

Sygn. akt: KIO 3452/22

WYROK
z dnia 10 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **M. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **M. K. NORBI-TRANS®K. M.**, Chomentów 67, 28-305 Sobków, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Nowiny**, ul. Białe Zagłębie 25, 26-052 Nowiny

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Nowiny, w trybie podstawowym bez negocjacji na świadczenie usług w zakresie przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej na terenie Gminy Nowiny – linia komunikacyjna Zawada - Kowala (sygn. postępowania: INO.271.115.2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.11.2022 r., nr 2022/BZP 00455851/01, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Usługi Handel Transport A. C.) i zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, Wykonawca M. K., wniosła w dniu 23.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3452/22).

Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 ust. 1 Ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Usługi Handel Transport A. C.;
2. art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 224 ust. 3 i 5 Ustawy Pzp przez zaniechanie merytorycznego badania i oceny ofert, w szczególności zaniechanie wezwania Wykonawcy Usługi Handel Transport A. C. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, które potwierdzałyby, że cena tego wykonawcy nie jest rażąco niska, wobec faktu, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;
3. art. 16 pkt 1 Ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania Wykonawcy Usługi Handel Transport A. C. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (m.in. kosztów pracowniczych i paliwa oraz pozostałych kosztów), które potwierdzałyby, że cena nie jest rażąco niska, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołująca oszacowała wysokość kosztów samego zatrudnienia i paliwa na kwotę 228.000 zł brutto, co już przewyższa cenę oferty (223.334,02 zł brutto). Różnica pomiędzy szacowaną wartością zamówienia, a ceną oferty wynosi 27 %, zaś pomiędzy kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia wynosi 37%. Koszty

zatrudnienia wymagały uwzględnienia w cenie oferty zatrudnienia kierowców na 2,4 etatu, koszty paliwa, spalania pojazdu na poziomie 14 l, co miałyby wynikać z wyjaśnień A. C. w innym postępowaniu. Według Odwołującej, Wykonawca prawdopodobnie poniesie stratę. Wskazując na przetarg w sąsiedniej gminie Morawica Odwołująca formułuje tezę, że Wykonawca oferuje ceny, które mają jedynie dokonać eliminacji innych uczestników postępowania. Uwzględniając poziom inflacji i ciągle rosnące ceny, jak również utrzymujący się wysoki poziom cen paliwa, energii, zaoferowana cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, iż jest ceną rażąco niską.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający przedstawił własną analizę kosztów dla wyliczenia ceny przejechania 1 wozokilometra netto, uwzględniając średnią stawkę brutto 1 wozokilometra ze złożonych ofert (2,71 zł) uznał, iż cena A. C. nie budzi jego podejrzeń – jest o 11,90 % niższa. Do wyliczeń ceny Zamawiający skorzystał z dostępnego narzędzia – kalkulatora kosztów transportowych dostępnego na stronie internetowej. Przyjął spalanie na poziomie 10 l/100 km (na podstawie danych producenta pojazdu Mercedes Benz Sprinter III FURGON) oraz minimalne wynagrodzenie za pracę 3010 zł brutto i ceny paliw z miesiąca lipiec 2022 r., sierpień 2022 r., wrzesień 2022 r. Zamawiający następnie wskazał na stawki 1 wozokilometra, jakie zostały zaoferowane w postępowaniu nr 271.86.2022 r., które w jego ocenie zostały przeszacowane o ok. 23% (przy niezmiennych warunkach na rynku), co Zamawiający tłumaczył obawami o wzrost kosztów po wygaśnięciu z dniem 31.10.2022 r. tarczy antyinflacyjnej i wzrostem podatku VAT z 8% do 23% (ceny paliw). Dokonując zmiany samej ceny paliwa brutto do 8,30 zł, wyliczona stawka 1 wozokilometra wynieść miałaby 2,31 zł netto (2,49 zł brutto – VAT 8%). Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie ceny za 1 wozokilometr z ostatniego postępowania, w którym przeszacowano stawki o 23%. Następnie Zamawiający wyliczył stawkę 1 wozokilometra przy zmianie wysokości minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. do 3490 zł brutto i 3600 zł brutto, a także cenie paliwa 8,30 zł brutto, która wynosić miałaby odpowiednio 2,44 zł netto (2,63 zł brutto) i 2,48 zł netto (2,68 zł brutto). Średnia stawka brutto 1 wozokilometra wyliczona ze złożonych w niniejszym postępowaniu ofert (2,77 zł) jest o ok. 4,60 % wyższa od stawki wynikającej z kalkulacji Zamawiającego, a najniższa stawka 2,37 zł jest niższa tylko o 10% od tej kalkulacji. W świetle powyższego Zamawiający wskazał, iż cena zaoferowana przez PHU A. C. nie wzbudziła jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 282.701,52, co po powiększeniu o stawkę podatku VAT 8%, stanowi wartość 305.317,64 zł brutto.

W opisie warunku dotyczącym potencjału technicznego wykonawcy zamawiający wymagał dysponowani kierowcami w ilości zapewniającej obsługę pojazdu przeznaczonego do wykonywania usługi będącej przedmiotem zamówienia, tj. 1 kierowcą oraz niezbędną rezerwą, tj. obsługującego autobus rezerwowego (dział V pkt 3.4 lit b swz).

Wykonawca A. C. w podmiotowym środku dowodowym – wykaz środków transportu (załącznik nr 8 do swz) wskazała dwa pojazdy marki Mercedes Benz SPRINTER, rok produkcji 2019.

Zamawiający przewidział, iż od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. usługa przewozu realizowana w dni robocze, soboty, niedziele i święta wyniesie 94.233,84 wozokilometrów, co w podziale na 1 miesiąc świadczenia usługi daje szacowaną ilość 7852 km/m-c.

Do obliczenia ceny oferty należało podać cenę jednostkową brutto C_{AN} za jeden wozokilometr (wzkm) usługi wykonywanej autobusem taboru „AN”. Cena winna obejmować wszystkie nałożone na Wykonawcę obowiązki wynikające z zapisów Załącznika nr 2 do SWZ (Projekt umowy). Następnie należało pomnożyć odpowiednio cenę jednostkową brutto C_{AN} przez 94.233,84 wzkm ($C_{AN} \times 94233,84$). Obliczona w podany powyżej sposób wartość stanowi cenę brutto. Cena ta będzie przyjęta jedynie do oceny ofert.

Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 350.000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty prezentujące ceny brutto (przy 8% stawce podatku VAT):

- 3,20 zł za 1 wozokilometr (301.548,29 zł) – oferta S. M.;

- 2,63 zł za 1 wozokilometr (247.835 zł) – oferta Norbi – Trans K. G;
- 2,37 za 1 wozokilometr (223.334,20 zł) – oferta Usługi Handel Transport A. C.;
- 2,88 za 1 wozokilometr (271.393,46 zł) – oferta Norbi-Trans K. M.

Średnia stawka 1 wozokilometra wynikająca ze złożonych ofert wynosi 2,77 zł brutto, co wskazuje, na 14% różnicy ceny najniższej do tej średniej.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż okoliczności podniesione w uzasadnieniu zarzutów nie prowadziły do wykazania przez Odwołującą istnienia uzasadnionych wątpliwości, które powinny prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny - stawki 1 wozokilometra i wezwania wykonawcy A. C. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy.

Na wstępie należy zauważyć, iż Odwołująca kwestionując zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, nie mogła skutecznie, w oparciu o okoliczności mające uzasadniać powzięcie wątpliwości, przesądzać tezy o rażąco niskiej cenie. Duża część argumentacji prawnej podniesionej w uzasadnieniu odwołania, jak również przywołana judykatura, dotyczyły oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 224 Ustawy, a takich nie było złożonych w postępowaniu przetargowym. Decyzję Zamawiającego o wskazaniu oferty najkorzystniejszej nie poprzedzały wyjaśnienia wybranego Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym samym ta część argumentacji nie przystawała do okoliczności faktycznych sprawy.

Dokonując rozpoznania sporu Izba związana była wyłącznie tezą odwołania, iż wobec oferty wybranej zachodziło uzasadnione podejrzenie, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, co powinno obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 224 Ustawy. Samo wskazanie w odwołaniu na naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy nie oznaczało powstania domniemania prawnego, jaki ustawodawca wiąże ze skierowaniem wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym bez wezwania skierowanego w procedurze przetargowej do wykonawcy, nie można powoływać się na ciężar dowodu wykazania braku rażąco niskiej ceny, czy to wobec wykonawcy, czy też zamawiającego (art. 224 ust. 5 Ustawy). W tej sytuacji, to na Odwołującej spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy A. C. do złożenia wyjaśnień, a ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, regulowany w art. 537 Ustawy nie znajdował odniesienia do niniejszej sprawy.

Po stronie Odwołującej spoczywał zatem ciężar wykazania zasadności twierdzeń, na podstawie których wnioskowała o konieczności wszczęcia procedury z art. 224 ust. 1 Ustawy. Przedłożone dowody, w ocenie składu orzekającego, takich tez nie uzasadniały.

Odwołująca zasadniczo wnioskowała, iż o potrzebie zbadania ceny pod kątem rażąco niskiej ceny lub kosztu miałyby świadczyć, że stawka wozokilometra stanowiąca o cenie oferty, nie pokrywa kosztów świadczenia usługi, w szczególności wynagrodzenia kierowców i zakupu paliwa, o czym miałyby świadczyć: średnie spalanie na poziomie 14l, jak również konieczność uwzględnienia w kalkulacji kosztu wskaźnika 2,6 etatu.

Na rozprawie Odwołująca przedłożyła dwie kalkulacje sporządzone z wykorzystaniem kalkulatora kosztów transportowych, w których przyjęto spalanie na poziomie 14l/100 km, wynagrodzenie w kwocie 9074 zł, jako wyliczone dla 2,6 etatu (przy uwzględnieniu transportu w sobotę i święta), według których stawka netto wynosić miałyby 3,47 zł i 3,69 zł (przy zysku 15%, co przyjmował w swoich wyliczeniach Zamawiający).

Uwzględniając sposób wyliczenia kosztu prezentowany w kalkulacji Odwołującej – w ocenie Izby, jako zawyżający cenę przejechania 1 wozokilometra, nie był dowodem wiarygodnym, chociażby dlatego, że przyjmując ten sposób i wyliczoną stawkę 3,47 zł netto za 1 km, również oferta Odwołującej byłaby znacząco niedoszacowana (stawka 2,88 zł. brutto). Zastrzeżenia budzi nie tylko przyjęty wskaźnik spalania, ale przede wszystkim wynagrodzenie, które miałyby być odpowiednikiem wynagrodzenia minimalnego dla 2,6 etatu wraz z kosztami pracodawcy. Powyższe kłóci się zarówno z wyliczeniem matematycznym, przy przyjęciu stawki minimalnej 3010 zł brutto ($3010 \times 2,6 = 7.826$), jak również ujętymi poniżej kosztami z tytułu składek ZUS (pracodawcy i pracownika) oraz podatku dochodowego pracownika.

Przed wszystkim taki sposób doliczenia kosztów pracowniczych (dla 2,6 etatu), w ocenie składu orzekającego, nie przystaje do szacowania kosztu przejechania 1 wozokilometra dla jednego pojazdu, jakim świadczona będzie usługa. Fakt iż wykonawca może zatrudniać większą ilość kierowców, nie oznacza, że cena oferty, dla której wyliczenia należało przyjąć cenę 1 wozokilometra jest niedoszacowana. Przedstawiony sposób wyliczenia stawki przez Odwołującą z przyjętym wynagrodzeniem na poziomie 9074 zł netto oznaczał, iż do kosztu przejechania 1 km wliczony zostałby koszt 2,6 etatu. Już zestawienie z ceną oferty Odwołującej prowadzi do wniosku, że wyliczenie to ma charakter sztuczny i ma na celu wyłącznie stworzenie wrażenia zaoferowania rażąco niskiej stawki, a nie wykazania rzeczywistych kosztów wpływających na koszty realizacji usługi. Usługa świadczona będzie bowiem z wykorzystaniem jednego pojazdu, na którym pracę świadczyć może jeden kierowca, chociaż nie musi być to ten sam kierowca przez cały czas jazdy na trasie

Zamawiającego. Ponieważ wysokość wynagrodzenia liczona będzie od ilości przejechanych faktycznie kilometrów, to niezależnie od tego jaką ilością pracowników wykonawca zabezpieczy obsługę trasy, koszty uwzględnić będą pracę kierowcy.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał również zasadności przyjęcia średniego zużycia paliwa na poziomie 14 l/100 km. Dowody w postaci zdjęć pojazdu i wyświetlanych komunikatów z komputera pojazdu, nie pozwalają rozstrzygnąć o tym w jaki sposób pojazd był eksploatowany, jak również nie przesądzają o tym, że nie da się uzyskać poziomu spalania, jaki potwierdza producent pojazdu Mercedes Benz III Sprinter. Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego kontrdowodu wobec danych producenta wskazanych przez Zamawiającego, dla wykazania, iż zmiana zabudowy pojazdu na potrzeby dostosowania do przewozu 18 osób, prowadzi do zmiany parametrów spalania potwierdzonych dla wersji podstawowej. Nie można również pomijać okoliczności, na jakie wskazał Zamawiający, wpływających na poziom spalania, w tym w szczególności charakterystykę trasy, sposób jazdy po trasie, czy też panujące warunki atmosferyczne. Na poziom zużycia paliwa wpływ ma szereg czynników, w tym również stan techniczny pojazdu, a skoro producent nie potwierdza zużycia na poziomie wskazanym przez Odwołującego, to nie było podstaw do przyjęcia wskazań z pojazdu, jaki miałby być eksploatowany przez Odwołującą.

Również znaczenie dla oceny decyzji Zamawiającego o braku uzasadnienia dla wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny, która nie wypełnia wskaźników z art. 224 ust. 2 Ustawy, mogą mieć okoliczności dotyczące zmiany stawki podatku VAT na paliwo z początkiem roku 2023 i możliwość wystąpienia przez wykonawcę umowy o zwrot podatku dla usługi, rozliczanej stawką 8% VAT. Odwołująca w ogóle nie odniosła się do tego argumentu, co dodatkowo osłabiało jej tezę o zasadności wezwania do wyjaśnień wybranego Wykonawcy.

Podsumowując, skład orzekający uznał, iż Odwołująca nie wykazała istnienia wiarygodnej okoliczności, która pozwalałaby uznać, iż Zamawiający powinien był powziąć podejrzenie co do zaoferowanej stawki 2,37 zł brutto. Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 7.500,00 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, których wysokość nie została wykazana rachunkiem składanym do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: