oleju napędowego odbywa się po cenach hurtowych u stałego dostawcy. Odwołujący kwestionuje cenę zaoferowaną przez Wykonawcę w toku aukcji, jako rażąco niską. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w żadnym wypadku nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Wykonawcy złożonej w toku aukcji, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Cena zaoferowana przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o., pomimo złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, nadal budzi obiektywne wątpliwości co do tego, czy oferta złożona przez Wykonawcę w toku aukcji jest zrównoważona pod względem gospodarczym i czy zamówienie może zostać zrealizowane w należyty sposób. Odnosząc się do argumentów wskazanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 8 sierpnia 2022 r., Odwołujący poniżej wskazuje na przedmiotowe wątpliwości w odniesieniu do poszczególnych składników cenowych, przytoczonych przez spółkę PKS Zielona Góra Sp. z o.o., uwzględniając realne koszty realizacji zamówienia.

W tym miejscu, niejako na marginesie należy wskazać, że cena zaoferowana przez spółkę PKS Zielona Góra Spółka z o.o. jest niższa o ponad 57 % niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Oferta ta jest jednocześnie o ponad 35 % niższa od średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert, które nie ulegały odrzuceniu oraz o ponad 50% niższa od najdroższej oferty. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, iż oferta spółki PKS Zielona Góra Sp. z o.o., ustalona ostatecznie w toku aukcji, jest ofertą z rażąco niską ceną, co powoduje zagrożenie dla realizacji świadczenia komunikacji autobusowej dla Zamawiającego i może skutkować jego nienależytym

wykonaniem lub całkowitym niewykonaniem. Odwołujący wskazuje, iż podobnie jak Wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie w branży transportu osób, które pozwala mu skalkulować rzeczywiste koszty realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, co pozwala na wyciągnięcie ww. wniosków co do rażącego zaniżenia ceny zaoferowanej przez Wykonawcę. Odnosząc się do poszczególnych składników cenotwórczych przedstawionych w wyjaśnieniach Wykonawcy, Odwołujący wskazuje następujące fakty:

Spalanie autobusów

W swoich założeniach spółka PKS Zielona Góra wskazuje, iż pojazdy przewidziane do realizacji zamówienia spalają ok. 24 litry/100 km. Należy jednak podkreślić, że Zamawiający wymaga niestandardowych autobusów zawierających minimum 60 miejsc, przy jednoczesnym posiadaniu 55 miejsc siedzących (§ 6 ust. 2 pkt 3) SWZ). Tego typu autobusy są większe, dłuższe i cięższe, co ma istotny wpływ na poziom spalania paliwa. Przy napiętym rozkładzie jazdy, dającym niecałą godzinę na pokonanie blisko 60 km przy obsłudze po drodze dwóch dworców, przyjęcie spalania na poziomie 24 l/100km jest zdaniem Odwołującego nierzetelne i celowo zaniżone.

Cena paliwa

W tym miejscu należy zaznaczyć, że samo przyjęcie wartości 6,70 zł/l oleju napędowego jest nieprofesjonalne, albowiem ceny zakupu paliw, nawet w hurcie, kształtują się obecnie na poziomie ok. 7,00 zł za litr ON. Ponadto w umowie z Zamawiającym nie przewidziano waloryzacji cen. Oczywistym jest, że trwające w ostatnim czasie subtelne spadki cen paliwa są stanem przejściowym, a samo paliwo kosztuje obecnie ponad 2-krotnie drożej, aniżeli np. na początku pandemii (marzec-kwiecień 2020 r. – cena ok. 3,50 zł za litr ON). Każdy racjonalny przedsiębiorca powinien jednak wiedzieć, iż swoich wyliczeń nie można opierać na cenach związanych z „chwilowym załamaniem się rynku”. Wykonawca na pewno zdaje sobie sprawę z ww. okoliczności, jednak korzystniej było mu przyjąć cenę z dnia składania ofert, aby zaniżyć i urealnić swoją ofertę.

Przyjęta do kalkulacji ilość kilometrów

Wskazać należy, iż do obliczenia zużycia paliwa Wykonawca przyjął nie tylko zaniżone spalanie, zaniżoną cenę paliwa, ale również zaniżoną ilość kilometrów. Zamawiający zleca do wykonania 549 357 km – wraz z prawem opcji, bez dojazdów i tzw. pustych przebiegów. PKS Zielona Góra Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach wskazała, iż nie będzie ponosić kosztów parkowania autobusów, z uwagi na posiadanie własnych dworców. PKS Zielona Góra Sp. z o.o. wskazała, iż posiada własną bazę transportową w Zielonej Górze, Sulechowie oraz Świebodzinie. Nie posiada jednak żadnego dworca w Zbąszynku, a najbliższy dworzec znajduje się w Świebodzinie i jest oddalony o 27 km od dworca PKP w Zbąszynku. Do niniejszego odwołania Odwołujący załącza wydruki obiegu, z których w

sposób jednoznaczny wynika, iż zaledwie jeden obieg zaczyna i kończy się w Zielonej Górze co faktycznie może nie generować dodatkowych niepłatnych kilometrów. Pozostałe obiegi zaczynają się i kończą w Zbąszynku co generuje dodatkowe 54 km na podjazd rano i zjazd popołudniu lub zaczynają się w Zielonej Górze, a kończą w Zbąszynku, co wymusza powrót na pusto do Zielonej Góry, generując dodatkowo 50 km niepłatnych. Z załączonych wydruków wynika, iż w ciągu jednego dnia wygenerowane zostaną 1903 km płatne oraz 262 km niepłatne, czyli do ilości kilometrów zleconych przez Zamawiającego należy doliczyć 14% kilometrów niepłatnych, czyli do 549.357 km należy doliczyć 14%, co daje łączną ilość 626.267 km. Dokonując prostego wyliczenia, polegającego na podstawieniu ww. ilości kilometrów pod dane wskazane przez PKS Zielona Góra Sp. z o.o.: czyli spalanie 24l/100 km i cenę za 1 litr 6,71 zł otrzymamy wartość 1.008.540,34 zł (przy cenie ON na dzień sporządzania przedmiotowego odwołania, tj. 24.08.2022 r. jest to 6,98 zł/l- 1.049.122,48 zł), podczas gdy Wykonawca przyjął jedynie 884.420,82 zł, czyli o 124.119,52 zł mniej, a założona marża wynosi 54.318,46 zł. Z powyższego wynika, iż Wykonawca będzie musiał dołożyć tylko przy swoich założeniach około 70 000,00 tys. zł a już przy dzisiejszej cenie paliwa musiałby dołożyć ok. 110.000,00 zł.

Marża

Marża przyjęta przez Wykonawcę kształtuje się na poziomie 1,88 %, co przy obecnej inflacji na poziomie 15% jest wartością stanowczo zaniżoną. Wykonawca w swojej kalkulacji wydaje się nie zauważać sytuacji, z jaką mamy do czynienia obecnie na rynku, tj. tendencji wzrostowej cen wszelkich towarów i usług. Marża na poziomie przyjętym przez Wykonawcę nie pozwoli na pełne pokrycie kosztów, jakie wiążą się dla niego z realizacją zadania w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca przewidział zysk za jeden kilometr na poziomie zaledwie 10 gr, co oznacza, że zamierza realizować zadanie poniżej realnych kosztów, nie osiągając w zasadzie żadnego realnego zysku. Taka kalkulacja w sposób rażąco narusza prawidłową i zdrową konkurencję. Powyższe świadczy o tym, że złożona przez Wykonawcę oferta jest rażąco niska, a Wykonawca – jako miejscowy przedsiębiorca – próbuje zablokować dostęp do zamówienia innym Wykonawcom. Zaproponowana w ofercie cena z całą pewnością nie została skalkulowana w sposób prawidłowy i odpowiedzialny i nie umożliwi należytego wykonania zamówienia, a Wykonawca w oparciu o tę cenę – przy uwzględnieniu sytuacji gospodarczej - nie będzie zdolny do wykonania zamówienia. Wymaga dodatkowego podkreślenia, że zaproponowana cena nie zawiera godziwego zysku dla PKS Zielona Góra Sp. z o.o. Branża transportowa miała duże nadzieje na nadrobienie strat wywołanych pandemią COVID-19. Niestety inflacja, spotęgowana przez inwazję Rosji na Ukrainę wywołała zjawiska gospodarcze mające daleko idący wpływ na logistykę i łańcuchy dostaw, a także przekreśliła nadzieje przedsiębiorców na spokojniejszy rok i możliwość działania w bardziej stabilnych warunkach rynkowych. Wybuch wojny, inflacja i

wzrost ceny paliw, a ponadto wprowadzenie postanowień kolejnego etapu Pakietu Mobilności, zaowocowały narastaniem problemów finansowych. Także wzrost oprocentowania kredytów oraz rat leasingowych wpływa bezpośrednio na koszty prowadzenia firmy oraz utrzymanie płynności finansowej. Od końca lutego br. w Polsce jest obserwowany ogromny wzrost cen oleju napędowego, którego czynnikiem pogłębiającym jest spadek wartości złotówki w stosunku do euro i dolara amerykańskiego. W tym stanie rzeczy najbliższe miesiące będą niejako papierkiem lakmusowym dla dalszego funkcjonowania branży transportowej. Ww. zwiększające się czynniki kosztotwórcze sprawiają, iż najbliższe miesiące będą czasem wielkich wyzwań dla branży. Przekładać się to będzie w sposób oczywisty na wzrost cen usług, przy jednoczesnej walce o dostępność zasobów. Z tych też względów pierwszą metodą ograniczenia niekorzystnego oddziaływania wzrostu cen powinna być odpowiedź wykonawcy w postaci podwyższenia stawek transportowych, a nie jak w przedmiotowej sprawie, ich maksymalne obniżanie oraz marginalny, jeśli nawet nie zerowy zysk na wykonywanym zadaniu. Z uwagi na sytuację za wschodnią granicą Polski oraz galopującą inflacją, nie ma perspektyw na poprawienie kondycji branży transportowej w najbliższym roku. Racjonalny zatem wykonawca, przystępując do przetargu powinien zakładać solidny zysk, niestanowiący czynu nieuczciwej konkurencji, który pozwoliłby mu na zdobycie środków, jeśli nie na dalszy rozwój firmy, to chociaż na kontynuowanie działalności w niezmienionej formie, tak aby przeczekać ciężki dla branży czas. Marża przyjęta przez Wykonawcę w przedmiotowej sprawie na poziomie 1,88% z całą pewnością nie pozwoli na realizację tego celu. Zgodnie z brzmieniem 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 podanej w ofercie ceny lub kosztu. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (vide: wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. KIO 66/16). Wyjaśnienia wykonawcy powinny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny złożonej oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty (vide: wyrok KIO z dnia 13 października 2013 r.,

sygn. KIO 2031/14). Lakoniczne wyjaśnienia wykonawcy, który wskazuje jedynie na posiadanie własnych dworców i brak kosztów parkowania autobusów, a także fakt zatrudniania w spółce 100 kierowców nie mogą być uznane za rozpraszające wątpliwości, nie są konkretne i wyczerpujące oraz w żaden sposób nie zachodzi korelacja pomiędzy tymi czynnikami, a zaoferowaną przez wykonawcę ceną. W przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie, spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych, z którą to sytuacją mamy do czynienia analizując wyjaśnienia spółki PKS Zielona Góra sp. z o.o., powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że wykonawca obowiązany jest szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki, umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Takich informacji w wyjaśnieniach wykonawcy zabrakło. W art. 224 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wskazał katalog przykładowych okoliczności, które mogą uzasadnić niską cenę lub koszt. Wskazane okoliczności w zasadniczym stopniu wpływają na cenę, zatem wykonawca powinien odnieść się do nich w pierwszej kolejności. Należą do nich m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (np. zakup materiałów przed wzrostem ich cen), oryginalność projektu wykonawcy oraz koszty pracy. Przykładową okolicznością uzasadniającą wysokość ceny lub kosztu może być również pomoc publiczna (np. dotacje, dofinansowanie czy ulgi podatkowe). W swoich wyjaśnieniach z dnia 08.08.2022 r. wykonawca PKS Zielona Góra sp. z o.o. nie wskazał na żadną z ww. okoliczności. Jak już wskazano wyżej, swoje wyjaśnienia wykonawca powinien poprzeć dowodami. Ustawa nie określa katalogu dowodów, jakimi może posłużyć się wykonawca, a zatem może on powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Jeśli wykonawca nie planuje korzystać z usług bądź prac podmiotów trzecich przy wykonaniu zamówienia, podstawowym dowodem jest szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, uwzględniająca koszty materiałów, sprzętu, a także koszty osobowe i administracyjne związane z realizacją zamówienia. W doktrynie wskazuje się jednak, iż samo zestawienie kalkulacji kosztów i określenie marży nie jest jednak wystarczające, aby uzasadnić realność ceny. Wykonawca w takiej sytuacji powinien dodatkowo wyjaśnić, jakie konkretnie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny lub kosztu. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie uzyskał potwierdzenia, że kwoty przedstawione w

szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. Niejako na marginesie Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z poglądami doktryny wykonawca powinien również odnieść się w swoich wyjaśnieniach do relacji między wysokością swojej ceny a wartością przedmiotu zamówienia, bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. Wykonawca nie sprostał temu obowiązkowi, zdając się w ogóle nie zwrócić uwagi na fakt, iż zaoferowana przez niego cena jest niższa o ponad 57% niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia oraz o ponad 50% niższa od najdroższej oferty w przedmiotowym postępowaniu (oferta MILLA Spółdzielnia w Lesznie – 6.520.418,11 zł).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 5/09/2022) wniósł (...) o *oddalenie odwołania, jako bezzasadnego*". W uzasadnieniu stanowiska przede wszystkim wskazał: (...)

Odwołujący wniósł w szczególności o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o., jako zawierającej rażąco niską cenę, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, które sprecyzował w treści uzasadnienia odwołania. Zarzut jest niezasadny, dlatego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. Przede wszystkim należy podnieść, że zarzut jest sformułowany w sposób ogólnikowy. Odwołujący nie skonkretyzował w wystarczającym stopniu zarzutu w jego warstwie faktycznej. Przedstawione twierdzenia oraz mający być dowodem załącznik do odwołania wskazujący na ceny paliw nie może być uznany za wiarygodny. Zarzut nie został sformułowany prawidłowo". Przytoczyć aktualne – jego zdaniem - tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

- sygn. akt 1038/20): Obciążenie wykonawcy składającego wyjaśnienia ciężarem wykazania prawidłowości ceny, zarówno w odniesieniu do wyjaśnień składanych zamawiającemu (art. 90 ust. 2 p.z.p.), jak i w postępowaniu odwoławczym (art. 190 ust. 1a pkt 1 p.z.p.), nie zwalnia wykonawcy, który kwestionuje w odwołaniu prawidłowość zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny, z obowiązku precyzyjnego sformułowania zarzutów i przedstawienia okoliczności faktycznych, na których te zarzuty się opierają. Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny nie oznacza, że Odwołujący może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień, bez wyspecyfikowania, na czym ich wadliwość polega i bez przedstawienia wyводу uzasadniającego te twierdzenia. Badaniu Izby podlega dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień, ale w granicach okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów, przy ogólnikowo sformułowanym zarzucie nie jest natomiast zobowiązana samodzielnie poszukiwać braków w wyjaśnieniach i ich wpływu na rzetelność

kalkulacji ceny. Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 p.z.p.), a granice zarzutów wyznaczają m.in. okoliczności faktyczne, z których odwołujący wywodzi naruszenie przepisów prawa”.

- sygn. akt 2268/18: Przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 p.z.p. przewidujący w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej odwrócony ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zwalnia wykonawcy stawiającego taki zarzut względem ceny oferty konkurenta ze wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych, w tym również z przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu tez. Oznacza to, że stawiający taki zarzut wykonawca nie może ograniczyć się tylko do twierdzenia o nierynkowej cenie oferowanej przez konkurenta, mającej świadczyć o jej rażąco niskim charakterze, ale wskazać również okoliczności uzasadniające takie twierdzenie, w tym przedstawić dowody na ich poparcie.

- sygn. akt 714/21: W zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. Dalej podał: *„Zamawiający nie naruszył żadnego z przywołanych w odwołaniu przepisów, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z którego wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym 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. Stąd także art. 16 pkt 1 Pzp nie został również naruszony. Zamawiający nie pierwszy raz przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przewidując wybór oferty najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej (§ 2 ust. 4 SWZ). Zamawiający dostrzega też pewne prawidłowości, jaki mają miejsce w ich toku. Niektóre są dla Zamawiającego niepokojące, a ich akceptowanie prowadziłyby do zawierania umów, na niekorzystnych warunkach. Zjawisko takie miało też miejsce w aukcji w niniejszym postępowaniu, w którym wyjściowe ceny ofert nie odbiegły istotnie od siebie, a w trakcie aukcji Zamawiający odnotował postąpienia znacząco je obniżające. Następnie, gdy wybrany Wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. nawiązał walkę z konkurencją, konkurującą Wykonawcy (por. oferty 1 i 2 – tańsze niż oferta wybranego Wykonawcy) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, złożyli wyjaśnienia (pisma z 8 i 9 sierpnia 2022 r. złożone odpowiednio przez Wykonawcę Firma Handlowo-Uslugowa M. F. oraz P.W. IMPEX TRANS M. B.) skutkujące odrzuceniem ich ofert (por. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16*

sierpnia 2022 r.). Następnie wybór oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. (z ceną oferty 3 180 500,00 PLN) został zakwestionowany przez Wykonawcę PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o., który zaoferował cenę 5 043 097,26 PLN (tj. w wysokości pierwotnej; cena nie została obniżona w wyniku aukcji). Opisany powyżej przebieg aukcji spowodował, że Zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r., wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty. Wyjaśnienia zostały złożone w dniu 8 sierpnia 2022 r. zostały przez Zamawiającego, jako wystarczające i wiarygodne. Pokreślenia przy tym wymaga, że zawierały one wyliczenia opierające się na realnych założeniach. Odwołujący zakwestionował je pomimo, że złożył wyjaśnienia w odniesieniu do jego oferty w analogiczny sposób, tyle że założył zysk nie na poziomie 1,88%, a 39%.

Odnosząc się do argumentów wskazanych przez Odwołującego, w pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że to, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Spółka z o.o. przewidział marżę na poziomie 1,88 %, a zysk na poziomie 10 gr za 1 kilometr nie może być podstawą do uznania oferty za niewiarygodną. To od danego przedsiębiorcy zależy jego strategia biznesowa i osiągnane efekty ekonomiczne zawieranych przez niego umów. Zamawiający nie ma podstaw do ich badania. Zauważa jednocześnie, że w szczególności w dobie kryzysu jakim był (a nawet jest) najpierw COVID-19, a następnie wojna w Ukrainie, marża może nie być tak istotna, jak konieczność utrzymania zasobów ludzkich i technicznych. Do tego potrzebne są czynne umowy i realizacja zamówień, nawet, jeżeli ich marżowość jest niska. Zamawiający przyjął analogiczne wyjaśnienia zarówno Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o., jak i PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. Uznał, że nie w każdym przypadku konieczne jest przedkładanie dodatkowych dowodów ponad wiarygodne wyliczenia (por. wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt. 1453/18). Potwierdzają one okoliczności znane Zamawiającemu zarówno w zakresie możliwości technicznych Wykonawców, jak i ich zaplecza, czy zasobów ludzkich. Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom także ze względu na fakt, jakim są wyniki podobnych postępowań przetargowych przez niego prowadzonych, jak i prowadzonych przez centralę i inne oddziały POLREGIO S.A. Z tego powodu Zamawiający stwierdził, że nie jest zasadne kwestionowanie oferty z ceną 5,36 PLN netto, w sytuacji, gdy analogiczne usługi na terenie jego działalności realizowane są za ceny od ok. 4,50 do 5,00 PLN netto. Zamawiający dokonał oceny ofert, w tym także złożonych przez Wykonawców wyjaśnień, uwzględniając warunki wykonania zamówienia, Oczywiście jest, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w

zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Ocenę wyjaśnień Wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. potwierdza ostatecznie argumentacja przedstawiona przez Zgłaszającego przystąpienie w przystąpieniu do odwołania z dnia 26 sierpnia 2022 r., która spełnia, zdaniem Zamawiającego wymagania art. 537 pkt 1 Pzp i z którą Zamawiający się zgadza. Zamawiający podkreśla także, że Odwołujący nie przedstawił, żadnej argumentacji w zakresie wielkości spalania autobusów wybranego Wykonawcy (w szczególności, że wiadome jest że trasa na której ma być świadczona usługa obejmuje drogi dobrej jakości, w tym także 30 km trasy S3, bez znacznej ilości zakrętów, wzniesień, czy spadków, co pozwala na ekonomiczną jazdę), ani zakładanych przez niego cen paliwa niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie podziela także gołosłownych twierdzeń, co do zaniżonej liczby kilometrów. Zamawiającemu znany jest fakt wykonywania przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. usług transportowych (świadczenia regularnych przewozów), a jednocześnie nie znane mu są przypadku nienależytego wykonywania usług przez tego Wykonawcę. Pokreślenia przy tym wymaga, że: Celem skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p. jest ustalanie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest realistyczna, a nie doprowadzanie do sytuacji, w której oferta zostaje odrzucona z błędnego powodu. Wskazał na wyrok KIO 1104/22.

Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca:

Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra sp. z o.o. w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r. także wniósł o (1) oddalenie odwołania oraz (2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania oraz dokumentów wskazanych w treści niniejszego pisma i wskazał w szczególności:

(...)

Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wskazuję, że Zgłaszający przystąpienie ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem w prowadzonym Postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Zgłaszającego postępowanie, jako najkorzystniejszej, natomiast w złożonym odwołaniu Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Zgłaszającego przystąpienie, jako zawierającej rażąco niską cenę, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W ocenie Zgłaszającego przystąpienie, oddalenie odwołania zapewni mu możliwość uzyskania

zamówienia, bowiem oferta złożona przez niego, już wcześniej została uznana za najkorzystniejszą. (...)

W złożonym w sprawie odwołaniu, Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Zgłaszającego przystąpienie, jako zawierającej rażąco niską cenę, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu odwołania podaje, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Zgłaszającego przystąpienie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty. W złożonych wyjaśnieniach Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przewidział marżę na poziomie 1,88 %, a zysk na poziomie 10 gr za 1 kilometr, a nadto wyjaśnił, że może pozwolić sobie na zaoferowaną cenę, bowiem posiada własną bazę transportową z zapleczem warsztatowym, a zakup oleju napędowego odbywa się po cenach hurtowych u stałego dostawcy. W ocenie Odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, wobec czego Zamawiający był zobligowany do odrzucenia tej oferty. Zgłaszający przystąpienie nie zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego, z przyczyn szczegółowo opisanych w niniejszym piśmie. Przede wszystkim należy wskazać, że w złożonych w sprawie wyjaśnieniach Zgłaszający przystąpienie przedstawił szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych składających się na ostateczną wartość złożonej w sprawie oferty, wskazując w szczególności przyjętą przez siebie średnią cenę zakupu oleju napędowego, średnie zużycie paliwa przez pojazdy dedykowane do obsługi zamówienia, wartość amortyzacji, materiałów eksploatacyjnych, przewidywanych napraw pojazdów, ubezpieczeń, wynagrodzenia kierowców itp. Z treści przedmiotowego zestawienia wynika, że przy uwzględnieniu wszystkich składników zaoferowanej ceny, koszt realizacji zamówienia po stronie Zgłaszającego przystąpienie wynosi 5,26 zł netto za jeden wozokilometr i ogółem 2.890.588,95 zł netto za całe zamówienie. Tymczasem w złożonej ofercie, Zgłaszający przystąpienie zaoferował realizację zamówienia za cenę jednego wozokilometra wynoszącą 5,36 zł netto i łączną cenę 2.944,907,41 zł, zapewniającą mu wygenerowanie marży w wysokości 54.318,46 zł. dowód: wyjaśnienie wraz z kalkulacją cenową z dnia 8 sierpnia 2022 r.(...)

W ocenie Zgłaszającego przystąpienie, Odwołujący nie ma żadnych podstaw do kwestionowania przyjętych przez Zgłaszającego przystąpienie czynników cenotwórczych, a także przedstawiania twierdzeń, że złożone wyjaśnienia są nierzetelne, zaś kwoty celowo zaniżone. Twierdzenia Odwołującego, że przyjęcie spalania pojazdów dedykowanych do obsługi zamówienia na poziomie 24 litry/100 km, jest znacznie zaniżone w stosunku do rzeczywistych kosztów, w ocenie Zgłaszającego przystąpienie są całkowicie gołosłowne, zaś sam Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji wskazujących jakie według niego powinno być spalanie tego rodzaju pojazdów. Składając ofertę w Postępowaniu, Zgłaszający

przystąpienie doskonale zdawał sobie sprawę z tego, jakie autobusy będą wykorzystywane do zadań przewozowych i przyjął normę spalania dla takich właśnie pojazdów, a nie autobusów mniejszych, krótszych, czy lżejszych, co zdaje się sugerować Odwołujący. Przyjęta przez Zgłaszającego przystąpienie cena nabycia oleju napędowego na poziomie ca. 6,70 zł netto, za litr jest kwotą uśrednioną, przy czym w ostatnim okresie czasu ceny paliw odnotowują spadki, co zresztą zauważa sam Odwołujący w treści złożonego pisma. W obecnej sytuacji gospodarczej nie ma uzasadnienia do przyjęcia twierdzenia, że ceny paliw w perspektywie krótko- i długookresowej będą z całą pewnością wzrastać i ani Odwołujący, ani Zgłaszający przystąpienie nie są w stanie ze stuprocentową dokładnością określić kierunku w jakim będą podążały przyszłe zmiany cen paliwa. Zważyć jednak należy, że już w dniu 20 sierpnia 2020r. Zgłaszający przystąpienie zawarł umowę z D. D. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Dan – Pol D. D. z siedzibą w Żaganiu, na podstawie której nabywa od niego olej napędowy według ceny obliczonej jako cena SPOT PKN Orlen S.A. pomniejszona o stały rabat w wysokości 20 gr na litrze paliwa. Cena ta jest zdecydowanie niższa od cen oferowanych w handlu detalicznym, na które powołuje się Odwołujący, dlatego składając ofertę na świadczenie usług przewozowych, Zgłaszający przystąpienie jest w stanie nabyć paliwo za cenę niższą niż inni przedsiębiorcy i zaoferować przez to niższą cenę na świadczone przez siebie usługi. dowód: Umowa sprzedaży paliw z dnia 20 sierpnia 2020 r.

W ocenie Zgłaszającego przystąpienie, nieuzasadnione są również wywody Odwołującego, jakoby Zgłaszający przystąpienie niewłaściwie oszacował ilość kilometrów potrzebnych do wykonania umowy, w szczególności nie uwzględniając kosztów dojazdu do miejsca świadczenia usług. Odwołujący bezzasadnie twierdzi bowiem, że Zgłaszający przystąpienie powinien w swoich kalkulacjach uwzględnić dodatkowo 76.910 kilometrów „niepłatnych” (262 kilometry „niepłatne” dziennie), bowiem codziennie powinien wykonać „na pusto” dodatkowe kursy pomiędzy Zieloną Górą, z Zbąszynkiem. Odwołujący nie bierze jednak pod uwagę tego, że oprócz przewozów na rzecz Zamawiającego, Zgłaszający przystąpienie wykonuje również normalną komunikację regularną na terenie Województwa Lubuskiego i województw ościennych. Z tego względu Zgłaszający przystąpienie ma możliwość takiego ułożenia rozkładu jazdy autobusów i wykonywania innych przewozów, by przed rozpoczęciem kursów na rzecz Zamawiającego i po ich zakończeniu, realizować również inne przewozy w ramach publicznego transportu zbiorowego do i ze Zbąszynka, lub najbliższej okolicy, co eliminuje konieczność wykonywania „pustych” przebiegów. Niezależnie od powyższego, Zgłaszający przystąpienie wskazuje także, iż we wcześniejszym okresie czasu zawarł już z Gminą Zbąszynek umowę na dzierżawę placu postojowego, na którym ma możliwość parkowania autobusów, w tym również przechowywania ich w porze nocnej. Koszt takiej dzierżawy to jedynie 1.000 zł miesięcznie. Tak więc pojazdy posiadane przez Zgłaszającego

przystąpienie, mogą być pozostawione bezpośrednio w Zbąszynku, bez potrzeby ich powrotu na dworce w Zielonej Górze, lub Świebodzinie. Z powyższych względów, twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie należy uznać za całkowicie bezpodstawne. dowód: umowa dzierżawy placu postojowego z dnia 25 października 2021 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Podnoszona w odwołaniu argumentacja, a także przedkładane na rozprawie dowody przez wykonawcę nie potwierdziły, że cena w ofercie wykonawcy Przystępującego uznanej za najkorzystniejszej – (Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Zielonej Górze) jest rażąco niska.

Odwołujący w odwołaniu, co podkreślał Zamawiający i Zgłaszający przystąpienie wykonawca PKS, domaga się nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Zgłaszającego przystąpienie, jako zawierającej rażąco niską cenę, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu odwołania podał, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Zgłaszającego przystąpienie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty. W złożonych wyjaśnieniach Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przewidział marżę na poziomie 1,88 %, a zysk na poziomie 10 gr za 1 kilometr, a nadto wyjaśnił, że może pozwolić sobie na zaoferowaną cenę, bowiem posiada własną bazę transportową z zapleczem warsztatowym, a zakup oleju napędowego odbywa się po cenach hurtowych u stałego dostawcy. W ocenie Odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, wobec czego Zamawiający był zobligowany do odrzucenia tej oferty. Także wskazuje na jego zdaniem lakoniczne wyjaśnienia, jakie złożył Zgłaszający przystąpienie.

Zgodnie z § 4.1 i 4.2 SWZ (Specyfikacja Warunków Zamówienia):

„1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi Zastępczej komunikacji autobusowej na odcinku Zielona Góra Główna — Zbąszynek — Zielona Góra Główna

2. Opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe warunki realizacji zamówienia, został zawarty we wzorze umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ”.

W tym postępowaniu zostało złożonych pięć ofert:

| Nr oferty | Nazwa i siedziba Wykonawcy | Cena oferty [PLN brutto] |
|-----------|--|-----------------------------|
| 1 | P.W. IMPEX TRANS M. B. Strzeszkowice Duże 311, 24-220 Niedzwica Duża | 5 339 749,90 |
| 2 | Firma Handlowo — Usługowa M. F. Malawa 23/1, 37-740 Bircza | 6 324 637,27 |
| 3 | MILLA Spółdzielnia w Lesznie ul. Towarowa 1, 64-100 Leszno | 6 520 428,11 |
| 4 | „PKS Tarnobrzeg” Spółka z o.o. ul. Zwierzyniecka 30, 39-400 Tarnobrzeg | 5 043 097,26 |
| 5 | Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. ul. Jana z Kolna 2A, 65-014 Zielona Góra | 5 399 080,59 |

Wszyscy wykonawcy – zgodnie z warunkami określonymi w § 18 SWZ - zostali zakwalifikowani do aukcji elektronicznej i w dniu 2 sierpnia 2022 r. zaproszeni do tej aukcji. W tym zaproszeniu zgodnie z warunkami podana została pozycja oferty wykonawcy.

W wyniku aukcji ustalone zostały następujące ceny:

| Nr oferty | Nazwa i siedziba Wykonawcy | Cena oferty [PLN brutto] |
|-----------|--|-----------------------------|
| 1 | P.W. IMPEX TRANS M. B. Strzeszkowice Duże 311, 24-220 Niedzwica Duża | 473 600,00 PLN |
| 2 | Firma Handlowo — Usługowa M. F. Malawa 23/1, 37-740 Bircza | 3 150 000,00 PLN |
| 3 | MILLA Spółdzielnia w Lesznie ul. Towarowa 1, 64-100 Leszno | 6 520 428,11 PLN |
| 4 | „PKS Tarnobrzeg” Spółka z o.o. ul. Zwierzyniecka 30, 39-400 Tarnobrzeg | 3 180 500,00 PLN |
| 5 | Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o. ul. Jana z Kolna 2A, 65-014 Zielona Góra | 5 043 097,26 PLN |

Wykonawca z punktu 1 tabeli i wykonawca z punktu 2 oraz Przystępujący (z punktu 3) zostali w dniu 8 sierpnia 2022 r. wezwani na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia oferowanej ceny lub kosztu. W odpowiedzi:

- wykonawca P.W. Impex TRANS wskazał na omyłkowe podanie ceny (W rubryce oferowanej ceny przez pomyłkę wpisano kwotę 473 600,00 zł zamiast 4 736 000,00 zł, czyli

o jedną cyfrę za mało, dlatego też cena jest tak zaniżona. Złożenie tak niskiej oferty nie było moim zamiarem(...) i wniósł o unieważnienie aukcji;

- wykonawca Firma Handlowo — Usługowa M. F. Malawa – stwierdził, że (...) po ponownym przeanalizowaniu i przeliczeniu kosztów, zysku oraz innych czynników, które miały decydujący wpływ na ostateczną cenę oferty złożonej w toku przeprowadzonej akcji elektronicznej w dniu 05.08.2022r. wynika, że omyłkowo nie uwzględniono wszystkich kosztów paliwa. Okoliczność ta miała decydujący wpływ na wysokość ostatecznej ceny złożonej w trakcie trwania aukcji oraz zakłócenia uczciwej konkurencji. Mając powyższe na uwadze złożona cena oferty, nie pozwala na realizację zamówienia z należytą starannością oraz wygenerować zysk”.

Te oferty w konsekwencji zostały odrzucone – jak wskazano w Protokole w punkcie 14 – „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8), zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Ceny ofert zawierają rażąco niską cenę”.

Z kolei wykonawca PKS Zielona Góra (wezwanie o analogicznej treści jak skierowane do pozostałych wykonawców: „Zamawiający POLREGIO S. A. Lubuski Zakład w Zielonej Górze działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zaoferowanej przez Państwa oferty, w niżej określonym zakresie: Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, winien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, Zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze. Za takie należy uznać uwarunkowania, które są zgodne z prawem i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający przy tym jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 224 ustawy Pzp (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również inne czynniki, które wskaże Wykonawca, a które bez zakłócania uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie”] – w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 9 sierpnia podał:

„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o. o. w odpowiedzi (...) przedstawia uzasadnienie do proponowanej ceny za realizację ww. usługi.

Cena zaoferowana w negocjacjach cenowych w dniu 05.08.2022 na postępowanie jak wyżej, została skalkulowana na podstawie założeń przedstawionych w załączniku.

Własna baza transportowa w Zielonej Górze, Sulechowie oraz Świebodzinie wraz z zapleczem warsztatów ma istotny wpływ na obniżenie kosztów podstawowych na realizację usługi, w przypadku problemów technicznych usuwane są przy wykorzystaniu własnych środków (naprawy, holowanie, podstawienie autobusów).

W związku z posiadaniem własnych dworców, nie ponosimy kosztów parkowania autobusów.

Dodatkowo zakup oleju napędowego odbywa się po cenach hurtowych u stałego dostawcy, gwarantujący odpowiednią jakość również w warunkach zimowych.

Zatrudnienie w przedsiębiorstwie ilości 100 kierowców autobusu, pozwoli sprawnie i bez zakłóceń realizować zadanie, bez ponoszenia dodatkowych kosztów diet czy delegacji.

Wszystkie te czynniki istotnie wpłynęły na ostatecznie zaoferowaną cenę świadczenia usługi”.

Przystępujący wykonawca, w wymienionym załączniku do wyjaśnień przedstawił kalkulację czynników cenotwórczych składających się na ostateczną wartość oferowanej ceny, wskazując w szczególności przyjętą przez siebie średnią cenę zakupu oleju napędowego, średnie zużycie paliwa przez pojazdy dedykowane do obsługi zamówienia, wartość amortyzacji, materiałów eksploatacyjnych, przewidywanych napraw pojazdów, ubezpieczeń, wynagrodzenia kierowców itp. Z tego zestawienia wynika, że przy uwzględnieniu wszystkich składników zaoferowanej ceny, koszt realizacji zamówienia po stronie Zgłaszającego przystąpienie wynosi 5,26 zł netto za jeden wozokilometr i ogółem 2.890.588,95 zł netto za całe zamówienie. W ofercie, Zgłaszający przystąpienie zaoferował realizację zamówienia za cenę jednego wozokilometra wynoszącą 5,36 zł netto i łączną cenę 2.944,907,41 zł, co zapewnia mu wygenerowanie marży w wysokości 54.318,46 zł (1,88 %). Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego że te wyjaśnienia są lakoniczne, także nie ma podstaw do kwestionowania przyjętych przez wykonawcę czynników cenotwórczych. Twierdzenia Odwołującego, że przyjęcie spalania pojazdów dedykowanych do obsługi zamówienia na poziomie 24 litry/100 km, jest znacznie zaniżone w stosunku do rzeczywistych kosztów, w istocie zostały odniesione do pojazdów Odwołującego, a nie autobusów, które będą wykorzystywane do zadań przewozowych przez Przystępującego. Przystępujący ponadto – w postępowaniu dowodnym przez KIO - wykazał, że jest w stanie nabyć paliwo za cenę niższą niż inni przedsiębiorcy, co ma wpływ na oferowaną niższą cenę świadczonej usługi. Dowodem tego jest umowa sprzedaży paliw z dnia 20 sierpnia 2020 r. Na korzystne warunki realizacji niewątpliwie także ma wpływ okoliczność, że oprócz przewozów na rzecz Zamawiającego, Zgłaszający przystąpienie wykonuje również komunikację regularną na terenie Województwa Lubuskiego i województw ościennych. Z tego względu Zgłaszający przystąpienie ma możliwość takiego ułożenia rozkładu jazdy autobusów i wykonywania innych przewozów, aby przed rozpoczęciem kursów na rzecz

Zamawiającego i po ich zakończeniu, realizować również inne przewozy w ramach publicznego transportu zbiorowego do i ze Zbąszynka, lub najbliższej okolicy, co eliminuje konieczność wykonywania „pustych” przebiegów. Zgłaszający przystąpienie dodatkowo wykazał, że z Gminą Zbąszynek ma zawartą umowę na dzierżawę placu postojowego, (umowa dzierżawy placu postojowego z dnia 25 października 2021 r.) na którym ma możliwość parkowania autobusów, w tym również przechowywania ich w porze nocnej. Tak więc pojazdy, mogą być pozostawione bezpośrednio w Zbąszynku, bez potrzeby ich powrotu na dworce w Zielonej Górze, lub Świebodzinie.

Konkludując Izba stwierdziła, że Odwołujący kwestionując wyliczenia argumentację i dowody oparł przede wszystkim na własnej kalkulacji, własnej prognozie zysku oraz doświadczeniu co, w stanie faktycznym sprawy nie musi być adekwatne wobec innego konkurencyjnego wykonawcy. Tym samym argumentacja podnoszona w odwołaniu i przedkładane zestawienia oraz wydruki nie mogą dowodzić, że cena wykonawcy PKS jest rażąco niska. Niewątpliwie wykonawca PKS - jako wg oznaczenia Odwołującego miejscowy przedsiębiorca – ma korzystniejsze warunki realizacji co daje mu przewagę konkurencyjną, jednakże taka okoliczność nie może być kwalifikowana jako nieuczciwa konkurencja. Powyższe potwierdzają także wskazywane przez Zamawiającego okoliczności w zakresie możliwości technicznych wykonawców, ich zaplecza, czy zasobów ludzkich wynikające z podobnych postępowań przetargowych przez niego prowadzony, jak i prowadzonych przez centralę i inne oddziały POLREGIO S.A. Tak jak podkreślał na rozprawie Zamawiający – z uwagi na znajomość rynku - nie miał podstaw kwestionowania oferty z ceną 5,36 PLN netto, w sytuacji, gdy analogiczne usługi na terenie jego działalności realizowane są za ceny od ok. 4,50 do 5,00 PLN netto. Powyższe potwierdził Przystępujący przedkładając na tę okoliczność dwie umowy, i zawarte do nich aneksy, które dotyczą roku 2001 i 2022, gdzie stawka przewozowa jest ustalona odpowiednio na 4,55 zł km netto i 5,40 zł brutto.

Tym samym ocena oferty wykonawcy Przystępującego i jej wybór nie stanowi – w zakresie rozstrzyganym - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....