Sygn. akt: KIO 3786/21

WYROK

z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2021 r. przez wykonawcę M.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lena Beauty M.K. z siedzibą w Bisztynku,

w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Reszel,

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę M.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lena Beauty M.K. z siedzibą w Bisztynku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 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 3786/21

UZASADNIENIE

W dniu 28 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Lena Beauty M.K. z siedzibą w Bisztynku (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Reszel (dalej „Zamawiający") naruszenie: (1) art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5 jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; (2) art. 17 ust. 2 i art. 266 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5, która jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty Odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5, powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie na „Dowożenie uczniów do szkół w gminie Reszel od 01.01.2022 roku do 30.06.2022 roku w formie zakupu biletów miesięcznych" publikując ogłoszenie w BZP nr 2021/BZP 00272056 z dnia 2021-11-17.

Zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5 jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie, czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w dniu 3 grudnia 2021 r. W ocenie Odwołującego, o ile działanie to należy ocenić jako prawidłowe, o tyle brak odrzucenia oferty wykonawcy ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5 w związku z udzielonymi wyjaśnieniami już prawidłowym nie jest. Wykonawca ALL-MIT Automobile A.F. w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2021 r. dotyczących kalkulacji ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu uczniów, która powinna stanowić część ceny oferty zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy, podnosił między innymi że:

1) w formularzu ofertowym Zamawiający żądał podania cenny usługi sprawowania opieki podczas przewozu miesięcznie oraz całkowitej ceny opieki w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia, jego zdaniem Zamawiający nie jest uprawniony do badania ww. stawki;

2) w treści SWZ i załączników do niej, Zamawiający nie wskazał, że opiekunowie mają

być również zatrudnieni na umowę o pracę;

3) żądane przez Zamawiającego od Wykonawców dane mają jedynie charakter informacyjny, tj. nie są wykorzystywane przez Zamawiającego w innym celu;

4) Zamawiający zapytał się o cenę usługi sprawowania opieki podczas przewozu miesięcznie, a nie o koszty takiej usługi, a jego zdaniem są to dwie różne kwestie. Innymi słowy, Zamawiający zapytał się jaka kwota do zapłaty jest za nabycie usługi opieki.

5) dla Zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania cena za usługę wyniesie

10 zł brutto miesięcznie!!!, a osoba, która będzie skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia jest zatrudniona u Wykonawcy na podstawie umowy o pracę i z tego tytułu otrzymuje minimalne ustawowe wynagrodzenie za pracę;

6) opieka nad dziećmi w trakcie realizacji niniejszego zamówienia będzie/jest jednym z wielu obowiązków tego pracownika, gdyż dziennie usługa ta zajmuje 2 godziny, a przez pozostały czas pracy, osoba sprawująca opiekę, pozostaje do dyspozycji Wykonawcy i wykonuje szereg innych zleconych czynności, takich jak np. sprzątanie i czyszczenie autobusów, obsługa kas biletowych, czynności administracyjno-biurowe. Dlatego też, nie jest tak, że wynagrodzenie opiekuna będzie pochodziło wyłącznie z wynagrodzenia jakie otrzyma Wykonawca od Zamawiającego za realizację niniejszego zamówienia;

7) żądane przez Zamawiającego dane mają charakter jedynie informacyjny i wątpliwości Zamawiającego co do podanej kwoty, nie mogą stanowić podstawy do

odrzucenia oferty Wykonawcy, jeżeli Zamawiający de facto nie stawiał żadnych wymagań co do sposobu zatrudnienia opiekuna lub kryteriów oceny ofert

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca nie przedstawił rzetelnej kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie. Ponadto nawet wykazane obliczenia wskazują na kilka istotnych błędów skutkujących zaniżeniem faktycznych kosztów realizacji, co wykazano poniżej.

W ocenie Odwołującego obowiązkiem Wykonawcy było wypełnienie kalkulacji w formularzu ofertowym i podanie ceny, która miała obejmować cenę usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne jako sumę wartości ogółem brutto pkt 1 i pkt 2, tj. ceny podanej w kolumnie nr 5 tabeli oraz ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast Wykonawca obliczył cenę w następujący sposób:

- w części nr 1 na kwotę 41.040,00 zł brutto, w tym: pkt 1 kalkulacji wyniósł 41040,00 zł, a pkt 2 kalkulacji wyniósł 60,00 zł;

- w części nr 4 na kwotę 31.500,00 zł brutto, w tym: pkt 1 kalkulacji wyniósł 31.500,00 zł, a pkt 2 kalkulacji wyniósł 60,00 zł;

- w części nr 5 na kwotę 30.540,00 zł brutto, w tym: pkt 1 kalkulacji wyniósł 30.540,00 zł, a pkt 2 kalkulacji wyniósł 60,00 zł.

W ocenie Odwołującego w żadnej z powyższych kalkulacji cena całkowita, nie zawiera kosztu pozycji nr 2, tj. ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu. Zatem Zamawiający prawidłowo powziął wątpliwości, co do sposobu kalkulacji ceny.

W ocenie Odwołującego, nieprawdą jest, że Zamawiający nie wskazał, że opiekunowie mają być zatrudnieni na umowę o pracę. Temu twierdzeniu przeczy wymóg zawarty w projekcie umowy, tj.: § 13. Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. 1. Na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia, jeśli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dn. 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy, w szczególności - prowadzenie pojazdów (kierowcy pojazdów). Powyższy wymóg dotyczy również podwykonawców za pomocą, których będzie realizowany przedmiot umowy. 2. Wykonawca w ciągu 3 dni od podpisania umowy a przed przystąpieniem do przewozów jest zobowiązany do złożenia Wykazu osób, które będą realizować przewozy, wraz z oświadczeniem, że są one zatrudnione na umowę o pracę. W przypadku zmiany osób wymienionych w Wykazie, Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu zaktualizowanego wykazu osób, w terminie 5 dni od zmiany osób. Zmiana wykazu osób, o którym mowa w ust. 2 nie wymaga aneksu do umowy.

W § 13 ust. 1 projektu umowy Zamawiający wprost wskazał, na obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia, a w szczególności kierowców. Nie ma wątpliwości, że wymóg zatrudnienia osób jest katalogiem otwartym, a osoba realizującą usługi opieki nad dzieckiem świadczy pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dn. 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy. Odwołujący podkreślił, że za

nieprzedstawienie wykazu osób, o którym mowa powyżej, wraz z oświadczeniem, że są one zatrudnione na umowę o pracę lub jego aktualizacji, zgodnie z § 9 ust. 1 lit i projektu umowy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 500,00 zł za każdy przypadek. Co dodatkowo potwierdza doniosłość i wagę kalkulacji stawki za świadczenie usług opieki nad dziećmi w trakcie realizowanych przewozów.

W ocenie Odwołującego nawet jeśli przyjąć, że dopuszczone jest zatrudnienie osób realizujących usługę opieki nad dziećmi na podstawie innej umowy niż umowa o pracę, to przepisy dla takich umów przewidują dla roku 2022 jako minimalną stawkę godzinową kwotę 19,70 zł brutto. Oznacza to, że zaoferowana przez wykonawcę stawka nie pozwoli pokryć nawet jednej godziny pracy takiej osoby, a co dopiero 2 godziny dziennie przez cały okres realizacji umowy.

W ocenie Odwołującego nie potwierdzają się również stwierdzenia, co do charakteru informacyjnego kalkulacji stawki za świadczenie usług opieki nad dziećmi w trakcie przewozów, ponieważ zgodnie z treścią SWZ rozdział XV ust. 1, 2, 3 i 6: 1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. 2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

Cena ofertowa brutto stanowi (odrębnie dla części I, II, III, IV, V): Sumę wartości brutto ceny usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne w okresie 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r. - tj. 6 m-cy oraz ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu w okresie 6 miesięcy, przy

czym:

a) cena brutto usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne w okresie 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r. - tj. 6 m-cy (Wykonawca obliczy wartość poszczególnych pozycji wskazanych w druku oferty poprzez pomnożenie cen dla danej pozycji przez ilość jednostek. Wykonawca zsumuje wartość poszczególnych pozycji);

b) cena brutto usługi sprawowania opieki podczas każdego przewozu w całym okresie realizacji umowy tj. 6 m-cy ...

3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części/elementu składającego się na zamówienie, określone w dokumentach zamówienia i jego nie ujęcia w cenie oferty, Wykonawcy nie przysługują względem

Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie.

6. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy.

Zamawiający zgodnie z treścią SWZ nie mógł do ceny całkowitej oferty dodać ceny kalkulacji z pkt 2, tj. ceny za świadczenie usług opieki na dziećmi w trakcie przewozów, ponieważ, sam w SWZ wskazał, że cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji, a pominięcie przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części, elementu składającego się na zamówienie i jego nieujęcie w cenie oferty powoduję, że Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. Powyższy wymóg został dodatkowo potwierdzonym w § 3 ust 8 umowy: „Pominięcie jakiegokolwiek elementu przy wycenie oferty i nie ujęcie w cenie ofertowej nie może stanowić podstawy żądania dodatkowego wynagrodzenia z powyższego tytułu.”

W ocenie Odwołującego niezasadnym jest ustalenie, że cena usługi nie jest związana z kosztem wynagrodzenia osoby, która taką pracę świadczy. Odwołujący podkreślił, że przerzucanie przez ALL-MIT Automobile A.F. kosztów pomiędzy pkt 1 i 2 kalkulacji , w ten sposób, że w pkt 2 kalkulacji kształtowana jest cena nierynkowa i absurdalnie rażąco niska, czy wręcz symboliczna, ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków realizacji zamawiającemu i niekonkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie sposobu prezentacji ceny ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców, ponieważ przedstawiona stawka jest nierzeczywista, niezgodna z obowiązującymi przepisami dotyczącymi płacy minimalnej i jest „kruczkiem” niezgodnym z uczciwą konkurencją. Powyższa okoliczność decyduje zatem o konieczności badania ceny jednostkowej, jaką jest stawka za roboczogodzinę pod kątem rażąco niskiej ceny (tak też Izba w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1638/13). Ponadto, Odwołujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 733/13), w którym stwierdzono, że zamawiający jest uprawniony do badania cen za poszczególne usługi pod kątem rażąco niskiej ceny, chociaż nie stanowią one ceny globalnej za przedmiot zamówienia. Natomiast, w wyroku Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 810/13) uznano, iż zamawiającemu wolno jest badać pod kątem ceny rażąco niskiej elementy kalkulacyjne oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia.

W ocenie Odwołującego wykonywanie pracy za 10 zł miesięcznie za 40 h pracy (2 h dziennie w dni szkolne) nie mieści się w kryteriach dozwolonych rozbieżności i uznaniowości kształtowania stawki przez pracodawcę. Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. W orzecznictwie Izby podnosi się, że rażąco niska cena jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Ponadto, w wyroku Izby z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO 798/14) stwierdzono, iż ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy oraz fakt, że Wykonawca, mimo że podał nierealną cenę za wykonywanie usługi opieki nad dzieckiem w trakcie realizowanych przewozów, to ostatecznie nie uwzględnił jej w całkowitej cenie oferty, oferta ALL-MIT Automobile A.F. powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Jednocześnie wskazać należy, że w przypadku badania rażąco niskiej ceny nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny. Powyższe może wskazywać na świadome zaniżenie ceny, a sposób skalkulowania całkowitej ceny oferty przez wygrywającego Wykonawcę nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działania sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniające innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto błąd w kalkulacji ceny całkowitej oferty ALL-MIT Automobile A.F. stanowi przesłankę do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Kalkulacja ceny nie podlega poprawie z uwagi na zawarte w treści SWZ sankcje, które w przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części/elementu składającego się na zamówienie i jego nieujęcia w cenie oferty, nie uprawniają Wykonawcy do występowania z roszczeniem z powyższego tytułu, a w szczególności z roszczeniem o dodatkowe wynagrodzenie. A zatem, skoro Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2021 r. nie wskazał na okoliczność wystąpienia omyłki, to nie może wymagać, że taka omyłka będzie podlegała poprawie zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, bowiem niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 i art. 266 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ALL-MIT Automobile A.F. w części 1, 4 i 5, która jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty Odwołującego, którego oferta to przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SWZ.

Zamawiający może wybrać ofertę tylko zgodnie z przepisami ustawy. Jak wskazano wyżej, w wyniku zaniechań Zamawiającego, została wybrana oferta, która zgodnie z przepisami ustawy nie powinna być wybrana. Udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta w tak wielu

kwestiach nie odpowiada przepisom ustawy, stanowi istotne naruszenie ustawy Pzp i

wydatkowanie środków publicznych w sposób nieoszczędny. W związku z przedstawionymi zarzutami oraz ich uzasadnieniem, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ALL-MIT Automobile A.F. jako oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej oceny ofert, co winno prowadzić do uznania oferty Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zmawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dowożenie uczniów do szkół w gminie Reszel od 01.01.2022 roku do 30.06.2022 roku w formie zakupu biletów miesięcznych”.

W SWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia w zakresie sposobu obliczenia ceny:

1 Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

2 Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

3 Cena ofertowa brutto stanowi (odrębnie dla części I, II, III, IV, V):

Sumę wartości brutto ceny usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne w okresie 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r. — tj. 6 m-cy oraz ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu w okresie 6 miesięcy, przy czym:

a) cena brutto usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne w okresie 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r. — tj. 6 m-cy (Wykonawca obliczy wartość poszczególnych pozycji wskazanych w druku oferty poprzez pomnożenie cen dla danej pozycji przez ilość jednostek. Wykonawca zsumuje wartość poszczególnych pozycji);

b) cena brutto usługi sprawowania opieki podczas każdego przewozu w całym okresie realizacji umowy tj. 6 m-cy. Ponadto zamawiający wymaga wskazania cen za jeden bilet miesięczny tj.:

•za bilet do 5 km,

•za bilet do 10 km

•za bilet do 15 km oraz wartości brutto miesięcznie.

4 Cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające wprost ze Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz załączników do niej. Zamawiający zaleca, aby Wykonawca bardzo szczegółowo sprawdził, także w terenie — zalecany objazd tras, warunki wykonania przedmiotu zamówienia. Ceny jednostkowe biletów miesięcznych nie mogą ulec podwyższeniu przez cały okres realizacji usługi.

5 Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części/ elementu składającego się na zamówienie, określone w dokumentach zamówienia i jego nie ujęcia w cenie oferty, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. 4. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

6 Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej.

7 Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 1 do SWZ stanowił Formularz oferty. W formularzu tym, Zamawiający wymagał podania następujących informacji:

Cena oferty: .....zł brutto, w tym VAT .%

(słownie.....)
(cena obejmuje usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne: Suma wartości ogółem brutto w kolumnie nr 5 tabeli z pkt 1/ plus cena usługi sprawowania opieki podczas przewozu w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. 6 m-cy z pkt 2/), w tym:

1/ Cena usługi przewozu:

1	2	3	4	5
Ilość km (dowóz i rozwóz)	Przybliżona ilość biletów	Cena brutto jednego biletu	Wartość brutto miesięcznie	Wartość ogółem brutto w przeliczeniu na 6 m-cy (6 x wartość z kolumny 4)
Do 5 km	1			
Od 5,1 km do10km	15			
Od 10,1km do15km	20			
				Razem(cena usługi przewozu Suma wartości ogółem brutto z kolumny nr 5): .....PLN (słownie..... .....)

2/ Cena usługi sprawowania opieki podczas przewozu miesięcznie.....zł brutto x

6 miesięcy, tj. cena opieki w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia.....

zł brutto.

Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły oferty, którym Zamawiający przyznał punktację:

Część I

Numer oferty w kolejności przyznanych punktów	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Punktacja ofert: Liczba punktów w kryterium cena / 60,00 pkt C min = 41 040,00 zł	Punktacja ofert: Liczba punktów w kryterium czas podstawienia pojazdu zastępczego w minutach, w razie awarii pojazdu od wystąpienia awarii / 40,00 pkt CzPnaj. = do 30 min.	Razem
1	2	3	4	5
1.	ALL-MIT Automobile A.F.	41 040,00 / 41 040,00 x 100 x 60% = 60 pkt	do 30 min = 40 pkt	100 pkt
2.	Lena Beauty M.K.	41 040,00 / 46 800,00 x 100 x 60% = 52,62 pkt	do 30 min = 40 pkt	92,62 pkt
3.	Faster Wash Spółka z o.o.	41 040,00 / 49 380,00 x 100 x 60% = 49,87 pkt	do 30 min = 40 pkt	89,87 pkt

Część IV

Numer oferty w kolejności przyznanych punktów	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Punktacja ofert: Liczba punktów w kryterium cena / 60,00 pkt C min = 31 500,00 zł	Punktacja ofert: Liczba punktów w kryterium czas podstawienia pojazdu zastępczego w minutach, w razie awarii pojazdu od wystąpienia awarii / 40,00 pkt CzPnaj. = do 30 min.	Razem
1	2	3	4	5
1.	ALL-MIT Automobile A.F.	31 500,00 / 31 500,00 x 100 x 60% = 60 pkt	do 30 min = 40 pkt	100 pkt
2.	Lena Beauty M.K.	31 500,00 / 32 310,00 x 100 x 60% = 58,50 pkt	do 30 min = 40 pkt	98,50 pkt
3.	Faster Wash Spółka z o.o.	31 500,00 / 35 160,00 x 100 x 60% = 53,75 pkt	do 30 min = 40 pkt	93,75 pkt

Część V

Numer oferty w kolejności przyznanych punktów	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Punktacja ofert		
		Liczba punktów w kryterium cena / 60,00 pkt C min = 30 540,00 zł	Liczba punktów w kryterium czas podstawienia pojazdu zastępczego w minutach, w razie awarii pojazdu od wystąpienia awarii / 40,00 pkt CzPnaj. = do 30 min.	Razem
1	2	3	4	5
1.	ALL-MIT Automobile A.F.	30 540,00 / 30 540,00 x 100 x 60% = 60 pkt	do 30 min = 40 pkt	100 pkt
2.	Lena Beauty M.K.	30 540,00 / 31 080,00 x 100 x 60% = 58,96 pkt	do 30 min = 40 pkt	98,96 pkt
3.	Faster Wash Spółka z o.o.	30 540,00 / 35 640,00 x 100 x 60% = 51,41 pkt	do 30 min = 40 pkt	91,41 pkt

Ponadto w częściach 1-5 na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzucono ofertę firmy:

Przewozy krajowe i zagraniczne osób s.c. B. C. K. C. ul. Makowska 108 06-300 Przasnysz	Część I - 48 822,00 PLN Część II - 32 262,00 PLN Część III - 32 436,00 PLN Część IV - 32 598,00 PLN Część V - 38 220,00 PLN

Izba ustaliła, że wykonawca ALL MIT Automobile A.F. (dalej „Przystępujący") w złożonej

ofercie - Formularz ofertowy - wskazał, że cena usługi sprawowania opieki wynosi brutto 10 zł. x 6m, co daje łącznie kwotę 60 zł brutto w okresie wykonywania usługi.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej w zakresie wyjaśnienia, czy cena usługi sprawowania opieki podczas przewozu, stanowiąca część ceny oferty, obejmuje koszt realizacji przedmiotu zamówienia wymagany w Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej „SWZ", w zakresie sprawowania opieki podczas przewozu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy, w szczególności wszystkie koszty Wykonawcy związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie opieki podczas przewozu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał, że w formularzu ofertowym Zamawiający żądał podania następującej informacji:

„Cena usługi sprawowania opieki podczas przewozu miesięcznie....., tj. cena opieki w całym

okresie realizacji przedmiotu zamówienia.....” Podanie wyżej wskazanej informacji nie było

wymagane przez Zamawiającego nigdzie indziej, jak tylko w formularzu ofertowym. Ponadto, Zamawiający w treści SWZ i załączników do niej, nie wskazał, że opiekunowie mają być również zatrudnieni na umowę o pracę. Dalej, Zamawiający w żaden sposób nie punktował opieki tj. nie stawiał w tym zakresie warunków, ani kryteriów ocen. Wykonawca wskazał, że w związku z powyższym uznać należy, iż żądane przez Zamawiającego od Wykonawców dane mają jedynie charakter informacyjny, tj. nie są wykorzystywane przez Zamawiającego w innym celu. Jednocześnie Przystępujący podkreślił, że Zamawiający zapytał się o cenę usługi sprawowania opieki podczas przewozu miesięcznie, a nie o koszty takiej usługi. Są to dwie różne kwestie. Innymi słowy, Zamawiający zapytał się jaka kwota do zapłaty jest za nabycie usługi opieki. Wykonawca wyjaśnia, że dla Zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania cena za usługę wyniesie 10 zł brutto miesięcznie. Osoba, która będzie skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia jest zatrudniona u Wykonawcy na podstawie umowy o pracę i z tego tytułu otrzymuje minimalne ustawowe wynagrodzenie za pracę. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że opieka nad dziećmi w trakcie realizacji niniejszego zamówienia będzie/jest jednym z wielu obowiązków tego pracownika, gdyż dziennie usługa ta zajmuje 2 godziny. Przez pozostały czas pracy, osoba sprawująca opiekę, pozostaje do dyspozycji Wykonawcy i wykonuje szereg innych zleconych czynności takich jak np. sprzątanie i czyszczenie autobusów, obsługa kas biletowych, czynności administracyjno-biurowe. Dlatego też, nie jest tak, że wynagrodzenie opiekuna będzie pochodziło wyłącznie z wynagrodzenia jakie otrzyma Wykonawca od Zamawiającego za realizację niniejszego zamówienia. Przystępujący wskazał, że żądane przez Zamawiającego dane mają charakter jedynie informacyjny i wątpliwości Zamawiającego co do podanej kwoty, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy, jeżeli Zamawiający de facto nie stawiał żadnych wymagań co do sposobu zatrudnienia opiekuna lub kryteriów oceny ofert.

Ponadto Izba ustaliła, że pismem z dnia 6 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, polegającej na błędnym wyliczeniu kwoty podanej w formularzu ofertowym w punkcie 3 cena oferty, w której nie uwzględniono ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XV SWZ — ust. 2: Cena ofertowa stanowi sumę wartości brutto ceny usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne w okresie 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r. — tj. 6 m-cy oraz ceny usługi sprawowania opieki podczas przewozu w okresie 6 miesięcy. Powyższy błąd rachunkowy występuje we wszystkich częściach zamówienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W części 1, 4 oraz 5 za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę oraz w przypadku, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Należy dalej wskazać, że zgodnie z 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.

W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz z uwagi na niezgodność oferty Przystępującego z postanowieniami SWZ. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów. Odnosząc się w pierwszej kolejności, do zarzutu niezgodność oferty Przystępującego z postanowieniami SWZ, Izba wskazuje, że Odwołujący pominął w swoich rozważaniach istotną czynność jaka została dokonana przez

Zamawiającego w dniu 6 grudnia 2021 r. tj. poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego. Wykonawca bowiem we wszystkich częściach zamówienia błędnie wyliczył cenę całkowitą za realizację zamówienia, nie uwzględniając w wartości końcowej ceny za sprawowanie opieki. Cena wykonanie usługi opieki została wskazana przez wykonawcę w formularzu oferty, zaś czynność Zamawiającego dokonana w dniu 6 grudnia 2021 r. sprowadzała się wyłącznie do matematycznego przeliczenia ceny brutto za realizację zamówienia, z uwzględnieniem ceny za usługę opieki wskazanej przez wykonawcę w formularzu oferty. Zdaniem Izby takie działanie było zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność ze SWZ. Wykonawca określił w sposób wymagany przez Zamawiającego w SWZ cenę za usługę przewozu i oraz za usługę opieki. Błąd rachunkowy był błędem, który podlega konwalidacji, zgodnie z art. 233 ustawy Pzp, co Zamawiający prawidłowo uczynił. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten również nie potwierdził się w okolicznościach omawianej sprawy. Należy wskazać, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że Przystępujący w sposób niewystarczający wyjaśnił sposób wyliczenia kosztów związanych z usługą opieki, koszty te zostały przez wykonawcę w sposób nieuprawiony zaniżony, a w konsekwencji, cena zaoferowana za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską. W swojej argumentacji jednak, Odwołujący pomija szereg okoliczności, które mają zasadnicze znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał zatrudnienia osób sprawujących opiekę na podstawie umowy o pracę. Co więcej, z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, że Zamawiający wymagał oddelegowania do wykonywania tego zakresu usługi konkretnej osoby/osób i uwzględnienia kosztów ich zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w kosztach realizacji zamówienia. Zamawiający wyłącznie wskazał w Załączniku nr 7 do SWZ zakres obowiązków nałożonych na opiekuna oraz sposób ich wykonywania. Takie ukształtowanie zapisów SWZ powoduje, że wykonawcy mieli pełną swobodę w określeniu zasad rozliczenia kosztów zaangażowania osób, które będą wykonywać usługę opieki. Tym samym za prawidłowe należy uznać oświadczenie Przystępującego, że opieka będzie jedną z czynności wykonywanych przez pracownika wykonawcy zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w ramach przedsiębiorstwa wykonawcy. Nie jest to osoba oddelegowana wyłącznie do wykonywania usługi opieki. Wykonawca wyjaśnił, że usługa opieki zajmuje około 2h dziennie, a przez pozostały czas pracy, osoba taka pozostaje w dyspozycji wykonawcy i wykonuje szereg innych zleconych czynności. Zdaniem Izby, takie wyjaśnienia uznać należy za prawidłowe. Izba bowiem zauważa, że skoro Zamawiający nie wymagał oddelegowania konkretnej osoby do realizacji usługi opieki, to jest naturalnym i oczywistym, że czynność ta może być wykonywana przez pracownika wykonawcy w ramach stosunku pracy. Nie sposób zaś wymagać od Przystępującego, aby wyceniał poszczególne czynności wykonywane przez pracownika w ramach łączącego go z wykonawcą stosunku pracy, jak zdaje się sugerować Odwołujący. W ocenie Izby w świetle postanowień SWZ, Zamawiający nie narzucił żadnych ograniczeń/wymagań co do wyceny usługi opieki. Wykonawcy w tym zakresie sami decydowali w jaki sposób usługa ta będzie wykonywana pod względem rozliczenia kosztów. Przystępujący wyjaśnił w złożonych dokumentach, że usługa ta będzie jednym z obowiązków jego pracownika, zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, który będzie otrzymywał co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę za całość pracy jaką świadczył na rzecz wykonawcy. Zdaniem Izby, w świetle wymagań Zamawiającego, takie wyjaśnienia uznać należy za wystarczające. Odwołujący w swojej argumentacji dąży do wykazania, że obowiązkiem Przystępującego było uwzględnienie w cenie opieki co najmniej kosztów minimalnego wynagrodzenia za godzinę pracy. Zdaniem Izby taki wniosek uznać należy za błędny, gdyż Zamawiający nie przewidział w SWZ obowiązku zatrudnienia konkretniej wskazanej osoby wyłącznie do wykonywania usługi opieki. Jak Izba wskazała powyżej, brak wprowadzenia przez Zamawiającego regulacji dotyczących zasad zatrudnienia opiekunów, skutkował tym, że wykonawcy mogli przyjąć wybrany przez siebie model wykonania takiej usługi. Ten zaś przyjęty przez Przystępującego nie świadczy ani o rażąco niskiej cenie przyjętej przez wykonawcę za realizację zamówienia, ani o sprzeczności z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Ponadto, nie jest również zasadny argument Odwołującego, że Zamawiający wymagał zatrudnienia opiekuna na podstawie umowy o pracę. Przywołane przez Odwołującego w treści odwołania postanowienia ze wzoru umowy nie dotyczą takiego obowiązku, a stanowią generalne postanowienia umowne o przestrzeganiu przepisów kodeksu pracy co do minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy charakter wykonywanych czynności uzasadniają takie zatrudnienie. W przywołanych postanowieniach nie ma żadnego odesłania do opiekunów.

Po drugie, nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Przystępujący celowo zaniżył koszty opieki, a tym samym koszty realizacji zamówienia w celu uzyskania zamówienia. Izba podkreśla, że cena usługi opieki nie stanowiła kryterium oceny ofert, wykonawcy nie uzyskiwali dodatkowych punktów za wycenę tej części zamówienia. Ocenie podlegała cena globalna za realizację zamówienia, a w tym zakresie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną nierealną i nierynkową. Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał również, iż usługa opieki stanowi istotną część składową wyceny przedmiotu zamówienia. Samo wyszczególnienie tej usługi w formularzu oferty nie przesądza automatycznie o tym, iż stanowi ona istotną część składową przedmiotu zamówienia. Izba w tym zakresie uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż wyszczególnienie usługi wynikało z faktu, że do zakupu biletów miesięcznych zastosowanie ma art. 5a ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniu do ulgowych przejazdów środkami transportu publicznego (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 295 ze zm.) w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2022 r. i przyjęte opis przedmiotu zamówienia i wydzielenie usługi opieki miało na celu usprawnienie wykonawcom rozliczenia ulg zgodnie z ustawą. Ponadto, przeciwko uznaniu ceny za opiekę za istotną część składową przedmiotu zamówienia przemawia okoliczność, iż wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za wykonanie usługi przewozu, której elementem uzupełniającym jest usługa opieki, niebędąca osobną pozycją w wynagrodzeniu wykonawcy. Innymi słowy, wykonawca nie otrzymuje od Zamawiającego osobnego wynagrodzenia za usługę opieki na podstawie cen wskazanych w formularzu cenowym, a wyłącznie cenę za wykonanie usługi przewóz, uwzględniającej usługę opieki. Izba wskazuje również, że argument Odwołującego o rzekomym przerzuceniu kosztów w formularzu oferty jest również niezasadny. Odwołujący nie wykazał po pierwsze w jaki sposób i jakie koszty, w jakiej wysokości zostały rzekomo przerzucone przez Przystępującego. Po drugie, takie porzucanie kosztów nie ma znaczenia dla płatności, gdyż wykonawca otrzymuje wynagrodzenia za wykonanie przewozu, z uwzględnieniem opieki. Nie ma zatem osobnych dwóch płatności za usługę przewozu i usługę opieki.

Zdaniem Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy nie doszło to naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, że cena zaproponowana przez Przystępującego za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską. Uznanie ceny Przystępującego za rażąco niską wyłącznie poprzez pryzmat wyceny jednej pozycji, nieistotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia - biorąc pod uwagę brak postanowień SWZ regulujących zasady wykonywania opieki i wyceny tej części usługi - byłoby zdaniem Izby nieuzasadnione. Przystępujący wykazał w treści złożonych wyjaśnień w jaki sposób zamierza wykonać usługę opieki i w jaki sposób osoba wykonujące te czynności będzie wynagradzana. Izba podkreśla, że na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie może żądać i nakładać na wykonawców, jak chciałby obecnie Odwołujący, określonych obowiązków co do wyceny kosztów usługi skoro zaniechał ich wprowadzenia w SWZ. Odmienny zaś sposób wyceny przyjęty przez Odwołującego nie świadczy o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez Przystępującego za realizację zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

.

Przewodniczący: .....