

Sygn. akt KIO 2729/17

**WYROK**

**z dnia 11 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki**

**im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu**

przy udziale wykonawcy D. K. prowadzącego działalność pod firmą **Transport Sanitarny Usługi Transportowe Przewóz Osób D. K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Kolumny Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu kwotę 349 zł 53 gr (słownie: trzysta czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym i na rzecz osób dializowanych*. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 zadania: zadanie nr 1 - całodobowa obsługa transportu sanitarnego oraz zadanie nr 2 - przewóz chorych wymagających dializoterapii. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 619421-N-2017 w dniu 22 listopada 2017 r.

W dniu 27 grudnia 2017 r. wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie w zakresie zadania nr 2:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. K. prowadzącego działalność pod firmą Transport Sanitarny Usługi Transportowe Przewóz Osób D. K. dalej: „Wykonawca”, złożonej w zakresie zadania nr 2, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę; ewentualnie
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie zadania nr 2, podczas gdy zaoferowana przez Wykonawcę cena w zakresie zadania nr 2 wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wybór oferty Wykonawcy w zakresie zadania nr 2, pomimo że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) powtórzenia czynności oceny oferty Wykonawcy złożonej w zadaniu nr 2 i w jej wyniku odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp;
- c) ewentualnie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie zadania nr 2;
- d) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2.

Odwołujący wskazywał, że Wykonawca złożył w zakresie zadania nr 1 i 2 oferty opiewające odpowiednio na kwoty 264.804,00 złotych oraz 275.264,00 złotych. Cena zaoferowana przez Wykonawcę w zakresie zadania nr 2 powinna, w ocenie Odwołującego, budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Podnosił, że liczba kilometrów, które orientacyjnie będzie musiał przejechać Wykonawca realizując zadanie nr 2, jest o ok. 125% większa od liczby kilometrów, które orientacyjnie będzie musiał przejechać Wykonawca realizując zadanie nr 1. Odwołujący podkreślał, że cena Wykonawcy zaoferowana w zadaniu nr 2 jest o ok. 4% wyższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w zadaniu nr 1, a koszt paliwa i amortyzacji pojazdu stanowi jedną z kluczowych pozycji cenotwórczych dla usługi transportu sanitarnego. Cena zaoferowana przez Wykonawcę, zdaniem Odwołującego, w zadaniu nr 2 znacząco odbiega od cen podobnych zamówień, co ujawnia porównanie ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w zadaniach nr 1 i 2, jest nierealistyczna, co wskazuje na fakt realizacji tego zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Odwołujący podnosił, że różnica między ceną zaoferowaną przez Odwołującego w zadaniach nr 1 i 2 (cena zaoferowana przez Odwołującego w zadaniu nr 2 była o ok. 89% wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego w zadaniu nr 1) była znacznie wyższa od różnicy w cenach zaoferowanych przez Wykonawcę. Ponadto, cena zaoferowana przez Odwołującego w zadaniu nr 2 była o ok. 85% wyższa od ceny zaoferowanej w tym zadaniu przez Wykonawcę. W ocenie Odwołującego zamówienia określonego w zadaniu nr 2 nie sposób wykonać za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę.

Odwołujący przedłożył kalkulację (zestawienie minimalnych miesięcznych kosztów na kwotę 66.371,28 zł), z której wynika, że:

- koszty personelu (11 etatów) wyniosą 34.721,28 zł;
- koszty paliwa – 25.300 zł;

- koszty przeznaczone na eksploatację pojazdów - 4.600 zł;
- koszty przeznaczone na ubezpieczenie OC pojazdów – 1.750 zł.

Porównanie cen zaoferowanych w obu zadaniach powinno, według Odwołującego, doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w zadaniu nr 2, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca D. K. prowadzący działalność pod firmą Transport Sanitarny Usługi Transportowe Przewóz Osób D. K., dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 9 stycznia 2018 r. złożył pismo procesowe, wskazując że cena jego oferty w zakresie zadania nr 2 nie jest o co najmniej 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia. Co za tym idzie, nie została spełniona przesłanka z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Zauważał, że w złożonym odwołaniu nie wykazano, ażeby w toku postępowania o udzielenie zamówienia zaistniały przesłanki nakładające na Zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosił, że Odwołujący nie zakwestionował w żaden sposób prawidłowości oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, nie podjął nawet próby wykazania, że wartość ta nie odzwierciedla lokalnych realiów rynkowych. W konsekwencji należy zatem uznać że zgodnie z oceną Odwołującego wartość zamówienia została przez Zamawiającego ustalona prawidłowo i z należyłą starannością, a zatem odzwierciedla ona realia rynkowe. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że cena zaoferowana przez Przystępującego, która nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej, powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Sytuacji tej nie zmienia także podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż oferta Odwołującego w zadaniu nr 2 była wyższa o 85 % od oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego była także wyższa o 59 % od maksymalnej kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zadania, a zatem może to świadczyć jedynie o przeszacowaniu oferty przez Odwołującego i niedostosowaniu jej do realiów rynkowych.

Przystępujący wskazywał także na nieprzydatność dowodową wyliczeń załączonych do odwołania, gdyż Odwołujący nie posiada wiedzy na temat struktury organizacyjnej Przystępującego, a także stałych i zmiennych kosztów jego działalności w tym kosztów osobowych i sprzętowych, nie mogą stanowić podstawy do oceny jego oferty. Odwołujący w przedłożonym zestawieniu uwzględnił wyłącznie swoje koszty. Ponadto, kwota podana

przez Odwołującego (398.227,68 zł) przekracza maksymalną kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zadania nr 2 oraz przewyższa szacunkową wartość zamówienia. Bez znaczenia pozostaje także porównanie przez Odwołującego kosztów jednostkowych dla zadania nr 1 i zadania nr 2, w sytuacji gdy dotyczą one różnych świadczeń.

Przystępujący wskazywał, że od 2005 r. świadczy na rzecz Zamawiającego usługi transportu sanitarnego, w tym w zakresie objętym zadaniem nr 2. Wszystkie dotychczas zakończone usługi na rzecz Zamawiającego, wykonał w sposób należyty, a jego wynagrodzenie za czynności wykonane w oparciu o umowy obowiązujące w roku 2017 r., które były rodzajowo i ilościowo tożsame z przedmiotem zamówienia objętego zadaniem nr 2, zostało skalkulowane na niemal identycznym poziomie, co cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu.

Z ostrożności, Przystępujący złożył wyjaśnienia, z których, w jego ocenie, wynika że zaproponowana przez niego cena jest realna i odpowiada warunkom rynkowym; wskazując równocześnie, że łączny miesięczny koszt wykonania usługi wynosi 28 707,28 zł (co daje miesięczny zysk w kwocie ok. 17 170 zł), na który składają się następujące elementy:

1. koszt personelu ( $5,64 \text{ etatu} \times 2.532,81 \text{ zł} = 14.285,05 \text{ zł}$ );
2. koszt pojazdów – Przystępujący wykorzysta maksymalnie 9 pojazdów, z czego 5 jest zasilanych paliwem gazowym LPG ( $2.750,4 \text{ litra} \times 2,15 \text{ zł/litr} = 5.913,36 \text{ zł}$ ), zaś 4 olejem napędowym ( $1.575,84 \text{ litra} \times 4,60 \text{ zł/litr} = 7.248,87 \text{ zł}$ ). Przystępujący podnosił również, że posiada siedzibę w Zamościu, a odległości pomiędzy punktami odbioru pacjentów a palcówką zdrowia są relatywnie niewielkie (od 2 km do 72 km, przy czym zdecydowana większość transportów odbywa się na trasie do ok. 30 km).
3. koszt eksploatacji pojazdów - Przystępujący posiada bazę pojazdów połączoną z wyspecjalizowanym serwisem samochodowym, więc koszty w skali miesiąca ponoszone na eksploatację pojazdów są stosunkowo niewielkie i wynoszą ok. 300 zł na jeden pojazd, co po przeliczeniu na 9 pojazdów daje kwotę łączną 2.700 zł. Wobec faktu, że pojazdy przeznaczone do realizacji zadania nr 2 maksymalnie w 40% w skali miesiąca wykorzystywane będą tylko do realizacji tylko tego zadania, to taki sam procent kosztów eksploatacyjnych należy uznać za zasadny ( $2.700 \text{ zł} \times 40\% = 1.080 \text{ zł}$ ).
4. koszt ubezpieczenia OC - Przystępujący ponosi koszt ubezpieczenia obowiązkowego OC pojazdów przeznaczonych do realizacji zadania nr 2 na poziomie 50 zł w skali miesiąca (600 zł rocznie). Wobec faktu, że pojazdy przeznaczone do realizacji zadania nr 2 średnio w 40% w skali miesiąca wykorzystywane będą tylko do realizacji tylko tego zadania, to taki

sam procent kosztów na ubezpieczenie obowiązkowe OC należy uznać za zasadny (450 zł x 40% = 180 zł).

Przystępujący za niezasadny uznał także zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał również, aby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego oddalenie w całości oraz podkreślał, iż to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, poprzestając jedynie na przedstawieniu własnej kalkulacji ceny oferty, która nie ma znaczenia dla oceny zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu.

Wskazywał, że Zamawiający nie miał obowiązku, zgodnie z art. 90 ust. 1a w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zaoferowana przez Wykonawcę w zadaniu nr 2 cena oferty, w ocenie Zamawiającego, nie jest także rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zwracał uwagę, że zadanie nr 2 obejmuje transport, który nie jest transportem sanitarnym, tj. transportem spełniającym wymagania art. 161 ba ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t. j. Dz.U. z 2017r., poz. 1938 ze zm.). Zgodnie z przywołanym przepisem transport sanitarny to transport wykonywany specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego, które muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane (norma PN-EN 1789 lub norma równoważna). Zamawiający w dniu 4 grudnia 2017 r. dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w wyniku której przedmiotem zamówienia stało się świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym (zadanie nr 1) i transportu na rzecz osób dializowanych (zadanie nr 2), a jedynym wymogiem dla pojazdów przeznaczonych do realizacji zadania nr 2 pozostał ten, aby były one sprawne technicznie, wyposażone w sprawny system klimatyzacji i ogrzewania, a ich kierowcy posiadali aktualne przeszkolenie z udzielania pierwszej pomocy.

Wskazywał, że Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co podnosi koszty działalności gospodarczej tego podmiotu, chociażby w zakresie prowadzonej księgowości (obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych, wymóg sporządzania sprawozdań finansowych) czy sferze podatkowej (tzw. podwójne opodatkowanie). Wybrany Wykonawca prowadzi natomiast działalność gospodarczą we własnym imieniu, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, co obniża koszty prowadzonej działalności, także poprzez możliwość osobistego świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia.

Zaoferowana przez Wykonawcę w zadaniu nr 2 cena nie budziła wątpliwości Zamawiającego także z tych względów, że jest ona zbliżona do ceny realizacji usługi transportu osób dializowanych, którą dotychczas Zamawiający zlecał. Nie jest rażąco niska, a koszt wykonania zamówienia przez wybranego dla zadania nr 2 Wykonawcę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest nierealistyczny. Zamawiający na podstawie dotychczasowej współpracy z wybranym Wykonawcą zna jego możliwości i potencjał techniczny i miał prawo bez wątpliwości uznać, że za oferowaną stawkę 0,92 zł za 1 km zrealizuje on w sposób należyty zobowiązanie wynikające z udzielanego zamówienia. Kwota, która została zaoferowana przez Przystępującego w zadaniu nr 2 jest o ok. 13,98% niższa od przewidywanej, a biorąc pod uwagę stawkę za 1 km, jest ona niższa o 2,13% o obowiązującej w aktualnej umowie stawki kilometrowej dla przewozu osób dializowanych realizowanego specjalistycznych środków transportu sanitarnego (0,94 zł/km - 0,92 zł/km).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający podnosił, że wszyscy wykonawcy mieli postawione jednakowe wymagania, a ocena ich ofert została dokonana w oparciu o te same kryteria.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, a także oświadczenia



i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 stycznia 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z faktur VAT na okoliczność wykazania, że koszt osób dializowanych jest dwukrotnie wyższy od kosztu transportu sanitarnego. Izba uznała, że przeprowadzenie ww. dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przedłożone faktury VAT nie mogą mieć żadnego znaczenia dla oceny w niniejszym stanie faktycznym, ponieważ potwierdzają jedynie okoliczność wysokości kosztów ponoszonych przez Zamawiającego w przeszłości, dodatkowo dotyczą danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 2 jest:

*Przewóz chorych wymagających dializoterapii.*

*Transport dializowanych pacjentów obejmuje: zabranie pacjenta z miejsca zamieszkania, dowiezienie do siedziby Zamawiającego, doprowadzenie do Stacji Dializ, zabranie pacjenta po wykonaniu dializy do pojazdu, przewiezienie pacjenta do miejsca zamieszkania i odprowadzenie do drzwi domu.*

*Pacjenci nie mogą być przywożeni wcześniej jak 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu hemodializy. Jednocześnie pacjenci po zabiegach dializacyjnych muszą być odwiezieni w czasie nie dłuższym jak 30 minut od chwili zakończenia zabiegu.*

*Liczba dializowanych, ze wskazaniem pozycji transportu/harmonogramu/tras przejazdu – zał. nr 6 do SIWZ. Zamawiający informuje iż w/w zestawienie mogą ulec zmianie w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca ma obowiązek zabezpieczenia odpowiedniej ilości środków transportu, niezbędnego do realizacji przedmiotowego zadania, z uwzględnieniem ewentualnego wzrostu liczby przewożonych osób. (...)*

*Orientacyjna liczba kilometrów związana z realizacją zadania: ok. 299 200 km, w tym ok. 291 900 km transport bez sanitariusza, 7 300 km transport z sanitariuszem. (...)*

6) Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę/podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy), osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji przedmiotu umowy: przewóz pacjentów oraz

*ratownictwo medyczne - jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014.*

*poz. 1502 z późn. zm.).*

*Zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ Transport dializowanych pacjentów obejmuje: zabranie pacjenta z miejsca zamieszkania, dowiezienie do siedziby Zamawiającego, doprowadzenie do Stacji Dializ, zabranie pacjenta po wykonaniu dializy do pojazdu, przewiezienie pacjenta do miejsca zamieszkania i odprowadzenie do drzwi domu. Pacjenci nie mogą być przywiezieni wcześniej jak 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu hemodializy. Jednocześnie pacjenci po zabiegach dializacyjnych muszą być odwiezieni w czasie nie dłuższym jak 30 minut od chwili zakończenia zabiegu.*

*Zgodnie z §4 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający będzie płacił za kilometry przejechane na trasie wyznaczonej przez Zamawiającego.*

*1) powiat Zamość: z siedziby Zamawiającego do miejsca zamieszkania dializowanych pacjentów oraz powrót do siedziby Zamawiającego,*

*2) powiat Biłgoraj: Biłgoraj centrum - miejsca zamieszkania dializowanych pacjentów - siedziba Zamawiającego - powrót do miejsc zamieszkania dializowanych pacjentów – Biłgoraj,*

*3) powiat Hrubieszów: Hrubieszów centrum - miejsca zamieszkania dializowanych pacjentów - siedziba Zamawiającego - powrót do miejsc zamieszkania dializowanych pacjentów – Hrubieszów,*

*zgodnie z wyznaczoną przez Zamawiającego trasą przejazdu.*

Wartość szacunkowa zamówienia w zakresie zadania nr 2 została ustalona na kwotę 320.140,00 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia były wartości uśrednione z poprzedzających 6 miesięcy i stawki za 1 km z obowiązującej umowy. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dotyczącego zadania nr 2 to 320.200,00 zł.

W wyznaczonym terminie złożono w zakresie zadania 2 dwie oferty:

- wykonawcy Kolumny Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na kwotę 508.640 zł,

- wykonawcy D. K. prowadzącego działalność pod firmą Transport Sanitarny Usługi Transportowe Przewóz Osób D. K. na kwotę 275.264 zł.

W dniu 22 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy D. K. prowadzącego działalność pod firmą Transport Sanitarny Usługi Transportowe Przewóz Osób D. K.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jednak, jak stanowi ust. 2 art. 180, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

W postępowaniach, dla których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,

jak w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie przysługuje m.in. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp).

Izba stoi na stanowisku, że przy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp zasadne jest uwzględnienie także innych powinności ciążących na zamawiającym, a wynikających wprost z ustawy Pzp. Oznacza to, że w powyższym zakresie na zamawiającym ciąży również pewne obowiązki związane z badaniem oferty pod kątem jej odrzucenia. Dlatego też, przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i

oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że o ile przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, choć wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, to jednak w zakres badania i oceny oferty wchodzi możliwość kwestionowania zaoferowanej przez wykonawcę ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie.

W ocenie Izby, z treści ww. przepisu wprost wynika, iż to zamawiający każdorazowo rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego,

czy cena nie jest rażąco niska (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnym stanie faktycznym. Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość” zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, z którego nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie, rozpoznawanego w danych realiach rynkowych. Druga z przesłanek dotyczy wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za konkretną cenę, np. gdy zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jak również nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych,

czasowych, z zachowaniem określonych standardów (vide: wyrok KIO z dnia 27 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 293/17).

Izba wskazuje, że w aneksie do umowy z dnia 30 czerwca 2015 r., obowiązującym od dnia 30 czerwca 2017 r. do dnia 31 października 2017 r., na wykonywanie usług transportu sanitarnego osób dializowanych, cena za 1 km usługi transportu sanitarnego wynosiła 1,07 zł. W umowie z dnia 29 listopada 2017 r. zawartej w postępowaniu u udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza równowartości 30.000 euro, cena za 1 km transportu sanitarnego osób dializowanych wynosiła 0,94 zł. Skoro więc, w niniejszym postępowaniu cena oferty Przystępującego jest prawie identyczna z ceną, za którą obecnie świadczy Zamawiającemu usługę, to nie sposób stawiać Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, czy nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych czy prawnych do skierowania do Przystępującego takiego wezwania.

Zdaniem Izby, Przystępujący przedstawił sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. W piśmie procesowym opisał również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Izba doszła do przekonania, że Zamawiający uprawniony był do uznania bez wzywania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie niebagatelnym zysku.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się też zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem, należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia usług transportu osób dializowanych.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, należy wskazać, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że mamy do czynienia z ceną nierealną. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero gdy, zamawiający ma pewność, że zamówienie nie zostanie należycie wykonane za zaoferowaną cenę. Pewność tę uzyskuje dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy, który potwierdzi, w jaki sposób kalkulował cenę i czy wykonanie danej usługi jest możliwe w tej cenie.

Odwołujący nie udowodnił, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podnieść należy, że Odwołujący stawiając określone zarzuty przedstawił w odwołaniu oraz na rozprawie wyliczenia, których nie można uznać za rzetelne, z uwagi chociażby na niespójności z opisem przedmiotu zamówienia. Już same założenia poczynione na początku przez Odwołującego należy uznać za błędne. Po pierwsze, zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy oraz Rozdziałem III SWIZ pacjenci powinni być przywożeni nie wcześniej niż 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu dializy, a nie tak jak wskazywał Odwołujący „*minimum 15 do 30 minut wcześniej*”. Tożsama nieścisłość dotyczy odbioru pacjentów po wykonaniu dializy, zgodnie bowiem z §1 ust. 4 wzoru umowy oraz Rozdziałem III SWIZ pacjenci powinni być odebrani ze Stacji Dializ w czasie nie dłuższym niż 30 minut od chwili zakończenia zabiegu, a nie „*minimum 30 minut*”, jak to podkreślał Odwołujący. Ponadto czynności przygotowawcze do zabiegu wykonują pracownicy Zamawiającego, a nie, jak podnosił Odwołujący, „*personel oferenta*”.

Izba nie dała także wiary przedłożonym przez Odwołującego zestawieniom dotyczącym liczby dializowanych, ze wskazaniem pozycji transportu, harmonogramu oraz tras przejazdu, skoro już pierwsza tabela zawierała informacje jakoby każde miejsce dotyczyło chorego na wózku inwalidzkim, co jest niezgodne z Załącznikiem nr 6 do SIWZ. Również kalkulacja Odwołującego załączona do odwołania nie wydaje się wiarygodna, skoro miała przedstawiać minimalne miesięczne koszty to minimalna stawka godzinowa, o której mowa

w art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

(Dz. U. z 2017 r. poz. 847) w 2017 r. wynosiła 13,00 zł, a od 2018 r. wynosi 13,70 zł, a nie 16,44 zł. Powyższe nieścisłości determinują w całości wiarygodność wyliczeń prezentowanych przez Odwołującego oraz dobitnie wskazują na poczynione niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a także powszechnie obowiązującym prawem, wyliczenia i założenia Odwołującego.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego za bezzasadny.

W dalszej kolejności, wskazać należy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą rozszerzył w stosunku do zakresu objętego odwołaniem zarzuty dotyczące oferty Przystępującego. Pierwotnie w odwołaniu wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. W toku rozprawy jako nowy zarzut podnosił wskazanie nieprawidłowej stawki VAT przez Przystępującego.

W tym zakresie Izba uznała, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowanie treści zarzutów odwołania. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest z obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego.

Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W rozpatrywanej sprawie podnoszone przez Odwołującego na rozprawie okoliczności dotyczące stawki podatku VAT w ofercie Przystępującego, nie mieszczą się we wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, winny więc być traktowane jako nowy zarzut, który jako spóźniony nie może być przez Izbę rozpoznany.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców

w postępowaniu, bowiem jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy równe traktowanie

wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

W zakresie zaś naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada

ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł oraz kwotę 349 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby. Izba nie zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Jak wynika z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia warunkiem zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika było złożenie rachunku. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). W świetle § 14 ust. 1 ww. rozporządzenia, *rachunek potwierdzający dokonanie sprzedaży lub wykonanie usługi zawiera co najmniej:*



- 1) *imiona i nazwiska (nazwę albo firmę) oraz adresy sprzedawcy i kupującego bądź wykonawcy i odbiorcy usługi;*
- 2) *datę wystawienia i numer kolejny rachunku;*
- 4) *określenie rodzaju i ilości towarów lub wykonanych usług oraz ich ceny jednostkowe;*
- 5) *ogólną sumę należności wyrażoną liczbowo i słownie.*

W ocenie Izby dokument, jaki zamawiający złożył w trakcie rozprawy, nie odpowiadał ww. wymogom. W szczególności Izba nie mogła stwierdzić, czy odbiorcą usługi jest zamawiający. Skoro zatem wymaganego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego nie mogło zostać zasądzone (vide: wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 684/14).

**Przewodniczący:** .....