

WYROK

z dnia 24 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Rewizor sp. z o.o. w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zielona Góra, Miejski Zarząd Komunikacji w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy CP Windykacja sp. z o.o. w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze:

- a) w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu wycofania odwołania w tej części,
- b) w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (odnośnie terminu składania ofert i opisanie kryteriów oceny ofert), z powodu wycofania odwołania w tej części,
- c) w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego,

2. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy CP Windykacja sp. z o.o. w Poznaniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża Miasto Zielona Góra, Miejski Zarząd Komunikacji w Zielonej Górze w części % i wykonawcę Rewizor sp. z o.o. w Gdyni w części % i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rewizor sp. z o.o. w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Miasta Zielona Góra, Miejskiego Zarządu Komunikacji w Zielonej Górze na rzecz Rewizor sp. z o.o. w Gdyni kwotę 3.480 zł 36 gr (słownie: trzech tysięcy czterystu osiemdziesięciu złotych trzydziestu sześciu groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 58/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Zielona Góra, Miejski Zarząd Komunikacji w Zielonej Górze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonywanie usługi kontroli biletów w komunikacji miejskiej organizowanej przez Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze przy ul. Chemicznej 8 oraz windykację i egzekucję należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 grudnia 2019 r. poz. 636785-N-2019.

8 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Rewizor sp. z o.o. w Gdyni, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę CP Windykacja sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub koszty
- 4) z ostrożności - na wypadek nieuwzględniania zarzutów dotyczących zaniechania czynności wykluczenia - zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu,
- 5) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

odwołujący wniósł 13 stycznia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nieuznania jego oferty za odrzuconą,
- 5) jako zarzut ewentualny - na wypadek nie uznania zarzutu powyższego - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienie czynności z dnia 8 stycznia 2020 r. polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenie oferty przystępującego,
- 5) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) oferta przystępującego z ceną 994.332,00 zł brutto,
 - 2) oferta odwołującego z ceną 1.454.844,00 zł brutto.
 - 3) oferta wykonawcy Kancelaria Wierzytel sp. z o.o. z ceną 1.592.112,00 zł brutto.
- Odwołujący argumentował, że średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert

wynosi zatem 1.347.096 zł, co oznacza, że cena zaoferowana przez przystępującego odbiega od średniej arytmetycznej złożonych ofert o ponad 26%. Zdaniem odwołującego już tylko ta okoliczność powinna wzbudzić u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przez przystępującego zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ i ofercie złożonej przez przystępującego oraz zgodnie z przepisami prawa (w szczególności z przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę).

Odwołujący wskazał, że w ramach wykonania przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał zapewnienia minimum 115 kontroli w każdy dzień od poniedziałku do piątku za wyjątkiem dni świątecznych, minimum 85 kontroli w każdą sobotę, minimum 85 kontroli w każdą niedzielę oraz minimum 85 kontroli w dni świąteczne w tym również w dniach 24 grudnia oraz 31 grudnia z zastrzeżeniem, że łączna ilość kontroli w miesiącu wyniesie minimum 3000 kontroli (...). Odwołujący podniósł, że łączna ilość kontroli w rzeczywistości miała wynosić więcej z uwagi na fakt, iż zamawiający ustanowił dodatkowe kryterium w postaci „Ilości dodatkowych kontroli”.

Zgodnie z zapisami punktu XIII IDW: Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (...) zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający i wskazał, że kierować się będzie następującymi kryteriami i wagami:

- 1) Cena oferty „C” [zł] - 60%
- 2) Ilość dodatkowych kontroli „I” - 40%

Cena oferty - „C” - waga 60 % (maksymalnie 60 punktów).

Przydzielanie punktów za cenę:

- oferta o najniższej cenie (brutto) otrzyma największą ilość, tj. 60 punktów
- pozostałym ofertom punkty za cenę zostaną przydzielone na podstawie obliczenia udziału procentowego najniższej ceny w stosunku do ceny danej oferty wg wzoru wskazanego przez Zamawiającego w IDW.

Ilość dodatkowych kontroli - „I” - waga 40 % (maksymalnie 40 punktów).

Przydzielanie punktów za kryterium „Ilość dodatkowych kontroli”:

- oferta z największą „Ilością dodatkowych kontroli” otrzyma największą ilość, tj. 40 punktów
- pozostałym ofertom punkty za kryterium „Ilość dodatkowych kontroli” zostaną przydzielone na podstawie obliczenia udziału procentowego największej ilości dodatkowych kontroli w stosunku do ilości dodatkowych kontroli danej oferty wg wzoru wskazanego przez Zamawiającego w IDW.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający wskazał, iż przez dodatkowe kontrole rozumie nieodpłatne kontrole wykonane ponad minimalną wymaganą miesięczną liczbę

przeprowadzonych kontroli tj. ponad 3000 kontroli. Odwołujący argumentował, że w tej sytuacji rzeczywista ilość kontroli nie była znana i zależała wyłącznie od ilości dodatkowych kontroli zaoferowanych przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że przystępujący przyjął cenę jednej minimalnej kontroli na 5,95 zł netto oraz zaoferował 1900 dodatkowych kontroli miesięcznie, a zatem zobowiązał się do przeprowadzenia łącznie co najmniej 4900 kontroli miesięcznie. Pozostali wykonawcy zaoferowali ponad dwukrotnie wyższe kwoty za przeprowadzenie jednej minimalnej kontroli, tj. odpowiednio 12,70 zł netto i 11,15 zł netto, jednocześnie oferując „jedynie” 1000 lub 1005 kontroli dodatkowych miesięcznie.

Odwołujący podkreślił, że wbrew rozumieniu zamawiającego, dodatkowe kontrole nie są „darmowe” a ich koszt winien być uwzględniony w złożonej ofercie. Wskazał, że wykonawca ponosi nie tylko koszt minimalnej wymaganej przez zamawiającego miesięcznej liczby kontroli (3000) ale również koszt dodatkowych kontroli zaoferowanych w ramach kryterium „Ilość dodatkowych kontroli”. Argumentował, że w rzeczywistości, ustanowione przez zamawiającego kryterium „Ilość dodatkowych kontroli „I” jest kryterium cenowym a nie pozacenowym jak uważa zamawiający bowiem koszt każdej dodatkowej kontroli wpływa na koszt wykonania zamówienia a fakt ten powinien być uwzględniony przez zamawiającego przy ocenie złożonych ofert. Odwołujący wywiódł, że każdy z wykonawców ponosi koszt wykonania dodatkowych kontroli, nie jest to usługa wykonywana przez wykonawcę „za darmo”.

Odwołujący podkreślił, że przystępujący zaoferował największą ilość dodatkowych kontroli spośród wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. 1900 dodatkowych kontroli miesięcznie, co łącznie daje 4900 kontroli miesięcznie. Jednocześnie, wykonawca ten zaoferował najniższą cenę w postępowaniu (994.332,00 zł brutto) co powoduje, że nie jest możliwe wykonanie zaoferowanej przez przystępującego liczby kontroli za zaoferowaną cenę gdyż w takiej sytuacji koszt jednej kontroli wynosi 3,64 złote netto.

Zdaniem odwołującego zarówno koszt jednej kontroli minimalnej (5,95 zł) jak i koszt dodatkowych kontroli zaoferowanych przez przystępującego tj. koszt istotnej części składowej oferty wykonawcy powinien bowiem wzbudzić wątpliwość zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów (w szczególności przepisów w zakresie minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku oraz minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 roku) i powinien skutkować wezwaniem przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że oferta złożona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że z jego wiedzy i doświadczenia jako następcy prawnego Rewizor P. A. wykonującego zlecenie w latach 2015-2016, wynika że do przeprowadzenia 4900 kontroli w zespołach minimum dwuosobowych potrzeba zatrudnić minimum 6 par kontrolerów (12 osób) gdzie od 2020 roku minimalne wynagrodzenie (całkowity koszt pracodawcy) wyniesie około 3.100 zł/osoba daje to kwotę 37.200 zł miesięcznie. Zdaniem odwołującego dodatkowo trzeba zatrudnić minimum jedną osobę na minimum pół etatu do biura co daje licząc kwoty minimalne 1.550 zł, koszt wynajmu biura to około 1.000 zł, materiały biurowe 200 zł, wysyłka korespondencji i ponagień 3.000 zł, obsługa kadrowa 100 zł/osoba minimum 1.300 zł. Łączny miesięczny koszt wynosi zatem co najmniej 44.250 zł.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający przewiduje, iż wykonawca realizujący zamówienie uzyska z windykacji wynagrodzenie w łącznej wysokości 380.000 zł przez 24 miesiące, co daje kwotę 15.833,33 zł netto miesięcznie. Ponadto wykonawca otrzyma od zamawiającego wynagrodzenie miesięczne wynikające z pomnożenia 3000 kontroli i zaoferowanej przez wykonawcę ceny za 1 kontrolę, co daje w przypadku przystępującego łącznie 17.850 zł ($3000 \times 5,95 \text{ zł} = 17.850 \text{ zł}$). Argumentował, że w konsekwencji wykonawca może otrzymać miesięczne wynagrodzenie w łącznej wysokości nie wyższej niż 33.683,33 zł ($15.833,33 \text{ zł} + 17.850 \text{ zł} = 33.683,33 \text{ zł}$), natomiast minimalny miesięczny koszt jaki musi on ponieść na realizację usługi to 44.250 zł, co daje miesięczną stratę w wysokości co najmniej 10.566,67 zł.

Odwołujący wskazał, że przy kalkulacji założył minimalne koszty wynagrodzenia lub stawki godzinowej. Wskazał, że z jego doświadczenia wynika, iż kontroler musi otrzymać dodatkowo premię od zapłaconych lub wystawionych wezwań, gdyż inaczej nie będzie wystawiał wezwań do zapłaty, a jedynie przeprowadzał kontrole.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający wymaga zatrudnienia minimum 40%

osób niepełnosprawnych. Odwołujący przyjął do powyższych wyliczeń 5,5 etatów łącznie z biurem. Dofinansowanie z PFRON-u wynosi: stopień lekki 450 zł, stopień umiarkowany 1125 zł, znaczny 1800 zł. Odwołującego wywiódł, że z jego wiedzy i doświadczenia wynika, że jako kontrolerzy mogą pracować jedynie osoby ze stopniem lekkim i umiarkowanym. Przy stopniu umiarkowanym i osoba z biura będzie na cały etat, to minimalny koszt zatrudnienia wynosi 31.325 zł, co i tak nie pokrywa kosztów wykonania kontroli w minimalnej liczbie. Odwołujący wywiódł, że przystępujący za oferowaną kwotę nie wykona nawet minimalnej liczby 3000 kontroli miesięcznie nawet przy założeniu braku jakiegokolwiek zysku. Przy tym wskazaniu wykonawca oferuje kwotę 5,95 złotych netto za kontrolę, gdyż do wykonania zamówienia potrzeba minimum 8,5 etatu co daje kwotę 26.350 złotych, a przy uwzględnieniu dopłaty z PFRON-u (wskaźnik 3,5 etatu) daje kwotę minimalny koszt 22.412,50 zł. Z tego jasno wynika, że wykonawca za 3000 kontroli ma otrzymać kwotę 17 850 zł, podczas gdy koszty pracownicze wynoszą 22 412,50 zł, co dałoby stratę miesięczną 4562,50 zł jedynie przy wykonaniu minimalnej liczby 3000 kontroli miesięcznie. Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że za zaoferowaną przez przystępującego cenę, nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego ani zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje również okoliczność, że w poprzednim przetargu z sierpnia 2018 roku (nr ZP 06/2018) zamawiający na 16 miesięcy zamówił 4000 kontroli miesięcznie i płacił 8,50 zł netto za 1 kontrolę. Odwołujący wskazał również na postępowanie przetargowe prowadzone przez ZTP w Krakowie z listopada 2019 (nr referencyjny TN.4215.20.66.2019) gdzie cena jednej kontroli została skalkulowana na poziomie 25,85 złotych netto.

Odwołujący wywiódł, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp jednak jej dookreślenie nastąpiło w wyniku orzecznictwa sądowego i Krajowej Izby Odwoławczej. W judykaturze uznaje się, że m.in. następujące okoliczności wskazują wprost na rażąco niską cenę:

- 1) cena jest niższa niż koszt wykonania zamówienia,
- 2) zysk upatrywany jest w źródłach nie związanych bezpośrednio z wykonywanym zamówieniem,
- 3) cena nie zaistniałaby na wolnym rynku,
- 4) cena została wyliczona z pominięciem ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia,
- 5) cena wskazuje na obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez nierespektowanie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej.

Odwołujący wywiódł, że zarówno zaoferowana przez przystępującego cena 3,64 zł netto za jedną kontrolę jest (jeżeli bierzemy pod uwagę ilość zaoferowanych przez wykonawcę kontroli dodatkowych) jak i cena jednej kontroli w wysokości 5,95 zł (jeżeli bierzemy pod uwagę jedynie minimalną ilość kontroli) jest ceną rażąco niską a oferta przystępującego winna zostać odrzucona.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w punkcie V 1.3 a) IDW o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy udokumentują, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali (bądź są w trakcie realizacji) co najmniej 1 (jedno) zadanie obejmujące usługi o rodzaju określonym w zamówieniu - tj. kontrola biletów oraz dokumentów przewozowych w środkach komunikacji miejskiej - każda taka usługa musi być wykonywana w mieście powyżej 100 tys. mieszkańców (przez wykonywanie usługi w mieście powyżej 100 tys. mieszkańców Zamawiający rozumie, że siedziba (adres) Odbiorcy, dla którego usługa była wykonywana lub jest w trakcie realizacji, znajduje się w mieście o takiej liczbie mieszkańców).

Odwołujący podniósł, że w tym zakresie zamawiający wymagał (w pkt VI D.10 IDW) złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat licząc od dnia złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 7.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył wykaz zawierający usługę wykonywaną na rzecz Komunikacji Miejskiej Płock sp. z o.o. wraz z dokumentem następującej treści:

„Komunikacja Miejska - Płock Sp. z o.o. informuje, że firma CP WINDYKACJA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. abpa. A. Baraniaka 88B, 61-131

Poznań, wykonywała dla Naszej Spółki kontrolę biletów w autobusach komunikacji zbiorowej w okresie 09.06.2017 do 31.12.2018 r.”

Zdaniem odwołującego, dokument złożony przez przystępującego w żaden sposób nie potwierdza, że wykonywana przez wykonawcę usługa została wykonana w sposób należyty ani chociażby, że została wykonana zgodnie z umową. Stanowi jedynie informację, że usługa kontroli biletów była wykonywana. Nie stanowi jednak dowodu potwierdzającego, że usługa ta została wykonana należycie. Odwołujący wywiódł, że nie ulega wątpliwości, iż celem złożenia referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usług z wykazu a nie jedynie faktu ich wykonania bo ten wynika z oświadczenia wykonawcy. Według odwołującego przepisy nie nakładają wprawdzie obowiązku umieszczenia w dokumencie referencji słowa „należyte” z uwagi na fakt, iż należyte wykonanie zobowiązania może zostać oddane przez użycie innych słów np. „wykonane zgodnie z umową”. Według odwołującego jednak wykonawca miał obowiązek umieszczenia w dokumencie referencji jakiegokolwiek choćby stwierdzenia pozwalającego na powzięcie informacji, że usługa została wykonana w sposób prawidłowy (a nie jedynie „wykonana”). Odwołujący argumentował, że brak jakiegokolwiek stwierdzenia potwierdzającego należyte wykonanie umowy powoduje, że złożony dokument nie spełnia wymogów dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.

Odwołujący podniósł również, że zamówienie obejmuje wykonywanie usługi kontroli biletów w komunikacji miejskiej organizowanej przez Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze przy ul. Chemicznej 8 oraz windykację i egzekucję należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu. Odwołujący wywiódł, że jak natomiast wynika z informacji posiadanych przez niego, przystępujący nie posiada doświadczenia w prowadzeniu postępowań egzekucyjnych jedynie w prowadzeniu tzw. „windykacji miękkiej” (ponaglenia telefoniczne). Według odwołującego, tego typu czynności nie sposób porównywać do czynności jakich wymaga postępowanie egzekucyjne.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego powinien on zostać wezwany od uzupełnienia wykazu usług.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wskazane powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp powodują, że zamówienie zostało udzielone Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp. Ponadto zarówno sposób przeprowadzenia postępowania (termin składania ofert wyznaczony na dzień 24 grudnia 2019 r. przy ogłoszeniu postępowania w dniu 16 grudnia 2019 r.) jak i określenie kryteriów przez zamawiającego wskazuje na to, że zamawiający nie przygotował i nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców ani zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca CP Windykacja sp. z o.o. w Poznaniu. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 23 stycznia 2020 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4

ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (odnośnie terminu składania ofert i opisanie kryteriów oceny ofert). W pozostałym zakresie popierał wniesione odwołanie. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół z ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, oferty wykonawców złożone zamawiającemu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 8 stycznia 2020 r., załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załączniki do pisma procesowego przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego i wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego lub wykluczenia go z udziału w postępowaniu skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który miał zaoferować cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub kosztu w trybie art. 90 ust. 1 ani w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „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 Zatem niedopuszczalne jest

automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne.

Podkreślenia wymaga również, że Izba w toku postępowania odwoławczego nie może badać realności ceny zaoferowanej przez przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący nie złożył wyjaśnień zamawiającemu, a ten ich nie ocenił. Dopiero gdyby zamawiający ocenił realność ceny z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy, to rezultat tego badania mógłby podlegać ocenie Krajowej Izby Odwoławczej. Dostrzec należy bowiem, że zgodnie z art. 180 ustawy Pzp odwołanie służy wobec czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu lub zaniechania czynności, jaką zamawiający miał obowiązek wykonać na podstawie ustawy. W myśl zaś art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli odwołanie okaże się zasadne, Izba uprawniona jest do nakazania zamawiającemu wykonania lub powtórzenia albo unieważnienia czynności. Z powyższych przepisów wynika zatem jednoznacznie, że Krajowa Izba Odwoławcza nie zastępuje zamawiającego, jego kierownika czy komisji przetargowej w obowiązku badaniu ofert. W konsekwencji niedopuszczalne jest przerzucenie na Izbę w toku postępowania odwoławczego obowiązku przyjmowania i oceny wyjaśnień w przedmiocie ceny, które nie zostały uprzednio złożone zamawiającemu.

W związku z powyższym Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp oddalić wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań prezesa i wiceprezesa zarządu przystępującego czy zeznań świadka M. T. na okoliczność sposobu prowadzenia przez przystępującego kontroli i windykacji biletów, kosztów prowadzenia przez niego kontroli, sposobu ustalenia ceny i kosztów w przetargu, uznając, że okoliczności te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wskazano wcześniej prowadzenie przez Izbę ww. ustaleń stanowiłoby niedopuszczalne przeniesienie procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, na etap postępowania odwoławczego, co jest niedopuszczalne.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej w odniesieniu do ceny oferty przystępującego i jej składników.

Stosownie do ww. przepisu, 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 (...).

Ustalono, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia w dniu 30 września 2019 r. na kwotę 1.133.421,28 zł netto. Wartość tę oszacowano na podstawie analizy wydatków poniesionych na tego rodzaju zamówienia w okresie od 1.09.2018 r. do 21.08.2019 r. w kwocie 472.258,87 zł netto z uwzględnieniem dwuletniego okresu świadczenia usługi w ramach analizowanego postępowania ($2 \times 472.258,87 \text{ zł} = 944.517,74 \text{ zł}$). Dodatkowo zamawiający uwzględnił w wycenie wartość zamówienia o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w kwocie 188.903,54 zł netto, co łącznie dało kwotę 1.133.421,28 zł netto (protokół z szacowania wartości, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na prowadzeniu kontroli biletów za przewóz osób oraz ich uprawnienia do przejazdów, na liniach komunikacji miejskiej organizowanej przez MZK oraz windykację i egzekucję należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu: papierowego, zakupionego przy pomocy aplikacji mobilnej lub elektronicznego - dalej „Kontrola biletów”. Kontrola biletów musi być wykonywana przez wszystkie dni robocze, w soboty, niedziele i święta w każdym miesiącu kalendarzowym roku.

Przez kontrolę biletów rozumie się wejście kontrolerów do pojazdu komunikacji miejskiej, zgodnie z zasadami określonymi w regulaminie kontroli biletowej MZK i sprawdzenie, czy wszyscy pasażerowie znajdujący się w pojeździe wnieśli opłatę za przejazd, posiadają ważny bilet papierowy lub zakupiony przy pomocy aplikacji mobilnej lub elektroniczny oraz dokumenty stwierdzające prawo do przejazdu ulgowego lub bezpłatnego.

Ustalono, że zamawiający postanowił, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami i wagami:

- 1) Cena oferty „C” [zł] - 60%
- 2) Ilość dodatkowych kontroli „I” - 40%

2. Kryteria oceny ofert:

a. Cena oferty - „C” - waga 60 % (maksymalnie 60 punktów).

Przydzielanie punktów za cenę:

- oferta o najniższej cenie (brutto) otrzyma największą ilość, tj. 60 punktów
- pozostałym ofertom punkty za cenę zostaną przydzielone na podstawie obliczenia udziału procentowego najniższej ceny w stosunku do ceny danej oferty

b. Ilość dodatkowych kontroli - „I” - waga 40 % (maksymalnie 40 punktów).

Przydzielanie punktów za kryterium „Ilość dodatkowych kontroli”:

- oferta z największą „Ilością dodatkowych kontroli” otrzyma największą ilość, tj. 40 punktów
- pozostałym ofertom punkty za kryterium „Ilość dodatkowych kontroli” zostaną przydzielone na podstawie obliczenia udziału procentowego największej ilości dodatkowych kontroli w

stosunku do ilości dodatkowych kontroli danej oferty (...)

UWAGA: Zamawiający przez dodatkowe kontrole rozumie nieodpłatne kontrole wykonane ponad minimalną wymaganą miesięczną liczbę przeprowadzonych kontroli tj. ponad 3000 kontroli.

(pkt XIII, s. 11 SIWZ w aktach sprawy).

Ustalono także, że § 16 wzoru umowy (część III SIWZ) zamawiający przewidział, co następuje.

1. Wartość umowy zostanie wyliczona przez Zamawiającego w następujący sposób.

$$C = m + (k \times 3000) \times 24$$

gdzie:

C - cena oferty - wartość umowy

m - szacowana wartość zapłaconych i zwindykowanych kar w czasie trwania umowy

x - znak mnożenia,

k- cena jednej kontroli

3000 - minimalna wymagana miesięczna liczba przeprowadzonych kontroli

24 - liczba miesięcy

2. Obliczenie ceny „C” oferty - wartości umowy:

Do obliczeń ceny oferty- wartości umowy Zamawiający przyjmie następujące dane:

m = 380 000,00 zł - kwota jaką Zamawiający oszacował, że Wykonawca uzyska z zapłaconych i zwindykowanych kar (w czasie trwania umowy tj. 24 m-cy) na podstawie

danych za okres od 01-01-2018 do 15-12-2019,

$$C = 380\,000,00 \text{ zł} + (k \times 3000) \times 24$$

Tak obliczona kwota stanowić będzie wartość przedmiotu umowy netto.

Do tej kwoty zostanie doliczony podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) oferta przystępującego z ceną 994.332,00 zł brutto, z oferowaną ilością dodatkowych kontroli 1.900, z ceną jednostkową za kontrolę w wysokości 5,95 zł netto,
- 2) oferta odwołującego z ceną 1.454.844,00 zł brutto, z oferowaną ilością dodatkowych kontroli 1005, z ceną jednostkową za kontrolę w wysokości 11,15 zł netto,
- 3) oferta wykonawcy Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o. z ceną 1.592.112,00 zł brutto, z oferowaną ilością dodatkowych kontroli 1000, z ceną jednostkową za kontrolę w wysokości 12,70 zł netto.

Ustalono także, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp (okoliczność niesporna).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 8 stycznia 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (pismo w aktach sprawy).

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na stwierdzenie, że istnieją co najmniej wątpliwości co do tego, czy cena oferowana przez przystępującego i jej istotne części nie są rażąco niskie w stosunku do wartości świadczenia zaoferowanego przez przystępującego. Ponadto wysokość ceny może budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ.

Izba wzięła pod uwagę, że cena oferty przystępującego wyniosła 994.332,00 zł brutto, cena oferty odwołującego - 1.454.844,00 zł brutto, zaś wykonawca Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o. zaoferował zamawiającemu cenę 1.592.112,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna ww. cen wyniosła zatem 1.347.096 zł. W tej sytuacji cena ofertowa przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu o ponad 26%. Rzeczywiście nie został osiągnięty wskaźnik 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w tym trybie. Jak słusznie jednak podniósł odwołujący w odwołaniu, kluczowe znaczenie miał fakt, że przystępujący zgodnie ze swoją ofertą wycenił w cenie zupełnie inny zakres świadczenia niż odwołujący i wykonawca Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o.

Jak wynikało z postanowień SIWZ, zamawiający wymagał zapewnienia minimum 115 kontroli w każdy dzień od poniedziałku do piątku za wyjątkiem dni świątecznych, minimum 85 kontroli w każdą sobotę, minimum 85 kontroli w każdą niedzielę oraz minimum 85 kontroli w dni świąteczne w tym również w dniach 24 grudnia oraz 31 grudnia z zastrzeżeniem, że łączna ilość kontroli w miesiącu wyniesie minimum 3000 kontroli (...). Jednakże to, jaką rzeczywiście liczbę kontroli miesięcznie wykona wykonawca i jaki będzie zakres jego świadczenia, zależało od oferty.

Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający ustanowił w SIWZ kryterium oceny ofert „ilość dodatkowych kontroli” o wadze 40%. Zamawiający doprecyzował w SIWZ, że przez „dodatkowe kontrole” rozumie nieodpłatne kontrole wykonane ponad minimalną wymaganą miesięczną liczbę przeprowadzonych kontroli tj. ponad 3000 kontroli. Jak słusznie zatem wskazał odwołujący, rzeczywista liczba kontroli zależała od ilości dodatkowych kontroli zaoferowanych przez wykonawcę. Podkreślenia wymagało, że przystępujący zaoferował zamawiającemu 1900 dodatkowych kontroli miesięcznie, podczas gdy odwołujący był gotowy wykonać w tym okresie jedynie 1005 dodatkowych kontroli, a wykonawca Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o. - 1000 dodatkowych kontroli miesięcznie.

Oczywistym jest, że kalkulując cenę oferty wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w niej koszty, jakie wiązać się będą z liczbą kontroli zaoferowaną zamawiającemu. W tej sytuacji przystępujący zobowiązany był skalkulować w cenie ofertowej koszty wykonania łącznie aż 4900 kontroli miesięcznie, podczas gdy odwołujący i wykonawca Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o. koszty jedynie odpowiednio 4.005 i 4.000 kontroli miesięcznie.

Jak słusznie wskazał odwołujący, przy ocenie czy występują wątpliwości co możliwości wykonania zamówienia za oferowaną cenę, należało porównać zaoferowane przez wykonawcę świadczenie niepieniężne (deklarowaną liczbę kontroli), ze świadczeniem pieniężnym, jakie spodziewał się uzyskać w trakcie realizacji przedmiotu oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że w rzeczywistości różnica między cenami ofertowymi przystępującego i pozostałych wykonawców jest większa, aniżeli można byłoby wnioskować na podstawie samego porównania cen. Rozbieżność cen zaoferowanych w postępowaniu dokładniej oddaje porównanie cen jednostkowych za jedną kontrolę. Przystępujący był gotowy wykonać 1 kontrolę za stawkę 5,95 zł netto, odwołujący

za 11,15 zł netto, zaś wykonawca Kancelaria Wierzyciel sp. z o.o. za 12,70 zł. Zestawienie to pokazuje, że w rzeczywistości różnica między cenami zaoferowanymi w postępowaniu przez przystępującego i innych wykonawców okazała się znacznie większa niż 26%, na jakie mogłoby wskazywać proste porównanie cen globalnych.

Wątpliwości zamawiającego powinien wzbudzić również fakt, że cena oferty przystępującego okazała się też znacząco niższa od szacunków samego zamawiającego. Wzięto pod uwagę, że zamawiający oszacował wartość zamówienia, (bez zamówień uzupełniających w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), na kwotę 944.517,74 zł netto plus VAT, czyli 1.161.756,82 zł brutto. Kwota ta okazała się znacznie wyższa od ceny oferowanej przez przystępującego (994.332,00 zł brutto).

Podkreślenia wymagało ponadto, że zamawiający obliczył tę wartość dokonując analizy wydatków na ten cel w okresie poniesionych od 1.09.2018 r. do 31.08.2019 r. (por. protokół z szacowania, w aktach sprawy). Na uwagę zasługiwał fakt, że - jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie - zamawiający w swym szacunku uwzględnił jedynie 4.000 kontroli miesięcznie wykonywanych przez dotychczasowego wykonawcę - Kancelarię Wierzyciel sp. z o.o. Dodatkowo wykonawca ten w 2018 r. zaoferował zamawiającemu stawkę 8,50 zł netto za 1 kontrolę, a więc znacząco odbiegającą od stawki 5,95 zł netto obecnie oferowanej przez przystępującego (por. oferta Kancelarii Wierzyciel sp. z o.o. złożona zamawiającemu w postępowaniu ZP 06/2018, zawiadomienie o wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu - dowody złożone przez odwołującego w trakcie rozprawy). Dostrzeżenia wymagało ponadto, że w 2020 r. obowiązują wyższe stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, niż te, które musiał kalkulować dotychczasowy wykonawca wyceniając usługę w latach 2018 i 2019 r. W związku z tym należało stwierdzić, że rozbieżność między ceną oferowaną przez przystępującego, a szacunkami zamawiającego jest znacznie większa niż można byłoby wnioskować na podstawie samego porównania obu wielkości.

Powyższe wzbudza wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferowanej przez przystępującego, które powinny być rozwiane w toku procedury wyjaśniającej. Zamawiający nie znając założeń przystępującego, nie może zakładać, na co wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca na pewno założył w swej kalkulacji koszty zatrudnienia 3 par kontrolerów (6 osób). Nic takiego nie wynikało bowiem z treści oferty przystępującego. Okoliczność, że dotychczasowy wykonawca w grudniu 2019 r. przy pomocy 6 osób wykonał 4642 kontroli (por. załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie), nie oznacza automatycznie, że powyższy wskaźnik na pewno osiągnie przystępujący. Na uwagę zasługuje fakt, że wykonawca był w stanie osiągnąć ten wskaźnik przy niższych stawkach minimalnego wynagrodzenia za pracę i otrzymując od zamawiającego za jedną kontrolę stawkę w wysokości 8,50 zł netto, a nie 5,95 zł netto. To, czy wskutek starań, efektywności, organizacji i środków zaplanowanych przez przystępującego prawdopodobne jest wykonanie przez niego usługi przy pomocy 3 par kontrolerów, będzie można ustalić dopiero na podstawie wyjaśnień wykonawcy.

Zamawiający nie ma również podstaw przyjmować, na obecnym etapie, że przystępujący otrzyma z tytułu windykacji należności z tytułu przejazdów kwotę 15.833,33 zł miesięcznie. Nic takiego nie wynikało bowiem z oferty przystępującego. To, czy wskutek starań, efektywności, organizacji i środków zaplanowanych przez przystępującego szacunki wpływów okażą się prawdopodobne, będzie można ustalić na podstawie wyjaśnień wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za zasadny. W konsekwencji należało także uznać, że zamawiający przedwcześnie wybierając ofertę przystępującego naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww.

przepisu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami

ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej: zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 stycznia 2020 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w tej części. Natomiast przystępujący, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 23 stycznia 2020 r. oświadczył, że nie

zgłasza sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze także w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jak również w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (odnośnie terminu składania ofert i opisanie kryteriów oceny ofert),

W trakcie posiedzenia Izby dnia 23 stycznia 2020 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego

uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra - Błaszczkowska, Postanowienia..., 2002, s. 10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego., t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww.

przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

Stwierdzone naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wszczęcia procedur wyjaśniających w zakresie wskazanym w sentencji może mieć wpływ na wynik postępowania. Zaniechania te dotyczą bowiem oferty przystępującego sklasyfikowanej na miejscu pierwszym. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn.

akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone

w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. .

Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - w zakresie

merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty dotyczące zaniechania wszczęcia procedury wyjaśniającej, zaś

za chybione należało uznać zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty

przystępującego. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 50% i chybione w takim samym stosunku. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na rozprawę w wysokości 539,28 zł. Łącznie wartość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła zatem 15.239,28 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100 zł (7.500,00 zł tytułem wpisu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.619,64 zł (15.239,28 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.480,36 zł (11.100,00 - 7.619,64), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do

wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis

§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: