

Sygn. akt: KIO 64/23

WYROK

z dnia 25 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 20 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę REWIZOR sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Tarnów - Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie

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

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę REWIZOR sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną 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 (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 64/23

Uzasadnienie

Gmina Miasta Tarnowa — Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, pn. „Wykonywanie usług polegających na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i kartetów)”, nr postępowania: ZDiK.DZ.271.61.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod numerem 2022/BZP 00483183/01 z dnia 2022-12-08.

Wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu naruszających ustawę Pzp w toku postępowania, a to:

- a) wyboru oferty CPW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Abpa A. Baraniaka 88B; 61-131 Poznań), dalej jako „CPW”, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, o której Zamawiający poinformował pismem z dnia 2 stycznia 2023 r.,
- b) nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2022 r. złożonych przez CPW w zakresie ceny oferty,
- c) zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty CPW jako zawierającej rażąco niską cenę/koszt (w stosunku do przedmiotu zamówienia),
- d) względnie, z ostrożności, zaniechania przez Zamawiającego wezwania CPW do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty,

w dniu 9 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Rewizor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 16 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5, ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez wybór oferty CPW jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sytuacji, w której oferta ta jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt winna być odrzucona, co stanowi naruszenie reguł wyboru wykonawcy w procedurze zamówieniowej, a dodatkowo, narusza zasadę poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego;
- 2) art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 oraz ust. 6 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień

CPW z dnia 22 grudnia 2022 r. i przyjęcie, że

podmiot ten wykazał, że zaoferowana przezeń cena lub koszt/ich istotne części składowe nie nosi znamion rażąco niskiej, podczas gdy w rzeczywistości wyjaśnienia te dowodziły nieuwzględnienia zasad wykonywania zamówienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentacją zamówienia w Postępowaniu (nieuwzględnienia wszystkich kosztów realizacji zamówienia), a ponadto, nie stanowiły wypełnienia przez CPW obowiązku należytego wykazania Zamawiającemu braku rażącego zaniżenia ceny/kosztu/ich istotnych części składowych, co winno było skutkować odmienią oceną Zamawiającego i przyjęciem, że cena ofertowa/koszt CPW jest w istocie rażąco niska (a zatem winna być odrzucona, nie być wybrana jako najkorzystniejsza), co dodatkowo stanowi naruszenie reguł wyboru wykonawcy w procedurze zamówieniowej i narusza zasadę poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego;

3) art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 oraz ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPW jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, podczas gdy wyjaśnienia złożone przez CPW dowodzą nieuwzględnienia przez ten podmiot przy określaniu ceny ofertowej wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym nie uwzględniają wymogu ciągłego wykonywania usługi kontroli (implikującego obowiązek uwzględnienia kosztów zatrudnienia osób na więcej niż dwa etaty, ale również kosztów pracy w porze nocnej, iedzielei święta), co powoduje niemożność należytego wykonania

zamówienia, zgodnie z dokumentacją Postępowania, w zamian za wynagrodzenie zaoferowane przez CPW;

4) z ostrożności — na wypadek nieuwzględnienia zarzutów powyższych dotyczących obowiązku odrzucenia oferty CPW już na podstawie złożonych wyjaśnień - art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 PZP oraz art. 16 PZP poprzez zaniechanie ponownego, dodatkowego wezwania CPW przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny ofertowej pod kątem jej rażącego zaniżenia/zaniżenia kosztu/ich istotnych części składowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty CPW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) odrzucenie oferty CPW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w oparciu o art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - jako zawierającej rażąco niską cenę/koszt (w stosunku do przedmiotu zamówienia),
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (w aktach Postępowania), a w szczególności dokumentów wskazanych poniżej, jak również dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu (i doń załączonych), na okoliczności wynikające z Jego uzasadnienia.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Uzasadnienie odwołania

W zakresie stanu faktycznego Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą „Wykonywanie usług polegających na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i karnetów)”, nr postępowania: ZDiK.DZ.271.61.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 grudnia 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00483183/01.

Dalej Odwołujący podał, że Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający przedstawił w Załączniku nr 1 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia — dalej „OPZ”). W §1 ust. 2 wskazano, że „ustala się 12 okresów rozliczeniowych w trakcie obowiązywania umowy: 1) pierwszy okres rozliczeniowy obejmuje 30 dni od dnia zawarcia umowy, 2) kolejne (tj. drugi, trzeci, czwarty, piąty, szósty, siódmy, ósmy, dziewiąty, dziesiąty oraz jedenasty) okresy rozliczeniowe obejmują 30 dni od dnia następnego PO zakończeniu poprzedniego okresu rozliczeniowego, 3) dwunasty okres rozliczeniowy obejmuje okres od dnia następnego po zakończeniu jedenastego okresu rozliczeniowego i trwa do upływu okresu, o którym mowa w § 12 Projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SWZ)”. Z kolei ust. 3 stanowi, że: „Kontrole w każdym okresie rozliczeniowym mają być wykonane: 1) we wszystkie dni robocze oraz soboty, niedziele i inne dni świąteczne, 2) w godzinach kursowania autobusów, w sposób ciągły i systematyczny, ze szczególnym uwzględnieniem godzin szczytu przewozowego, Zamawiający zdefiniował przedziały doby, w których będzie weryfikował wykonane kontrole tj. od 3:35 do 6:00, od 6:01 do 19:59 i od 20:00 do 3:34, 3) na wszystkich liniach komunikacyjnych komunikacji miejskiej w Tarnowie.” Dodatkowo, Zamawiający w § 2 ust. 2 pkt 7 OPZ wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do: „po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego przesyłania zestawień (w formie elektronicznej w formacie PDF i XLS(X) — tabel, wykresów itp.) wykonanych kontroli ze szczególnym uwzględnieniem ilości wykonanych kontroli: a) w podziale na typy dni (robocze, soboty, świąteczne), b) w podziale na poszczególne dni miesiąca, c) w podziale na poszczególne linie komunikacyjne, d) w przedziałach czasowych stopniowanych co 1 godzinę, e) ilości wystawionych wezwań do zapłaty.”

Odwołujący ocenił, że z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymaga od wykonawcy wykonywania zamówienia w sposób ciągły — a zatem 24 godziny na dobę. 4

Wykonawca obowiązany jest przeprowadzać kontrole przez 365 dni w roku (dni robocze, soboty, niedziele i święta), w sposób ciągły, przez całą dobę (o czym świadczą choćby obejmujące całą dobę wskazane przez Zamawiającego przedziały doby, w których będzie dokonywał weryfikacji wykonywanych kontroli - „od 3:35 do 6:00, od 6:01 do 19:59 i od 20:00 do 3:34”).

Jednocześnie, Odwołujący nadmieniał, że w pkt 4 ppkt 5 SWZ Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zatrudnienia kontrolerów na umowę o pracę — „Zamawiający na podstawie art. 95 Pzp wymaga, aby w okresie realizacji umowy, osoby wykonujące czynności związane z realizacją przedmiotu umowy polegające na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i karneatów) zatrudnione były na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Postanowienia dotyczące sposobu weryfikacji zatrudnienia ww. osób przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań zawarte są w projektowanych postanowieniach umowy, które stanowią załącznik nr 2 do SWZ.” Z kolei, w pkt 16 ppkt 2 i 3 SWZ Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek objęcia ceną ofertową wszystkich czynności uznawanych przez wykonawcę jako niezbędne do prawidłowego wykonania pełnego zakresu zamówienia, a także uwzględnienia przy określaniu ceny danych zawartych w załączniku nr 1 do SWZ i projektowanych postanowieniach umownych stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert (pkt 17 ppkt 5 SWZ): 1) Cenę (stawka brutto) za wykonanie przedmiotu zamówienia — z wagą 60 %; 2) Ilość wykonanej kontroli w skali miesiąca — z wagą 30 %; 3) posiadanie „Systemu” — z wagą 10 %.

Odwołujący podał, że dwa podmioty złożyły oferty w Postępowaniu: Odwołujący oraz CPW. Oferenci zaoferowali te same parametry w dwóch ostatnich kryteriach oceny ofert (zadeklarowali ponad 1900 kontroli w skali miesiąca oraz potwierdzili posiadanie „Systemu”), natomiast w zakresie ceny CPW zaoferowało kwotę 251 844,00 zł brutto, zaś Odwołujący kwotę 574 164,00 zł brutto. Różnica w cenie wyniosła zatem ponad 100 %. Oferta CPW jako oferta z najwyższą liczbą punktów - została zakwalifikowana jako pierwsza na liście rankingowej. Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2022 r. wezwał CPW na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień wskazanych w art. 224 ust. 1 Pzp, „w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez 5

wykonawcę; zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.”

Odwołujący podkreślił, że wezwanie było jak najbardziej uzasadnione — oferta CPW była o ponad 100 % niższa od oferty Odwołującego (nie wspominając już o ustawowym progu 30 % obligującym do uruchomienia procedury badania rażąco niskiej ceny/kosztu/ich istotnych części składowych).

CPW złożyło pismem z dnia 22 grudnia 2022 r. wyjaśnienia w sprawie ceny, które w ocenie Odwołującego dowodziły, że podmiot ten nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co winno prowadzić nie do wyboru oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej w Postępowaniu na podstawie art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP a do odrzucenia oferty tego podmiotu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odwołujący wskazał, że CPW powołało się w swoich wyjaśnieniach w pierwszej kolejności na posiadany, autorski system umożliwiający m.in. przeprowadzanie częstszych kontroli niż konkurencja, jak i posiadający możliwość „maksymalnej optymalizacji czasu pracy zatrudnianych kontrolerów (czas netto, czas brutto), co pozwala na precyzyjne określenie liczby potrzebnych etatów do wykonania danej ilości kontroli”. CPW podkreśliło również, że ponosi stosunkowo niskie koszty stałe, m.in. obsługi kadrowej, biura, zakupu materiałów itp., jak i że stałe koszty obsługi kadrowej w Tarnowie nie zmieniają się (nie wzrastają — „Spółka już bowiem zatrudnia 5-ciu kontrolerów w Tarnowie”). CPW podkreśliło m.in., że przyjęła minimalne wynagrodzenie za 2023 r. przy ustalaniu kosztów zatrudnienia pracowników, jak i że według wyliczeń CPW „wystarczy 5 kontrolerów zatrudnionych na dwóch etatach by przeprowadzić wymagane kontrole. Tym samym miesięczny koszt zatrudnienia kontrolerów na podstawie umów o pracę wynosi 8.409,5 zł. Spółka do tej pory do wykonania 1.900 kontroli miesięcznie w Tarnowie angażowała 5 kontrolerów na łącznie 2 etaty. W każdym miesiącu wykonana liczba kontroli była wyższa niż wymagana umową zawartą z Zamawiającym (...) Kontrolerzy wykonują średnio ponad 7,3 kontroli na godzinę (...) Tym samym, do wykonania kontroli w ilości 1900 Spółka potrzebuje średnio 261 godzin (1900 kontroli/7,3 kontroli na godzinę = 261 godzin), co w przeliczeniu daje 1,55 etatu (261 / 168 h 1,55). Spółka licząc urlopy oraz ewentualne chorobowe przyjęła w kalkulacji 2 etaty. Jako że pracownicy będą zatrudnieni w wymiarze % lub 1/4 etatu, Spółka nie ma obowiązku udzielenia im przerwy od świadczenia pracy, ani zapewnienia lokalu, w którym mogliby udać się na przerwę, nie poniesie więc w tym zakresie żadnych dodatkowych kosztów. 6

Miesięczna kalkulacja kosztów Spółki kształtuje się następująco (w kwotach brutto): 1) koszty wynagrodzeń kontrolerów zatrudnionych na umowę o pracę 8.409, 5 zł (...) Podkreślić należy, że jest to kwota przeszacowana, gdyż jak wynika z powyższej kalkulacji Spółka do wykonania wskazanej ilości kontroli mogłaby zatrudnić kontrolerów jedynie na 1,55 etatu”.

Odwołujący wskazał również, że CPW pokreśliło, że na kalkulację składają się proporcjonalne koszty wynagrodzeń pracowników biura — 2600 zł, koszty

telekomunikacyjne — 80 zł, proporcjonalne koszty wysyłki korespondencji — 325 zł, proporcjonalny koszt obsługi księgowej — 150 zł, usługi informatyczne — 200 zł, zakup sprzętu — 800 zł. Wskazało, że miesięczny zysk z realizacji umowy wyniesie 8.402,50 zł brutto. CPW wskazało również, że Odwołujący w niniejszym postępowaniu zaoferował kwotę 574.164,00 zł wykonanie 1900 kontroli, zaś w mieście Koszalin za wykonanie 3000 kontroli wynagrodzenie w wysokości 259.480,80 zł, czyli 314.683,20 zł mniej, co w ocenie CPW oznacza, że niewykluczone jest, iż wynagrodzenie zaproponowane przez Odwołującego w postępowaniu jest znacznie zawyżone.

Odwołujący podał, że Zamawiający uznał ww. wyjaśnienia za wystarczające i pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. dokonał wyboru oferty CPW jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Przedstawiając uzasadnienie prawne odwołania, w zakresie zarzutów naruszenia wskazanych w pkt 1-3 petitum, Odwołujący podkreślił że w jego ocenie Zamawiający naruszył przepisy wskazane w petitum odwołania doprowadzając do wyboru oferty CPW jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. W rzeczywistości oferta ta winna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę/koszt (wyjaśnienia CPW winny były być uznane za nieobalające domniemania rażącego zaniżenia ceny/kosztu/ich istotnych części składowych, jakie powstało przy dysproporcji cenowej między ofertami w Postępowaniu, a tak naprawdę za potwierdzające rażące zaniżenie ceny/kosztu przez CPW).

Odwołujący przywołał brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp a także, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że cena prawidłowo skonstruowana to cena, która uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jak i umożliwiającą wykonawcy osiągnięcie zysku. Prawidłowo skonstruowana cena nie może nie uwzględniać wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania. Oznacza to, że CPW winno było uwzględnić w cenie oferty wszystkie elementy składające się na należyte wykonywanie zamówienia objętego Postępowaniem/zgodne z dokumentacją Postępowania. Zamawiający w prowadzonym Postępowaniu przewidział jedynie jedno źródło osiągania wynagrodzenia — jednoskładnikowe wynagrodzenie otrzymywane od Zamawiającego. W przeciwieństwie do postępowania, na które CPW powołał się w swoich wyjaśnieniach — prowadzonego przez MZK sp. z o.o. w Koszalinie, w ramach którego oprócz wynagrodzenia wynikającego z oferty 7

wykonawca otrzymywał 100 % z opłat dodatkowych (co czyni porównania ceny ofertowej zaoferowanej przez Odwołującego w Postępowaniu i w postępowaniu w Koszalinie całkowicie niekompatybilnymi. Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ Zamawiający oczekuje od wykonawcy zamówienia objętego Postępowaniem świadczenia usług w sposób ciągły, siedem dni w tygodniu, również w soboty, niedziele i święta, na wszystkich liniach. Czynności kontrolerskie muszą być zatem wykonywane 24 godziny na dobę. Co więcej, zgodnie z 1 ust. 5 OPZ na liniach komunikacyjnych dany kontroler lub zespół kontrolerów może przeprowadzić tylko 1 kontrolę na poszczególnym kursie. Jednocześnie, Zamawiający wymaga zatrudnienia kontrolerów na umowę o pracę. Powyższe okoliczności, w tym wymóg wykonywania czynności kontrolerskich przez wszystkie dni w roku w sposób ciągły implikują konieczność zapewnienia przez wykonawcę osób odbywających kontrolę przez 744 roboczo-godziny miesięcznie (24 godziny dziennie x 31 dni średnio w miesiącu daje łącznie 744 godziny). Biorąc pod uwagę liczbę godzin pracy w ramach pełnego etatu (168 godzin — średnia miesięczna liczba godzin na etacie) wymagana liczba etatów wynosi zatem 4,428 - w przybliżeniu 4,43 etatu. Z kolei

uwzględniając choćby obligatoryjne urlopy, statystyczne absencje, szkolenia, do wykonania zamówienia niezbędne byłoby zatrudnienie kontrolerów na 5 etatów. Odwołujący podkreślił, że CPW w złożonych wyjaśnieniach przyjęło, że wystarczające jest zatrudnienie 5 osób jedynie na 2 etaty, albowiem wystarczające będzie wykonywanie czynności kontrolerskich w miesiącu przez 261 godzin w miesiącu. W ocenie Odwołującego stanowisko CPW jest błędne. Lektura wyjaśnień CPW skłania do wniosku, że podmiot ten swoją uwagę objął jedynie wymóg przeprowadzenia minimalnej liczby kontroli, jaką zaoferował w ofercie, i pod ten parametr skalkulował liczbę godzin pracy (liczbę wymaganych etatów). CPW tymczasem pominęło, że na cenę oferty winien wpływać obowiązek całodobowego kontrolowania biletów. Zwiększa on bowiem znacznie liczbę roboczo-godzin niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z OPZ. Wymaganie ciągłego wykonywania kontroli powoduje, że nie sposób jest wykonać zamówienia jedynie w trakcie 261 godzin w miesiącu — konieczne jest jego wykonywanie przez 744 godziny w miesiącu. To oznacza, że niewystarczające będą dwa etaty przewidziane przez CPW w cenie kontraktowej (wskazywane przez CPW wykonywanie czynności przez 261 godzin w miesiącu nie jest możliwe, skoro Zamawiający wymaga ciągłego, stałego wykonywania czynności kontrolerskich każdego dnia, a nadto, w ramach jednego kursu na linii może być wykonana jedynie jedna kontrola). Stanowisko CPW mogłoby być potencjalnie rozważane jako uzasadnione jedynie w przypadku, w którym Zamawiający wymagałby w miesiącu tylko i wyłącznie osiągnięcia jednego parametru w postaci minimalnej liczby kontroli, jakie mają być przeprowadzone (w tej sytuacji wykonawca mógłby zintensyfikować czynności kontroli w krótszym czasie/w krótszym odcinku czasowym, co wpłynęłoby na możliwość zmniejszenia liczby etatów). Niemniej, w niniejszym przypadku Zamawiający wymaga przeprowadzania kontroli każdego dnia w roku, w sposób 8

ciągły, a zatem przez 24 godziny na dobę (wynika to wprost ze wspomnianego już § ust. 2 i 3 czy też § 2 ust. 2 pkt 7 Załącznika nr 1 do SWZ — OPZ). A to oznacza, że wykonawca zobligowany jest do zatrudnienia osób w takim wymiarze, aby pokrywał wykonywanie czynności kontrolerskich bez przerw — w sposób ciągły. W konsekwencji wymaga to min. 4,43 etatu, a wziąwszy pod uwagę choćby urlopy czy statystyczne absencje, 5 etatów. Oczywiście jest zatem, że założenie przez CPW konieczności zatrudnienia 5 osób łącznie tylko na dwa etaty nie jest prawidłowe i uzasadnia zarzuty wskazane w petitum odwołania. Odwołujący wskazał, że co więcej, miesięczny koszt wynagrodzenia jednego

pracownika (wraz z PPK) wynosi minimalnie 4.257,10 zł, zaś od 1 lipca br. 4.391,28 zł. W konsekwencji, miesięczny koszt zatrudnienia 5 osób wynosi 21.285,50 zł - przez pierwsze 6 miesięcy 2023 r., zaś od 1 lipca br. 21.956,40 zł. W rezultacie, minimalny roczny koszt wynagrodzeń wynosi 255.426.00 zł (od lipca br. 263.476.80 zł (dla porównania — całkowite wynagrodzenie, jakie zaoferował CPW w ofercie wynosi 251 844.00 zł brutto). Oczywiście, kwota ta winna być podwyższona m.in. o koszt szkoleń wewnętrznych, badań, BHP, ZFŚS, wynagrodzenia m pracę w godzinach nocnych, pracę w niedziele i święta, ewentualne koszty posiłków profilaktycznych, koszt obsługi kadrowej od każdego pracownika (który na rynku oscyluje na poziomie ok. 50 zł miesięcznie za pracownika zatrudnionego w oparciu o umowę o pracę).

O ocenie Odwołującego powyższe oznaczało, że nie dość, że CPW uwzględniło w swojej kalkulacji zbyt małą liczbę etatów, to zauważyć należy dodatkowo, że CPW nie uwzględniło w swojej kalkulacji także kosztów związanych z koniecznością pracy kontrolerów w porze nocnej, niedziele i święta (zwiększonego wynagrodzenia z tego tytułu).

W ocenie Odwołującego problematyczne byłoby znalezienie osób, które podjęłyby się wykonywania czynności kontrolerskich za minimalne wynagrodzenie, biorąc pod uwagę stawiane przez Zamawiającego wymagania (m.in. niekaralność, znajomość regulaminów itp.). Odwołujący przyjął w konsekwencji wyższe wynagrodzenie (obejmujące premie) przy określaniu swojej ceny ofertowej.

W świetle powyższego, Odwołujący skonstatował, że konieczne jest przyjęcie, że cena zaproponowana przez CPW (koszt, ich istotne części składowe) jest rażąco zaniżona — nie uwzględnia ona wszystkich kosztów wykonania zamówienia i nie pozwoli ona na pokrycie kosztów realizacji zamówienia w zgodzie z OPZ oraz osiągnięcie zysku. Zaproponowana przez CPW kwota 251 844,00 zł brutto nie pozwoli pokryć nawet samych kosztów

utrudnienia osób niezbędnych do wykonywania zamówienia zgodnie z dokumentacją Postępowania.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do wniosku, że CPW nie uwzględniło kosztów zapewnienia kolejnych trzech etatów niezbędnych do wykonania zamówienia, co czyni cenę CPW/koszt rażąco zaniżoną. Nie jest ona w stanie pokryć kosztów "konania zamówienia zgodnie z OPZ oraz uniemożliwia osiągnięcie zysku przez CPW. Na marginesie, koszty

wynagrodzenia za dwa etaty wyliczone przez CPW nie uwzględniają kosztów wynagrodzenia choćby w porze nocnej, niedziele i święta.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że dokumenty przedłożone przez CPW do wyjaśnień nie są kompatybilne z tymi wyjaśnieniami. CPW wskazało, że poszczególne koszty są proporcjonalnymi kosztami, uwzględniającymi „10 miast”. CPW w żaden sposób nie wykazało, z jakiego powodu koszty te mają być dzielone na jakiegokolwiek „miasta”, nie wskazało tych miast, jak i nie udowodniło zasadności dzielenia kosztów wynikających z dokumentów wobec aż 10 niezidentyfikowanych miast. CPW nie przedstawiło nawet twierdzeń dotyczących tego, jakie umowy ma zawarte, w jakim okresie obowiązują i z jakiego powodu przedstawione koszty miałyby być proporcjonalnie dzielone na te umowy, nie wspominając już o szczegółach w tym zakresie. CPW nie przedstawiło w tym zakresie zarówno twierdzeń, jak i jakichkolwiek dowodów.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważył, że CPW nie uwzględniło w swoich wyjaśnieniach jednego z kosztów realizacji zamówienia w postaci kosztów przyjmowania płatności kartą od e-service lub innego operatora płatności. Niewątpliwie wykonawca winien umożliwić przyjmowanie płatności w ten sposób. Tymczasem CPW nie wskazało tego kosztu jako kosztu uwzględnionego przy określaniu ceny ofertowej. W ocenie Odwołującego koszt ten wynosi ok. 30 miesięcznie, niemniej dodatkowym kosztem jest w tym zakresie również prowizja. Stanowi to kolejny argument potwierdzający tezę, że CPW nie uwzględniło wszystkich kosztów wykonania zamówienia w ofercie, co implikuje rażące zaniżenie ceny ofertowej/kosztu, uzasadniające odrzucenie oferty CPW.

Dalej odwołujący skomentował odniesienie się przez CPW w wyjaśnieniach z dnia 22 grudnia 2022 r. do ceny ofertowej zaoferowanej przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Komunikacji sp. z o.o. w Koszalinie.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że powyższe okoliczności uzasadniają zarzuty wskazane w petitum odwołania. Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 16 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5, ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty CPW jako najkorzystniejszej mimo że podlegała ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę/koszt. Naruszono również art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 oraz ust. 6 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2022 r. i uznanie ich za czyniące zadość wezwaniu. W wyjaśnieniach tych CPW nie uczyniło zadość obowiązkowi wykazania, że cena/koszt jest prawidłowo skalkulowana. Wyjaśnienia te nie tylko nie obaliły domniemania, jakie powstało w związku z zaoferowaniem ceny o ponad 100 % niższej od oferty Odwołującego, ale w istocie

potwierdzały, że kalkulacja CPW nie obejmowała istotnych składników/kosztów realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. CPW nie przedstawiło twierdzeń i dowodów, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, wykazujących prawidłowość skalkulowania ceny/kosztu i brak zaniżenia w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że co więcej, z wyjaśnień tych wynika 10

wprost, że CPW nie uwzględnił znacznej części kosztów realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego (zarówno jeżeli chodzi o liczbę niezbędnych etatów, ale również jeżeli chodzi o konieczność poniesienia kosztów wynagrodzenia m pracę w porze nocnej, niedziele i święta). Wszak Zamawiający nałożył w OPZ obowiązek przeprowadzania kontroli w każdy dzień roku, w tym w niedziele, święta, w sposób ciągły, w tym w porze nocnej. Lektura wyjaśnień nie pozostawia wątpliwości co do tego, że CPW nie uwzględnił tego w swojej kalkulacji. W konsekwencji, Odwołujący ocenił, że uznać

należy, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia jako prawidłowe i wykazujące brak zaniżenia ceny/kosztu. W wyjaśnieniach tych CPW — wbrew ciążącemu na nim obowiązкови — nie przedstawił twierdzeń i dowodów na to, że cena/koszt nie są rażąco zaniżone. Ocena wyjaśnień przeprowadzona przez Zamawiającego w zaistniałych okolicznościach narusza przepisy wskazane w petitum odwołania, w tym podstawowe zasady rządzące prowadzeniem Postępowania (poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). W rzeczywistości wyjaśnienia te należało uznać ze dowodzące tego, że cena/koszt jest rażąco zaniżona i to powinno prowadzić do odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że w tych okolicznościach, Zamawiający w konsekwencji naruszył art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 oraz ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPW z przyczyn określonych powyżej. Każdy z wyżej opisanych przypadków naruszenia był równoznaczny z naruszeniem podstawowych zasad rządzących prowadzeniem Postępowania, w tym prowadzenia go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wszystkie opisane wyżej naruszenia miały niewątpliwie istotny wpływ na wynik Postępowania — gdyby Zamawiający się ich nie dopuścił, z pewnością oferta CPW nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesienie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że z ostrożności, gdyby nie podzielić zasadności ww. zarzutów - na wypadek nieuwzględnienia zarzutów powyższych dotyczących obowiązku odrzucenia oferty CPW już na podstawie złożonych wyjaśnień - w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 5 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania CPW do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Nawet gdyby przyjąć, że na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający nie byłby zobligowany do odrzucenia oferty li tylko na podstawie lektury wyjaśnień, to z pewnością winien był wezwać CPW do dodatkowego wyjaśnienia, chociażby w zakresie rzetelności kalkulacji z perspektywy obowiązku całodobowego świadczenia usług kontroli we wszystkie dni robocze, soboty, niedziele i święta, czy też nieobjęcia kalkulacją kosztów elektronicznych płatności lub choćby zasadności dzielenia kosztów na „miasta”. Odwołujący ocenił, że zaniechanie w tym zakresie należałoby uznać za naruszenie ww. przepisów, mające wpływ na wynik Postępowania (oferta CPW nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu).

W dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania.

W dniu 20 stycznia 2023 r. wykonawca CPW sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca CPW sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej Przystępujący lub CPW). Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z pkt 4.1 i 4.2 SWZ Opis przedmiotu zamówienia - Przedmiotem zamówienia jest: Wykonywanie usług polegających na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i karnetów) (kod CPV: 79313000-1 – Realizacja usług kontrolnych, 79941000-2 – Usługi pobierania opłaty). Szczegółowy zakres zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z pkt 4.5 SWZ Zamawiający ustalił wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp.

Zamawiający na podstawie art. 95 Pzp wymaga, aby w okresie realizacji umowy, osoby wykonujące czynności związane z realizacją przedmiotu umowy polegające na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i karnetów) zatrudnione były na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 35 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Postanowienia dotyczące sposobu weryfikacji zatrudnienia ww. osób przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań zawarte są w projektowanych postanowieniach umowy, które stanowią załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z pkt 6.1 SWZ Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy zawiera załączniki nr 2 do SWZ.

W pkt 16. SWZ Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający ustalił następujące zasady:

- 1) W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ wykonawca podaje cenę w złotych za wykonanie całości zamówienia (wartość brutto w złotych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku).
- 2) W cenie należy ująć wszystkie czynności uznane przez wykonawcę jako niezbędne do prawidłowego wykonania pełnego zakresu zamówienia.
- 3) Przy sporządzaniu oferty wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia danych zawartych w załączniku nr 1 do SWZ i projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

Zamawiający nadał następujące brzmienie § 1 załącznika nr 1 do SWZ – Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia:

Przedmiot umowy

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje wykonywanie usług polegających na kontroli dokumentów przewozu (w tym biletów i karnetów) w ilości co najmniej kontroli w każdym okresie rozliczeniowym, o którym mowa w ust. 2, w autobusach komunikacji miejskiej na liniach komunikacyjnych, dla których organizatorem jest Gmina Miasta Tarnowa niezależnie od tego czy Gmina Miasta Tarnowa wykonuje te zadania z mocy ustawy o publicznym transporcie zbiorowym czy porozumień międzygminnych.
2. Ustala się 12 okresów rozliczeniowych w trakcie obowiązywania umowy:
 - 1) pierwszy okres rozliczeniowy obejmuje 30 dni od dnia zawarcia umowy,
 - 2) kolejne (tj. drugi, trzeci, czwarty, piąty, szósty, siódmy, ósmy, dziewiąty, dziesiąty oraz jedenasty) okresy rozliczeniowe obejmują 30 dni od dnia następnego po zakończeniu poprzedniego okresu rozliczeniowego,
 - 3) dwunasty okres rozliczeniowy obejmuje okres od dnia następnego po zakończeniu jedenastego okresu rozliczeniowego i trwa do upływu okresu, o którym mowa w § 12 Projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SWZ).
3. Kontrole w każdym okresie rozliczeniowym mają być wykonane:
 - 1) we wszystkie dni robocze oraz soboty, niedziele i inne dni świąteczne,
 - 2) w godzinach kursowania autobusów, w sposób ciągły i systematyczny, ze szczególnym uwzględnieniem godzin szczytu przewozowego. Zamawiający zdefiniował przedziały doby, w których będzie weryfikował wykonane kontrole tj. od 3:35 do 6:00, od 6:01 do 19:59 i od 20:00 do 3:34,
 - 3) na wszystkich liniach komunikacyjnych komunikacji miejskiej w Tarnowie.
4. Za prawidłowo wykonaną kontrolę uważa się wejście do autobusu przez kontrolera (lub zespół kontrolerów) i sprawdzenie, czy wszyscy pasażerowie znajdujący się w pojeździe posiadają ważne dokumenty przewozu (bilety, karnety) na przejazd osób, zwierząt lub rzeczy i bagażu lub dokumenty uprawniające do przejazdów ulgowych lub bezpłatnych.
5. Na liniach komunikacyjnych dany kontroler lub zespół kontrolerów może przeprowadzić tylko 1 kontrolę na poszczególnym kursie. (...)

Ponadto zgodnie z § 2 pkt 2.7 ww. Załącznika Zamawiający wymagał:

- 7) po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego przesyłania zestawień (w formie elektronicznej w formacie PDF i XLS(X) – tabel, wykresów itp.) wykonanych kontroli ze szczególnym uwzględnieniem ilości wykonanych kontroli:
 - a) w podziale na typy dni (robocze, soboty, świąteczne),
 - b) w podziale na poszczególne dni miesiąca,
 - c) w podziale na poszczególne linie komunikacyjne,
 - d) w przedziałach czasowych stopniowanych co 1 godzinę,
 - e) ilości wystawionych wezwań do zapłaty, (...)

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 230 04878 zł netto. Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 312 000 zł brutto. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty Odwołującego z ceną 574 164,00 zł brutto, i Przystępującego z ceną 251 844,00 zł brutto.

W dniu 19 grudnia 2022 r. Zamawiający, w związku z tym, że cena złożonej przez Przystępującego oferty w ww. postępowaniu była niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP o

udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

W dniu 22 grudnia 2022 r. Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami.

W dniu 2 stycznia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- art. 16 ustawy Pzp- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

- art. 224 ustawy Pzp

1. 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.

2. 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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki

godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

(...)

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- art. 226 ust. 1. pkt 8) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego. Co do zasady Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie i Przystępującego przedstawione w piśmie procesowym oraz ustnie na rozprawie. Izba zważyła, że kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy było ustalenie zakresu obowiązków i sposobu wykonania zamówienia wymaganego przez Zamawiającego, rzutujących na wycenę zamówienia i ustalenie czy założenia poczynione przez Przystępującego odpowiadają wymaganiom SWZ. Z treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego wynikało zgoda odmienne rozumienie postanowień SWZ i ich interpretacja w powyższym zakresie. Odwołujący wskazywał, że z postanowień SWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymaga od wykonawcy wykonywania zamówienia w sposób ciągły, rozumiany jako 24 godziny na dobę. Odwołujący podnosił, że wykonawca obowiązany jest przeprowadzać kontrole przez 365 dni w roku (dni robocze, soboty, niedziele i święta), w sposób ciągły, przez całą dobę (o czym świadczą choćby obejmujące całą dobę wskazane przez Zamawiającego przedziały doby, w których będzie dokonywał weryfikacji wykonywanych kontroli - „od 3:35 do 6:00, od 6:01 do 19:59 i od 20:00 do 3:34”). Ponadto Odwołujący podkreślał konieczność zatrudnienia kontrolerów na podstawie umowy o pracę, co w jego ocenie implikowało konieczność zatrudnienia kontrolerów na 5 etatach, w sytuacji gdy ze złożonych wyjaśnień ceny przez Przystępującego wynika, że przyjął on do realizacji zamówienia 2 etaty. Z powyższego Odwołujący wywodził, że minimalny koszt wynagrodzeń wynosi 255 426 zł w sytuacji gdy wartość oferty Przystępującego opiewa na kwotę 251 844 zł brutto, a więc zaoferowana cena nie pozwoli pokryć nawet samych kosztów zatrudnienia osób niezbędnych do realizacji zamówienia, co z kolei doprowadziło Odwołującego do wniosku, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Izba, po analizie postanowień SWZ, uznała, że przyjęte przez Przystępującego założenia do wyceny oferty znajdowały uzasadnienie w wymaganiach Zamawiającego i przychyliła się w tym zakresie do stanowisk prezentowanych przez Zamawiającego i Przystępującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powoływał tożsame z Odwołującym postanowienia SWZ tj. § 1 ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ oraz w § 1 ust. 3 załącznika nr 2 do SWZ. Przy czym Zamawiający podkreślał, że zapis ten wskazuje jednoznacznie, że wymagania Zamawiającego dotyczą każdego całego okresu rozliczeniowego, a nie poszczególnego każdego dnia tego okresu. W zaoferowanej przez wykonawcę ilości 1900 kontroli w każdym okresie rozliczeniowym Zamawiający wymaga, aby w całym okresie rozliczeniowym kontrole były wykonywane we wszystkie dni, na wszystkich liniach i aby w całym okresie rozliczeniowym były wykonane we wszystkich trzech zdefiniowanych przedziałach doby. Zamawiający wskazywał, że nie stawia szczegółowego wymagania, ile w każdym z przedziałów doby ma być wykonanych kontroli w poszczególne dni okresu rozliczeniowego, na których liniach oraz w których przedziałach doby w poszczególne dni kontrole mają być wykonywane. Użyte przez Zamawiającego sformułowanie ”w sposób ciągły i systematyczny, 17

ze szczególnym uwzględnieniem godzin szczytu przewozowego” wskazuje wykonawcy, że kontrole w wyszczególnionych przedziałach doby mają być wykonywane w sposób powtarzający się w okresie rozliczeniowym, systematyczność ma uwzględniać regularność w planowaniu przez wykonawcę kontroli w poszczególnych przedziałach doby w okresie rozliczeniowym. Zamawiający podnosił, że dodatkowym źródłem wiedzy dla wykonawcy jednoznacznie wskazującym, że Zamawiający nie wymaga przeprowadzania kontroli 24 godziny na dobę we wszystkie dni jest zapis § 7 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do SWZ, który przewiduje nałożenie na wykonawcę kary umownej w wysokości 1000 zł za brak wykonania w danym miesiącu kalendarzowym co najmniej jednej kontroli w jednym ze zdefiniowanych przedziałów doby. Gdyby Zamawiający wymagał przeprowadzania kontroli 24 godziny na dobę we wszystkie dni, takie formułowanie zapisu o karze umownej byłoby pozbawione sensu. Dodatkowo Zamawiający zauważał, że po zakończeniu okresu rozliczeniowego zgodnie z zapisami § 2 ust. 2 pkt 7 załącznika nr 1 do SWZ oraz § 2 ust. 2 pkt 7 załącznika nr 2 do SWZ Wykonawca ma przedkładać Zamawiającemu zestawienia (w formie elektronicznej w formacie PDF i XLS(X) – tabel, wykresów itp.) wykonanych kontroli ze szczególnym uwzględnieniem ilości wykonanych kontroli: a) w podziale na typy dni (robocze, soboty, świąteczne), b) w podziale na poszczególne dni miesiąca, c) w podziale na poszczególne linie komunikacyjne, d) w przedziałach czasowych stopniowanych co 1 godzinę, e) ilości wystawionych wezwań do zapłaty. Wymienione powyżej dokumenty nie mają na celu wykazania wykonywania kontroli przez 24 godziny na dobę w każdym dniu okresu rozliczeniowego, lecz mają umożliwić weryfikację, czy wykonawca w danym okresie rozliczeniowym wykonywał kontrole we wszystkie dni, czy kontrole w okresie rozliczeniowym były wykonane na każdej z linii komunikacyjnych oraz czy w danym okresie rozliczeniowym kontrole zostały wykonane w każdym ze zdefiniowanych przedziałach doby. Zamawiający podkreślał, że interpretacja zapisów SWZ przez Odwołującego prowadząca do stwierdzenia, że kontrole muszą być wykonywane przez 24 godziny na dobę w każdy dzień okresu rozliczeniowego jest całkowicie błędna. Taki sposób rozumowania prowadzi do konkluzji, że Zamawiający wymagałby prowadzenia kontroli nawet w czasie, gdy autobusy komunikacji miejskiej nie kursują tj. w przedziale czasu pomiędzy 0:14 a 3:35 (pierwszy odjazd autobusu w dni robocze ma miejsce o godz. 3:35 a w pozostałe dni o godz. 4:30, ostatni przyjazd na przystanek ma miejsce o godz. 0:14). Jednocześnie Zamawiający wskazywał, że każdy z potencjalnych wykonawców na etapie przygotowania oferty ma możliwość na podstawie art. 284 ust. 1 Pzp zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Możliwość taką miał też Odwołujący, który mając wątpliwości w tej kwestii na etapie przygotowania oferty mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Odwołujący nie zwracał się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie zapisów SWZ. Zamawiający ocenił, że te

okoliczności przesądzają, iż Odwołujący nie może tym samym obecnie wypełniać zapisów tworzonych przez 18

Zamawiającego treścią, która mu odpowiada, ale której tak naprawdę w nich nie ma. W tej sytuacji Zamawiający nie bierze odpowiedzialności za błędną interpretację zapisów SWZ przez Odwołującego i w następstwie tego faktu ewentualną błędną kalkulację ceny/kosztów złożonej oferty w znacznym stopniu przewyższającą niezbędne koszty adekwatne do wymagań Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do liczby etatów niezbędnej do realizacji zamówienia, w wynikającej z interpretacji SWZ. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego (przywołanego powyżej) i Przystępującego. W ocenie Izby sam wymóg konieczności raportowania kontroli w przedziałach czasowych stopniowanych co 1 godzinę, nie powoduje, że kontrolerzy mają dokonywać kontroli de facto nieprzerwanie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że postanowienia § 1 ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ oraz w § 1 ust. 3 załącznika nr 2 do SWZ wskazują, że wymagania Zamawiającego dotyczą całościowo każdego z okresów rozliczeniowych, a nie poszczególnego każdego dnia tego okresu. Izba stwierdziła, że w zaoferowanej przez wykonawcę liczbie 1900 kontroli w każdym okresie rozliczeniowym Zamawiający wymagał, aby w całym okresie rozliczeniowym kontrole były wykonywane we wszystkie dni, na wszystkich liniach i aby w całym okresie rozliczeniowym były wykonane we wszystkich trzech zdefiniowanych przedziałach doby. Zamawiający nie stawiał szczegółowego wymagania, ile w każdym z przedziałów doby ma być wykonanych kontroli w poszczególne dni okresu rozliczeniowego, na których liniach oraz w których przedziałach doby w poszczególne dni kontrole mają być wykonywane. Również użycie wyrażenia „w sposób ciągły” nie powoduje, że interpretacja SWZ dokonana przez Odwołującego jest jedynie słuszną. Ze słownika języka polskiego wynika, że ciągły to „trwający bez przerwy”, ale też „powtarzający się stale” i „ciągnący się nieprzerwanie w przestrzeni”. Izba, mając na uwadze powyższe oraz całokształt postanowień SWZ (w tym sposób naliczania kar umownych oraz fakt, że Zamawiający wymagał zrealizowania określonej liczby kontroli), doszła do przekonania, że założenia przyjęte do realizacji zamówienia przez Przystępującego wpisują się w wymaganie Zamawiającego co do realizacji zamówienia „w sposób ciągły”. Izba zważyła, że wobec powyższych ustaleń nie potwierdziły się wyliczenia Odwołującego co do nieprawidłowości wyliczeń ceny Przystępującego. Powyższe, z kolei, implikowało konieczność uznania, że założenia przyjęte przez Przystępującego do wyceny oferty i przedstawione w wyjaśnieniach są wystarczające do uznania, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Izba zważyła również na poziom zysku wskazany w wyliczeniach przez Przystępującego, jest znaczny i umożliwia pokrycie ewentualnych kosztów dodatkowych. Nie potwierdziły się również podnoszone przez Odwołującego kwestie dotyczące nie uwzględnienia w wycenie kosztów płatności

„elektronicznych”. Jak wskazał Przystępujący i czemu nie zaprzeczył Odwołujący, takich płatności Zamawiający nie wymagał, a więc nie jest konieczne uwzględnienie ich kosztów w 19

cenie oferty. Przystępujący wyjaśnił również kwestie związane z wynagrodzeniem za pracę w godzinach nocnych i w okresie dni świątecznych, wskazując, że wobec przyjętego sposobu zatrudniania (część etatu) i sposobu rozliczenia czasu pracy (czas wolny w zamian za pracę w godzinach nocnych i w okresie dni świątecznych) nie będzie ponosił kosztów wskazanych przez Odwołującego. W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się uchybień Zamawiającego w ocenie oferty Przystępującego.

Nie potwierdził się również zarzut ewentualny podnoszony przez Odwołującego z ostrożności dot. zaniechania dodatkowego wezwania do wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący również w tym przypadku opierał argumentację m.in. na kwestionowaniu rzetelności kalkulacji z perspektywy obowiązku całodobowego świadczenia usług kontroli we wszystkie dni robocze, soboty, niedziele i święta, czy też nieobjęcia kalkulacją kosztów elektronicznych płatności, które to założenia, jak już wskazano powyżej, okazały się błędne. W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia odnosiły się do elementów kosztowych mających wpływ na cenę oferty, a przystępujący przedstawił je w sposób wyczerpujący i dający Zamawiającemu podstawy do uznania zaoferowanej przez niego ceny za realną. Izba uznała za zasadne również rozliczenie „kosztów ogólnych”, które Przystępujący ponosi na szereg umów i ujęcie ich w kosztach niniejszego zamówienia częściowo. Odwołujący przedstawił w tym zakresie wyłączenie własne wątpliwości, nie podważając przedstawionych wyliczeń.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a co za tym idzie cena zaoferowana przez CPW jest ceną rażąco niską. Złożone wyjaśnienia uzasadniają zaoferowaną cenę, a Odwołujący w ocenie Izby nie podważył skutecznie przedstawionych tam wyliczeń. Zasadniczo wywody Odwołującego opierały się na własnych założeniach.

Należy podkreślić, iż zgodnie z przepisem art. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z Kodeksem Cywilnym w zw. z art. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem 20

postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu

nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia RNC bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy. W tym kontekście należy podkreślić, że Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe zatrudnienie kontrolerów za wynagrodzenie przyjęte przez Przystępującego czy też na część etatu, a przyjęte przez Przystępującego koszty są nierealne.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 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: