Sygn. akt KIO 362/21

WYROK
z dnia 24 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2021 r. przez wykonawcę Kancelaria Wierzyciel Sp. z o.o. w Lesznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gorzów Wielkopolski
przy udziale wykonawcy CPW Sp. z o. o. wPoznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Gorzów Wielkopolski unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy CPW Sp. z o. o. wPoznaniu do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Gorzów Wielkopolski i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Kancelaria Wierzyciel Sp. z o.o. w Lesznie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Miasta Gorzów Wielkopolski na rzecz Kancelarii Wierzyciel Sp. z o.o. w Lesznie kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 362/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wybór wykonawcy na prowadzenie kontroli biletowej w pojazdach komunikacji miejskiej w Gorzowie Wielkopolskim. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 271.87.2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę CPW Sp. z o. o. wPoznaniu, w związku z czym wykonawca Kancelaria Wierzyciel Sp. z o.o. w Lesznie wniósł odwołanie 2 lutego 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy CPW Sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny oferty, pomimo że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i w świetle zasady przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez CPW Sp. z o.o. zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
2. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy, która powinna zostać zweryfikowana pod kątem rażąco niskiej ceny w procedurze wyjaśnień określonej w art. 90 Pzp.

Wskazując na wymienione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 28 stycznia 2021 r. i wezwania CPW Sp. z o.o. do wyjaśnienia niskiej ceny oferty. Wniósł również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7.500 zł.
W uzasadnieniu odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na ceny złożonych ofert i różnice w stosunku do średniej cen ofert wynoszącej 602.454,56 zł:
1. Rewizor sp. z o.o.: cena 686.016,00 zł, różnica +13,87%;
2. Odwołujący: cena 672.347,52 zł, różnica +11,60%
3. oferta CPW Sp. z o.o.: cena 449.000,16 zł, różnica -25,47%.
Odwołujący wskazał, że zamówienie ma charakter stosunkowo mało złożony. Składają się nań czynności z zakresu bezpośredniej kontroli biletów oraz raportowania. Te pierwsze mogą być realizowane przez osoby o podstawowych kwalifikacjach. Te drugie są możliwe do wykonania przez osobę o przeciętnych kompetencjach z zakresu tzw. pracy biurowej. Jedynym bardziej zaawansowanym elementem jest konieczność dysponowania odpowiednim oprogramowaniem, opracowywanym przez zewnętrzne podmioty, stąd elementem realizacji zamówienia jest tu tylko poniesienie kosztów licencji i wdrożenia. W związku z tym przy tego rodzaju mało złożonych zamówieniach, wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę powinny pojawiać się już przy znacznie niższej różnicy ceny w stosunku do średniej cen złożonych ofert, gdyż nie ma tu miejsca na spektakularne oszczędności wynikające z odmiennych metod produkcji, dystrybucji czy świadczenia usług. Jest tak, gdyż zamawiający szczegółowo opisał wymogi co do świadczonej usługi nie pozostawiając wykonawcom większego marginesu swobody co do ich przebiegu i organizacji, a gros czynności realizowanych będzie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, których wynagrodzenie jest równe minimalnemu wynagrodzeniu o pracę. Brak jest więc możliwości konkurowania mniejszymi kosztami pracy, co oznacza, iż w przypadku tego zamówienia cena oferty niższa o 25,47% od średniej cen wszystkich

złożonych ofert powinna skutkować wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty.
Odwołujący zauważył, że wartość szacunkowa zamówienia 503.760 zł netto, zgodnie z protokołem z szacowania wartości zamówienia z 2.10.2020 r. została ona ustalona jedynie na podstawie wyceny przesłanej przez CPW Sp. z o.o. Zwrócił uwagę, że również zamawiający nie uznał ustalonej przez siebie wartości zamówienia za miarodajną, skoro przeznaczył na realizację zamówienie kwotę istotnie wyższą niż wynikająca z szacowania powiększonego o wartość podatku VAT (kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 768.000 złotych brutto, w stosunku do ubruttowionego szacowania wynoszącego 619.625 złotych).
Kwestionując poprawność oferty CPW Sp. z o.o. odwołujący podniósł, że jej cena to 449.000,16 zł brutto, czyli 365.040,78 zł netto. Miesięczny przychód netto z tytułu realizacji zamówienia (1/24 całości) wynosi zatem 15.100,03 zł i jest to kwota, która musi pokryć wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją zamówienia, w tym koszty początkowe związane z organizacją realizacji zamówienia.
Wywodził, że średnioważona ilość kontroli możliwa do wykonania w czasie 1h to 4. Wynika to z wymagania pkt 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia, dalej jako: „OPZ", że sprawdzeni muszą zostać wszyscy pasażerowie. Zdaniem odwołującego obecnie kontrola trwa dłużej niż jeszcze 10 lat temu z uwagi na szersze stosowanie biletów (w tym okresowych) zakupionych przy pomocy aplikacji mobilnych). Na ich popularyzację wpływa łatwość użytkowania oraz system zachęt - w Gorzowie od 1.09.2020 r. do 30.06.2021 r. bilety okresowe nabywane w aplikacji można kupić o 10% taniej. Efekt jest taki, że po ogłoszeniu rozpoczęcia kontroli wydłuża się czas, w którym pasażerowie są w stanie okazać bilet osobie kontrolującej. Muszą odblokować telefon oraz uruchomić aplikację na telefonie w celu okazania biletu, zamiast po prostu okazać bilet z portfela, przy czym – zgodnie z wymaganiem OPZ za każdym razem kontroler powinien zbliżyć urządzenie służące do skanowania kodów QR do telefonu pasażera. Uzyskanie potwierdzenia ważności biletu wymaga wykorzystania łączności internetowej, która też wprowadza opóźnienia do działań kontrolera.
Odwołujący zwrócił uwagę, że kontrole przeprowadzane będą zasadniczo jednoosobowo, na co wprost zezwala pkt 3 OPZ, stąd wydłuża się czas trwania kontroli. Zamiast dwóch osób do pojazdu wchodzi jedna i ona sama musi sprawdzić bilety wszystkich pasażerów od początku do końca pojazdu. W godzinach szczytu oznacza to ponad 80 biletów oraz sporą liczbę dokumentów uprawniających do przejazdów ulgowych do sprawdzenia. Na liczbę i czas kontroli ma wpływ również obowiązek prowadzenia kontroli w sposób systematyczny, nie jest możliwe kontrolowanie pojazdu tylko na wybranych liniach czy wybranych obszarach miasta - tam, gdzie najsprawniej można przeprowadzić kontrole, oraz zorganizować przesiadki. Z tych względów czas konieczny na wykonanie 2.400 kontroli to 600h, co przy średnim miesięcznym czasie pracy osoby zatrudnionej na podstawie umowy 168h, daje 3,57 etatów.
Wymiar obowiązku przeprowadzania badań potoków pasażerskich w pojazdach komunikacji miejskiej do 360h w trakcie trwania umowy oznacza konieczność założenia wykorzystania pracowników na ten cel w wymiarze 15h miesięcznie. Uwzględnienie ustawowych przerw w pracy i urlopów oraz odliczenie czasu pracy, który nie zostanie przeznaczony na wykonywania czynności na rzecz zamawiającego oznacza, że wymagana ilość etatów to 4,16 (tj. 4 i 1/6) etatu. W dni robocze kontrolę musi wykonywać 4 kontrolerów (aby wykonać wytyczne z podziałem czasowym i strefowym), zatem należy dysponować zespołem 6 osobowym w zatrudnieniu na min. 4,5 etatu. Odwołujący zwrócił uwagę, że kalkulacja nie uwzględnia takich czynników jak czas wyłączenia pracownika z pracy na podstawie zwolnienia lekarskiego.
Odwołujący wywodził, że koszt zatrudnienia pracownika z wynagrodzeniem minimalnym wynosi dla pracodawcy w 2021 roku 3.373,44 zł. Przy 4,5 etatu daje to łączną kwotę 15.180,48 zł. Kwota zaoferowana przez CPW Sp. z o.o. jest jedynie o 30 zł wyższa.
Podkreślił, że wyliczenie dotyczy jedynie głównych kosztów realizacji zamówienia, podczas gdy wykonawca będzie zmuszony ponieść również koszty:
- pracy osoby mającej nadzór na prawidłowym realizowaniem zadań przez kontrolerów, przygotowującej grafiki, rozliczającej czas pracy kontrolerów, ilości kontroli, urlopów, czasu zastępstw w czasie zwolnień lekarskich, delegacji do Miasta Gorzowa w celu rozliczania i motywacji kontrolerów. Złożenia comiesięcznych zestawień z przeprowadzonej liczby kontroli, raportów z wydanych wezwań do zapłaty, chronologicznego zdania do zamawiającego wszystkich wystawionych opłat dodatkowych po zakończonym miesiącu,
- sprzętu w postaci smartfona oraz przenośnej drukarki (§ 2 ust. 1 umowy), koszt jednego zestawu 5.000 zł netto, dla 5 kontrolerów jest to koszt rzędu 25.000 zł netto. Zakładając 24-miesięczny okres zużycia (urządzenia po 2 latach ciągłej pracy i zakończeniu okresu gwarancji praktycznie należy wymienić na nowe, z uwagi na ich zwiększoną awaryjność i spowolnione działanie, które wydłużałoby znacznie czas kontroli) oznacza to dodatkowy koszt ponad 1.000 zł netto miesięcznie. Nawet jeśli CPW Sp. z o.o. już dysponuje tymi urządzeniami, w okresie realizacji zamówienia i tak stanie przed koniecznością ich wymiany,
- licencji na oprogramowanie - system wspierający kontrolę i raportowanie z dostępem on-line. Przy czym dotyczy to zarówno licencji dla wykonawcy obejmującej użytkowanie przez osoby raportujące i kontrolujące, jak i trzysta no wis ko wej licencji dla zamawiającego,
- najmu pomieszczenia - zgodnie z kodeksem pracy pracodawca musi zabezpieczyć pomieszczenie, w którym pracownik wykorzysta na przerwę śniadaniową,
- koszt zabezpieczenia osobistego kontrolerów przed covid-19 (maseczki, rękawiczki, płyny dezynfekujące),
- eksploatacyjne (np. rolki papieru do wystawiania opłat),
- szkolenia pracowników, zarządzanie nimi (wynagrodzenie w postaci najniższej krajowej w żaden sposób nie zmotywuje kontrolera do wystawiania opłat, który skupi się tylko i wyłącznie na przeprowadzeniu kontroli - konieczność wprowadzenia premii motywujących).
Wskazał, że CPW Sp. z o.o. musi w ramach wynagrodzenia zrealizować dodatkowe 200 kontroli miesięcznie. Wynika to z deklaracji wykonawcy podlegającej ocenie w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Oznacza to stosunkowy wzrost kosztów (przynajmniej tych dotyczących kosztów pracy) o 8,3%, czyli 1.265 złotych miesięcznie.
Odwołując się do doświadczenia w zakresie wykonywania kontroli w Olsztynie czy Zielonej Górze, odwołujący uznał cenę oferty CPW Sp. z o.o. za rażąco niską, źle oszacowaną i w żaden sposób nie wystarczającą na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Zwrócił uwagę, że cena jego oferty oraz oferty Rewizor sp. z o.o. oscylowały w bardzo zbliżonej kwocie, co wynika z dość sztywnej struktury kosztów przy realizacji zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nPzp", natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Okoliczności faktyczne dotyczące postępowania zostały powołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy i są niesporne między stronami. Ich ponawianie jest zatem zbędne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, 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. Przepis ten zawiera zatem nakaz adresowany do zamawiającego, aby w każdej sytuacji, gdy cena oferty może być ceną rażąco zaniżoną lub taki charakter mogą mieć istotne części oferty, zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Po myśli tego przepisu różnica ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia lub średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu – inaczej niż to ustala art. 90 ust. 1a Pzp - nie ma przesądzającego znaczenia. Celem art. 90 ust. 1 Pzp jest zatem upewnienie zamawiającego, że pomimo niskiego poziomu cena oferty została obliczona przez wykonawcę z należytą starannością i daje rękojmię wykonania umowy zgodnie z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przy ocenie celowości uzyskania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp brać zatem należy pod rozwagę okoliczności danego przypadku.

W ocenie Izby argumentacja powołana przez odwołującego w okolicznościach badanej sprawy prowadzą do przekonania, że istnieją co najmniej wątpliwości co do tego, czy cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i cena ta daje możliwość należytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Izba wzięła pod uwagę, że cena oferty przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu o -25,47%. Różnicę tę Izba uznała za znaczącą podzielając w tym względzie argumentację odwołującego. Mało złożony przedmiot zamówienia, brak szczególnych wymagań, co do kwalifikacji osób wykonujących usługę oraz ograniczone niezbędne zasoby materiałowe, które na równych prawach dotyczą wszystkich wykonawców zainteresowanych zamówieniem nie daje szerokich możliwości konkurowania ceną. W tej sytuacji pomimo braku osiągnięcia progu 30% różnicy w stosunku do średniej złożonych ofert, o którym mowa w art. 90 ust. 1a Pzp, cena oferty przystępującego powinna być przedmiotem wyjaśnień, których uzyskania zamawiający zaniechał. Wątpliwości zamawiającego powinien wzbudzić również fakt, że cena oferty przystępującego okazała się znacząco niższa od szacunków samego zamawiającego. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 768.000 złotych brutto, co w stosunku do ceny oferty przystępującego, która po poprawieniu omyłki rachunkowej wyniosła 448.467,84 zł, jest wartością znacząco wyższą. Fakt ten ma znaczenie tym bardziej doniosłe, że zamawiający miał wiedzę o przedmiocie zamówienia, który marca 2020 r. wykonywał własnymi siłami. Zamawiający dysponował również wiedzą o sposobie i jakości wykonywania tego zamówienia przez przystępującego na podstawie umów cywilnoprawnych (zawartych poza reżimem Pzp) od marca 2020 r., jednak przeznaczył na wynagrodzenie wykonawcy kwotę większą niż wynikającą z oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Okoliczności związane z szacowaniem tej wartości stały się w badanej sprawie przesądzające dla stwierdzenia, że zamawiający powinien wystąpić do przystępującego o wyjaśnienia ceny jego oferty zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Izba uwzględniła bowiem, że zamawiający zwrócił się do czterech potencjalnych wykonawców z pytaniem o koszt wykonywania usługi kontroli biletów przez 6 kontrolerów w okresie 24 miesięcy w liczbie 2.400 kontroli na miesiąc. Zamawiający uzyskał odpowiedź jedynie od przystępującego, który wskazał cenę 503.760 zł netto, 619.625 zł brutto (dowody: mail zamawiającego z prośbą o przestanie szacunkowej wyceny z 23.09.2020 r., odpowiedź przystępującego, protokół szacowania wartości zamówienia z 2.10.2020 r.).

Zestawienie wartości wskazanej przez przystępującego przed wszczęciem postępowania w kwocie 619.625 zł z ceną oferty, którą w nim złożył, w kwocie 448.467,84 zł, budzą istotne wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty.

Na rozprawie Izba bezskutecznie próbowała ustalić przyczyny różnicy między ceną wynikającą z odpowiedzi udzielonej zamawiającemu, a ceną oferty przystępującego. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący zasadniczo nie odnieśli się do tej kwestii koncentrując swoje stanowiska na dwóch elementach. Pierwszym, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska. Drugim, że zamawiający współpracował z przystępującym, zatem wie, że jest on wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia za tę cenę i uzyskiwanie wyjaśnień jest zbędnym działaniem.

Izba nie podziela tego stanowiska. W odniesieniu do pierwszego elementu dostrzec należy, że rozpoznanie odwołania dotyczącego konieczności uzyskania wyjaśnień ceny oferty nie jest tożsame z badaniem okoliczności mających znaczenie dla ceny oferty danego wykonawcy. Dowody powołane w sprawie w tym zakresie nie mogły być zatem uwzględnione. Art. 192 ust. 7 Pzp stanowiący, że Izba nie może rozpoznać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu, nie pozwala na ich ocenę w tym postępowaniu. Charakterystyczne dla siebie uwarunkowania mające znaczenie dla ceny

oferty wykonawca powinien powołać w wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie zamawiającego. Ich badanie w postępowaniu, które ma na celu ustalenie, czy wyjaśnienia takie powinny być żądane przez zamawiającego, prowadziłoby do skutku w postaci dokonania przez Izbę oceny indywidualnej sytuacji wykonawcy w związku z ceną jego oferty. Nie jest to dopuszczalne na gruncie ustawy, gdyż ocena taka powinna być dokonana przez zamawiającego w ramach czynności oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty w ramach czynności badania oferty przystępującego. Zadaniem Izby jest wyłącznie ocena czynności lub zaniechań zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy, a nie dokonywania czynności za zamawiającego (*arg*. z art. 180 ust. 1 Pzp).
W odniesieniu do drugiego elementu argumentacji zamawiającego i przystępującego Izba zważyła, że fakt wcześniejszej współpracy zamawiającego z przystępującym nie uzasadnia zwolnienia zamawiającego z dokonania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Pogląd przeciwny naruszałby podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania i uczciwej konkurencji przez preferowanie dotychczasowego wykonawcy oraz przejrzystości i pisemności przez brak czytelności i wynikającej z niej możliwości kontroli decyzji zamawiającego.
W tym kontekście pogląd zamawiającego, że różnica między szacunkiem dokonanym przez przystępującego, a ceną jego oferty wynika z dłuższego czasu wykonywania umowy traci na znaczeniu, zwłaszcza że prowadzi do wewnętrznej sprzeczności w stanowisku zamawiającego. Zamawiający bowiem z jednej strony nie uznał za wystarczającą kwoty wynikającej z szacunku i zwiększył ją o prawie 150.000 zł, z drugiej znacząco niższą cenę oferty przystępującego uznaje za prawidłową i nie wymagającą wyjaśnień oraz badania.
Powołana różnica między ceną wskazaną przez przystępującego w ramach szacunku i ceną oferty nie może być pominięta również z tego powodu, że zamawiający nie określił w swoim zapytaniu wymogu zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę (co wpływa znacząco na koszty realizacji), ani też przystępujący nie był zobowiązany do zatrudnienia na tej podstawie kontrolerów w związku z wykonaniem wcześniejszych umów na rzecz zamawiającego. Zamawiający nie określił w wezwaniu do oszacowania wynagrodzenia z 23 września 2020 r. wymagań co do sposobu, czasu i miejsca realizacji kontroli, nie żądał dodatkowych 200 kontroli i nie wymagał badania potoków podróżnych. Wątpliwości wzmaga stanowisko zaprezentowane na rozprawie przez przystępującego, który stwierdził, że skoro od umowy zlecenia należy odprowadzić składki na ubezpieczenie społeczne, to ich koszt jest zrównany z kosztem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.
Ten całkowicie mylny pogląd skłania do ostrożnego traktowania ceny oferty przystępującego.

Już te dwie kwestie wzbudzają wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty przez przystępującego, które powinny być rozwiane w toku procedury wyjaśniającej, zwłaszcza że są one wzmacniane przez wymagania zamawiającego zapisane w OPZ.

Zamawiający nie znając założeń przystępującego, nie może zakładać wyłącznie na podstawie dotychczasowej współpracy, że wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia z należytą starannością respektując wszystkie wymagania opisane w SIWZ. Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia*a priori*, że w sytuacji, gdy o zamówienie ubiega się trzech wykonawców mających doświadczenie w wykonywaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia, będących usługami o relatywnie prostej charakterystyce, a cena dwóch ofert jest zbliżona, znacząca różnica ceny trzeciej oferty nie powinna skłaniać do wątpliwości. Co do jej prawidłowego obliczenia.

Mając na uwadze przedmiot umowy – kontrolę biletów – Izba uznała, że sam fakt wykonywania tej usługi na rzecz zamawiającego nie buduje oczywistej przewagi konkurencyjnej przystępującego, a jej ewentualne istnienie powinno być stwierdzone w toku wyjaśnień. Niepewność związana z rozwojem pandemii SARS Cov-2 może być czynnikiem ograniczającym zakres wykonania umowy, jednak założenia przyjęte z tego tytułu powinny być wskazane w wyjaśnieniach.

W związku z tym Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp za zasadny. W konsekwencji należało także uznać, że zamawiający przedwcześnie wybrał ofertę przystępującego, czym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. Oba stwierdzone naruszenia skutkowały również naruszeniem zasad wskazanych art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 oraz art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2137).
Pouczenie o długości terminu na wniesienie skargi od orzeczenia Izby oraz ustalenie sądu okręgowego miejscowo właściwego do rozpatrzenia skargi Izba ustaliła na podstawie art. 580 ust. 1 i 2 nPzp.

Przewodniczący:.....