Sygn. akt: KIO 3542/21
KIO 3552/21

WYROK

z dnia 22 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2021 r.:

A. przez Zakłady Wielobranżowe „Renoma" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 3542/21)

B. przez CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 3552/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie

przy udziale Rewizor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3452/21 oraz KIO 3552/21

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3542/21.

2. Odrzuca odwołanie o sygn. akt KIO 3552/21.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3542/21 obciąża Zakłady Wielobranżowe „Renoma" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakłady Wielobranżowe „Renoma" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania,

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3552/21 obciąża CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3542/21, KIO 3552/21

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kontrola dokumentów przewozu oraz kontrola stosowania warunków przewozu zwierząt i rzeczy w pojazdach Komunikacji Miejskiej w Krakowie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 163-429107.

W dniu 6 grudnia 2021 r. wykonawca Zakłady Wielobranżowe „Renoma" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie, dalej „Odwołujący" lub „Renoma", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp polegające na:

a. błędnej ocenie złożonych przez Rewizor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, dalej „Rewizor", wyjaśnień w zakresie założonej przez Rewizor skuteczności w nakładaniu opłat dodatkowych i uznaniu, że skuteczność w tym zakresie będzie wystarczająca dla zapewnienia opłacalności wykonania zamówienia przez tego wykonawcę za zaoferowaną przez niego łączną cenę,

b. błędnym uznaniu, w wyniku oceny złożonych przez wykonawcę Rewizor wyjaśnień, że część składowa ceny oferty tego wykonawcy, obejmująca wynagrodzenie za kontrolę w kwocie netto 14.977.548,00 zł (cena jednostkowa netto 16,22 zł), nie jest rażąco niska, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty Rewizor, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Rewizor oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta Rewizor powinna zostać odrzucona, a oferta Odwołującego byłaby jedyną (a zatem najkorzystniejszą) nieodrzuconą ofertą, zaś Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu:
dokonania czynności odrzucenia oferty Rewizor; unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz badania i oceny ofert; dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert; ponownego przeprowadzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 grudnia 2021 r. również spółka CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej „Odwołujący", wniosła odwołanie (sygn. akt KIO 3552/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 128 ust. 1, art. 128 ust. 5 oraz art. 116 ustawy Pzp przez niewłaściwą ocenę zdolności technicznej i zawodowej Rewizor oraz brak odrzucenia oferty Rewizor, pomimo że wskazany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, złożone przez niego referencje zawierają informacje niezgodne ze stanowiskiem faktycznym/błędy, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia nieprawidłowości,

2. art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz art. 111 pkt 5) ustawy Pzp przez brak wykluczenia Rewizor na okres 2 lat, mimo iż przedłożył on wadliwe referencje/niezgodne ze stanem faktycznym i w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków przetargu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadto Rewizor zataił informacje dotyczące okazanych przez niego referencji,

3. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 5 oraz w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp polegające na uznaniu, że Rewizor podołał wykazaniu, iż cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji braku odrzucenia oferty Rewizor z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt,

4. art. 16 w związku z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wielokrotnym wzywaniu wykonawcy Rewizor do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz uznaniu, że Rewizor podołał wykazaniu, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska,

5. art. 99 ustawy Pzp przez niewłaściwy i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia oraz załączników, a w szczególności niewłaściwe sformułowanie sposobu obliczania ceny, co uniemożliwiło wykonawcom prawidłowe wskazanie ceny w ofercie,

6. art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Rewizor w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ww. ustawy, określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa";

7. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Rewizor jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a Rewizor wykluczony z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Rewizor z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków przetargu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadto zatajenie przez Rewizor informacji dotyczących okazanych przez niego referencji, odrzucenia oferty Rewizor z uwagi na to, że oferta złożona przez Rewizor zawiera rażąco niską cenę oraz koszt, a wykonawca nie spełnia warunków przetargu w zakresie wymaganych zdolności technicznych, w konsekwencji unieważnienia postępowania.

Do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Rewizor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, dalej „Przystępujący".

Pismami z dnia 16 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o ich oddalenie.

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 o sygn. akt KIO 3542/21 podlega oddaleniu, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3552/21 podlega odrzuceniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 grudnia 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Izba nie wzięła pod uwagę dokumentów przysłanych przez Przystępującego do sekretariatu Izby drogą mailową w dniu 21 grudnia 2021 r. o godz. 21:47, tj. dokumentów przesłanych po zamknięciu rozprawy. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a więc stan rzecz ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Zresztą, przesłane dokumenty zostały

wysłane przez podmiot nieuprawniony, o czym poniżej.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu z zeznań świadka. Materiał

dowodowy zgromadzony w sprawie oraz stanowiska stron i uczestnika zaprezentowane na rozprawie są wystarczające do wydania orzeczenia. W ocenie Izby relacja osoby będącej pracownikiem Odwołującego sprowadzałaby się w istocie do przedstawienia bardziej szczegółowego stanowiska Odwołującego, które zostało już przedstawione zarówno w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy. Z tych też względów osoba ta powinna raczej występować w charakterze pełnomocnika Odwołującego, co też ostatecznie miało miejsce.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w sprawie KIO 3542/21.

Izba uwzględniła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (KIO 3552/21) jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Zatem jedynie podmioty wskazane w art. 505 ustawy Pzp mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do Odwołującego CPW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wyżej wymienionych kategorii.

Niewątpliwie nie jest uczestnikiem konkursu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 325 i następne ustawy Pzp, tj. konkursu. Nie można uznać także Odwołującego za inny podmiot, gdyż pod pojęciem innego podmiotu należy definiować jednostkę organizacyjną, czy osobę prawną lub fizyczną, która nie jest ani wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30, ani uczestnikiem konkursu, aktywującą się np. w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu SWZ, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego.

Odwołujący nie jest też już wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga podkreślenia, że status wykonawcy, zgodnie z przywołaną definicją, wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Podobnie zdefiniowane było pojęcie „wykonawcy” w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r., a omawiana przesłanka odrzucenia odwołania nie uległa zmianie. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przez Odwołującego nie gwarantował i nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, a to bezpośrednio wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można nieodwracalnie utracić - przykładowo - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę, decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Oferta Odwołującego, została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i Odwołujący nie kwestionuje tej czynności Zamawiającego. Zarzuty odwołania nakierowane są na nieprawidłową w ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

która to oferta w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ zawiera szereg błędów. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał eliminacji oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, akceptując tym samym ustalenia i ostateczną ocenę oferty dokonaną przez Zamawiającego.

Odwołujący status wykonawcy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie). Niemniej w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował (przez podniesienie w ramach tego odwołania zarzutów w zakresie odrzucenia oferty lub złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił.

Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował ze swojego statusu „wykonawcy" aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, chociażby w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15, Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona.

Przepisu art. 505 ustawy Pzp nie można interpretować w sposób dowolny i przyznawać prawo do składania środków ochrony prawnej także wykonawcom, których oferty zostały skutecznie odrzucone. Stąd wniesione przez Odwołującego odwołanie należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu Renoma (KIO 3542/21) przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności. Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Wykonawca Rewizor podnosił na rozprawie, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, tym samym nie wykazał on interesu we wniesieniu odwołania.

Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć, nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Sygn. akt KIO 3542/21

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest kontrola dokumentów przewozu oraz kontrola stosowania warunków przewozu zwierząt i rzeczy w pojazdach Komunikacji Miejskiej w Krakowie (KMK), pobieranie opłat dodatkowych i należności przewozowych, rozpatrywanie skarg i reklamacji pasażerów dotyczących czynności kontrolnych. Dalej, Zamawiający wskazał, że liczba przeprowadzonych kontroli kontrolerów w ciągu miesiąca w okresie od września do czerwca nie może być mniejsza niż 27 000, a w okresie od lipca do sierpnia - nie mniejsza niż 18 900. Liczba wystawionych wezwań do zapłaty w ciągu miesiąca w okresie od września do czerwca nie może być mniejsza niż 6000, a w okresie od lipca do sierpnia nie mniejsza niż 5000. W miesiącach, w których wystąpi co najmniej 5 dni z bezpłatną komunikacją, liczba przeprowadzonych kontroli oraz wystawionych nałożeń nie będzie mniejsza niż liczba przeprowadzonych kontroli i wystawionych wezwań do zapłaty w

miesiącach wakacyjnych tj. lipiec - sierpień. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik 1 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", oraz projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik 2 do SWZ.

Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia (co najmniej w zakresie odpowiadającym zakresowi prac w ramach realizacji niniejszego zamówienia): obsługa punktu obsługi klientów, obsługa kasy, kierowanie zespołem, obsługa informacji telefonicznej dla pasażerów, odprawa kontrolerów (kontrola trzeźwości, stroju, sprzętu, dokumentów kontroli), przeprowadzanie kontroli wewnętrznej, przeprowadzanie szkoleń (okresowych i wstępnych), prowadzenie korespondencji w zakresie reklamacji, księgowanie wpłat, przekazywanie środków na rachunek Zamawiającego, sporządzanie sprawozdań i raportów, kontrola dokumentów przewozu - tylko osoby zatrudnione w wymiarze minimum 35 godzin tygodniowo, z wyłączeniem przypadków zatrudnienia przez Wykonawcę w zakresie tych czynności osób mających status ucznia lub studenta (status ucznia lub studenta winien zostać udokumentowany w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa).

Okres wykonania zamówienia ustalono na 36 miesięcy.

Zamawiający przyjął, zgodnie z treścią Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, że wykonawcy mają zaoferować cenę za wykonanie zamówienia przez wskazanie wynagrodzenia rozbitego na dwa składniki: wynagrodzenie za kontrolę, zakładające przeprowadzenie kontroli w wymaganej przez SWZ minimalnej liczbie 923.400, ze wskazaniem ceny jednostkowej netto oraz ceny łącznej netto i brutto oraz wynagrodzenie za dodatkowe nałożenia, przewidujące limit 210.000 dodatkowych nałożeń, ze wskazaniem ceny jednostkowej netto oraz ceny łącznej netto i brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 34 809 963,65 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, została ustalona na kwotę 9 502 736,21 zł netto. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, w dniu 18.11.2021 r. została dokonana korekta Szacunkowej wartości zamówienia (przeliczenie prawidłowej wartości brutto na netto) i Analizy potrzeb i wymagań (przeliczenie prawidłowej wartości brutto na netto): wartość zamówienia wyniosła 36 754 264,23 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, została ustalona na kwotę 10 033 508,83 zł netto. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 32 866 529,14 zł brutto.

W wyznaczonym terminie złożono trzy oferty: Zakłady Wielobranżowe „Renoma" Sp.

z o.o. z ceną 39 996 729,18 zł brutto; CPW Sp. z o.o. z ceną 31 974 883,20 zł brutto; Rewizor Sp. z o.o. z ceną 32 732 204,04 zł brutto.

Rewizor wskazał w ofercie, że zamówienie wykona przy wynagrodzeniu za kontrolę w cenie jednostkowej netto 16,22 zł (razem netto: 14.977.548 zł), natomiast wynagrodzenie za dodatkowe nałożenia przyjął w cenie jednostkowej 55,40 zł netto, co daje razem 11.634.000,00 zł netto. Łączna cena netto oferty wyniosła 26.611.548,00 zł (32.732.204,04 zł

brutto).

W dniu 22 października 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Rewizor wezwanie na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podnosząc, że konieczność złożenia wyjaśnień wynika z faktu, że część składowa ceny oferty obejmująca wynagrodzenie za kontrolę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z przepisów. Zamawiający wskazywał, że wyjaśnienie w zakresie treści oferty musi potwierdzać realność uzyskania liczby nałożeń na poziomie pozwalającym zrekompensować niskie dochody z tytułu wynagrodzenia za kontrolę.

Wykonawca Rewizor złożył obszerne wyjaśnienia oraz dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz oświadczył, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest realna oraz pokrywa nie tylko koszty realizacji zamówienia, lecz także zapewnia zysk. Szczegółowe informacje dotyczące ceny oferty Przystępujący przedstawił w dalszej części pisma, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 11 listopada 2021 r. Rewizor przedstawił dodatkowe wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 26 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Rewizor.

Zdaniem Odwołującego skalkulowana przez Rewizor stawka jednostkowa dla pierwszej części ceny, wynosząca 16,22 zł netto, winna być uznana za rażąco niską, bowiem osiągnięcie takiej stawki, mając na względzie realia rynkowe oraz charakter czynności, które mają być wykonywane w ramach tego zadania, nie jest realne z ekonomicznego punktu widzenia.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 art. 224 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp 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 usługi. Jak podkreślał Zamawiający głównym elementem kosztów przy realizacji przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzenie pracowników wykonujących usługi, w szczególności kontrolerów.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Rewizor zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczające. Wobec tego ciężar dowodu wykazania, że złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 423/18, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, na oferencie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów.

Izba uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż niewątpliwie wykonawca złożył wyjaśnienia, z których zamawiający wywiódł, że pokrywają koszty wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług.

Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Rewizor pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, iż Przystępujący sprostał spoczywającemu na nim w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązkowi dowiedzenia, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Przystępujący przedstawił analizę finansową, zawierającą szczegółową kalkulację, pokazującą przychody i koszty w rozbiciu na poszczególne lata. Przedłożył analizę kosztów rodzajowych, w tym dotyczącą amortyzacji, zużycia materiałów, założenia dotyczące liczby osób będących zatrudnionych do realizacji zamówienia, analizę wynagrodzenia z tytułu dodatkowych nałożeń. Przystępujący wskazał, że same przychody z kontroli (bez przychodów z dodatkowych nałożeń) powinny być wystarczające do pokrycia kosztów z tym związanych. Wyjaśnienia zawierają dane związane z wynagrodzeniem pracowników, harmonogram pracy pracowników, doświadczenie z innych kontraktów, analizę wynagrodzeń z dodatkowych nałożeń, informacje dotyczące kontrahentów, poziom zysku. Do wyjaśnień załączono szereg dowodów, w tym umowy o pracę.

Przystępujący zadeklarował w ofercie zatrudnienie do realizacji zamówienia 25 osób z orzeczeniami o niepełnosprawności. Odwołujący w przedłożonej kalkulacji powyższy fakt pominął. Tymczasem Przystępujący uwzględnił w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych do każdego etatu osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności, co zmniejsza koszty działalności wykonawcy.

Przystępujący opisał również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Wyjaśnienia te należy uznać za wystarczające. W ocenie Izby, na podstawie udzielonych wyjaśnień, Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie niebagatelnym zysku.

Ponadto, należy podkreślić, iż z samego faktu, że Przystępujący w odmienny sposób skalkulował cenę niż uczynił to Odwołujący, nie sposób postawić zarzutu, tym bardziej że w zakresie tak specyficznych usług brak jednej obligatoryjnie obowiązującej metody wyceny. Dlatego więc, każda metoda, czy to szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego czy kalkulowania ceny oferty przez wykonawców, prowadząca do rzetelnej wyceny zamówienia, jest dopuszczalna.

W niniejszej sprawie Odwołujący podjął próbę wykazania zasadności powyższego zarzutu. Niemniej odnosił się jedynie do swoich kosztów, swojej sytuacji i swojego doświadczenia w realizacji usługi. Jak wynika z załączonych do odwołania umów o pracę i list płac Odwołujący konstruuje umowy przez wskazanie stałego elementu wynagrodzenia oraz co do zasady „premii frekwencyjnej", co oznacza, że kładzie nacisk na obecność kontrolerów w pracy i liczbę wykonanych przez nich kontroli, w żaden sposób lub w niewielkim stopniu uzależniając wynagrodzenie od liczby wykonanych nałożeń. Przystępujący z kolei, jak wynika z wyjaśnień, stosuje inny model wynagradzania pracowników, w dużym stopniu motywujący do skutecznej pracy. Zgodnie z wyjaśnieniem i złożonymi dowodami wynagrodzenie pracowników będzie złożone z dwóch składników: stałego na poziomie minimalnego wynagrodzenia oraz premiowego. Ten drugi składnik ma być wypłacany w przypadku realizacji nałożeń ponad określone w umowie minimum. Jest to, jak słusznie zauważył Zmawiający, dodatek o istotnej wysokości (14,25 zł za każde nałożenie), promujący skuteczność pracowników i pozwalający im osiągnąć wynagrodzenie znacznie wyższe od minimalnego.

Izba zwraca także uwagę na pewną niekonsekwencję w argumentacji prezentowanej przez Odwołującego. Z jednej strony Odwołujący neguje przywoływaną przez Rewizor skuteczność kontrolerów w Warszawskiej Kolei Dojazdowej, podnosząc, że postępowanie to dotyczy innego rynku, tj. rynku o: innej liczbie ludności, innym obszarze, innej liczbie linii komunikacyjnych oraz odmiennych środkach transportu. Z drugiej strony przedstawia korespondencję Rewizora z Miastem Bydgoszcz, wskazując na pewną taktykę wykonawcy przejawiającą się w nieuwzględnieniu rzeczywistych kosztów wykonywania usługi i podejmowaniu, już po uzyskaniu zamówienia, prób przekonania zamawiającego do podwyższenia wynagrodzenia. Niemniej również w tym przypadku mamy do czynienia z postępowaniem, które dotyczy innego rynku.

Odnośnie zaś wskazanego w petitum odwołania zarzutu naruszenia art. 224 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie

odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny.

Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp). Izba stwierdziła więc, że zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 224 ust. 2 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym.

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

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępującego, uznając że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu w powyższym zakresie, tym samym prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....