

WYROK
z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **A. F. prowadzący działalność gospodarczą pn. ALL-MIT AUTOMOBILE A. F., ul. Graniczna 8, 06-500 Mława,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Jeziorany, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Firma Usług Wielobranżowych S. P. S., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny ocenianej w kryterium „wysokość postojowego”, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Jeziorany, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **A. F. prowadzący działalność gospodarczą pn. ALL-MIT AUTOMOBILE A. F., ul. Graniczna 8, 06-500 Mława**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Jeziorany, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany**,

na rzecz odwołującego: **A. F. prowadzący działalność gospodarczą pn. ALL-MIT AUTOMOBILE A. F., ul. Graniczna 8, 06-500 Mława**, kwotę **11 585 zł 60 gr** (jedenaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt pięć złotych, sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczonych wpisów od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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 r. poz. 2019) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Jeziorany, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa dowozu dzieci do szkół i przedszkoli z terenu Gminy Jeziorany 2021-2022”, numer referencyjny: ZP.271.12.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.12.2020 r., nr 766077-N-2020. Pismem z dnia 29.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Usług Wielobranżowych S. P. S. .

W dniu 04.01.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca A. F. prowadzący działalność gospodarczą pn. ALL-MIT AUTOMOBILE A. F., ul. Graniczna 8, 06-500 Mława (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w związku z zaferowaniem przez Firmę Usług Wielobranżowych S. P. S. stawki w wysokości 0,01 zł za jeden dzień postojowego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 oraz 15 ust. 2 pkt 1 12 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w rozdziale 20 SIWZ wskazał następujące kryteria oceny ofert:

- cena za 1 km dowozu/odwozu dzieci — 50%
- wysokość postojowego — 10%
- czas podstawienia autokaru - 40%

W kryterium wysokość postojowego zamawiający wskazał, że wykonawca może maksymalnie uzyskać 10 pkt. Postojowe będzie płatne za każdy dzień w przypadku wprowadzenia ograniczenia lub zmiany sposobu nauki decyzją organów: rządowych, wojewódzkich, gminnych czy sanitarno-epidemiologicznych. Wówczas za brak usługi Wykonawcy będzie przysługiwać tzw. postojowe. Jego wysokość za jeden dzień, określona zostanie przez wykonawcę w ofercie.

Zamawiający przewidział zatem przyznanie punktów za wysokość wynagrodzenia — tzw. postojowego w dniach, kiedy usługa nie będzie świadczona, zatem nie dojdzie do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie przez wykonawcę usługi dowozu/odwozu dzieci. Ma to szczególne znaczenie, jeżeli wziąć pod uwagę fakt szczególnych wymagań wprowadzonych do treści specyfikacji przez zamawiającego w związku z realizacją usług dowozu tj. rozdział 19 pkt 3) SIWZ: cena w ofercie musi obejmować wszystkie składniki związane z wykonaniem zamówienia, w tym m.in.:

- a) zatrudnienia min. 6 kierowców (5 kierowców + 1 kierowca rezerwowo do podstawienia autokaru zastępczego lub zmiany kierowcy w przypadku decyzji organów państwowych);
- b) zatrudnienia min. 6 opiekunów (5 opiekunów + 1 opiekun rezerwowo do podstawienia autokaru zastępczego lub zmiany opiekuna w przypadku decyzji organów państwowych);
- c) koszty paliwa;
- d) koszty ubezpieczeń;
- e) koszty napraw;
- f) koszty amortyzacji;
- g) koszty utrzymania pojazdów w czystości, w tym sterylizacji;
- h) koszty przestrzegania obostrzeń sanitarno-epidemiologicznych;

(...) Podanie przez Firmę Usług Wielobranżowych S. P. S. wysokości postojowego na poziomie 0,01 zł w ocenie odwołującego nosi znamiona stawki rażąco niskiej i w konsekwencji przesądza o złożeniu oferty noszącej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z następujących powodów:

- 1) Stawka 0.01 zł za dzień postojowego winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego i spowodować wezwanie do wyjaśnień, ponieważ w czasie wstrzymania nauki wykonawca nie świadczy usług dowozu dzieci, zatem nie będzie otrzymywał innego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy oprócz postojowego. Wśród kosztów, które wykonawca musi ponosić niezależnie od wykonywania usługi należy wskazać m.in. koszty zatrudnienia kierowców i opiekunów oraz koszty ubezpieczenia pojazdów. Samo zatrudnienie osób w wymiarze miesięcznym przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę:

12 osób (6 kierowców i 6 opiekunów) wynosi $12 \times 2.800 \text{ zł} = 33.600 \text{ zł./mies.}$

Nawet przy założeniu części etatu, np. $\frac{1}{2}$, sam koszt zatrudnienia osób zgodnie z treścią SIWZ wynosi 16.800 zł. Nie jest zatem możliwe pokrycie nawet samych kosztów zatrudnienia personelu zgodnie z treścią SIWZ przy zaoferowaniu stawki 0,01 zł za jeden dzień przestoju. Jest to rażąco niska składowa ceny oferty widoczna dla każdego bez dokonywania szczegółowych analiz lub wyliczeń. Zgodnie z treścią §2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 września 2020 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia

za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. stawka godzinowa wynosi 18,30 zł. Zatem w przypadku wstrzymania usług dowozu dzieci do szkół Firma Usług Wielobranżowych S. P. S. nie otrzyma od zamawiającego kwoty umożliwiającej zapłatę za 1 godzinę pracy (30 dni postojowego to w przypadku tej oferty 30 groszy wynagrodzenia). Przy czym co po raz kolejny warto podkreślić, wykonawca jest zobowiązany zatrudnić osoby do realizacji przedmiotowego zamówienia w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy (rozdział 4 pkt 5 SIWZ). Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający w toku badania ceny ofert winien co najmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej składowej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 pzp.

2. Cena 0,01 zł za jeden dzień braku świadczenia usługi została w ocenie odwołującego zaoferowana jedynie w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia zaoferowania ceny na tak niskim poziomie, przy tak dużym prawdopodobieństwie braku świadczenia usługi (stan epidemii) oraz obowiązkach wynikających z umowy z zamawiającym dotyczących m.in. zatrudnienia 12 osób do wykonywania przedmiotowego zamówienia. (...)

W ocenie odwołującego zaoferowanie stawki 0,01 zł wynagrodzenia za dzień przestoju w świadczeniu usługi dowozu wpisuje się w dyspozycję normy art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk. Jedynym powodem podania tak niskiej stawki była próba skorzystania na tym, że zamawiający nie określił minimalnego poziomu postojowego. Autor oferty Firmy Usług Wielobranżowych SKIBEI P. S. uznał, że dopuszczalne jest zaoferowanie tak niskiej stawki, która umożliwi uzyskanie przewagi konkurencyjnej i wyeliminowanie w konsekwencji pozostałych wykonawców. Należy jednak podkreślić, że czynem nieuczciwej konkurencji jest nie tylko działanie niezgodnie z przepisami prawa, ale również działanie naruszające dobre obyczaje (rzetelność, uczciwość, fachowość, poszanowanie interesów drugiej strony). W ocenie odwołującego zamawiający żądając wskazania wynagrodzenia za tzw. postojowe liczył na rzetelną i prawidłowo dokonaną wycenę w tym kryterium. (...)

Koszty postojowego w ofertach przedstawiają się następująco:

- Firma Usług Wielobranżowych S. P. S. – 0,01 zł;
- EVENT EXTREAM Sp. z o.o. - 185,00 zł
- A. S. - 950,00 zł,
- ALL-MI AUTOMOBILE (odwołujący) - 369,00 zł,
- INTER TRANS - 1000,00 zł.

Zatem oferta złożona przez Firmę Usług Wielobranżowych S. P. S. jest o 1850000% tańsza w tym kryterium od kolejnej złożonej w postępowaniu. (...)"

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Firmę S. P. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- 4) ewentualnie - wezwania wykonawcy Firma S. P. S. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28.01.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa dowozu dzieci do szkół i przedszkoli z terenu Gminy Jeziorany 2021-2022.

W pkt 19 siwz zamawiający wskazał:

- 1) Cena ofertowa stanowi wynagrodzenie oferowane przez Wykonawcę za 1 km świadczonej usługi.
- 2) Podstawą do określenia ceny oferty jest pełen zakres zamówienia określony w SIWZ oraz wzorzec umowy a w szczególności w Załączniku nr 5 do SIWZ.
- 3) Cena podana w ofercie musi obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, w tym m.in.:
 - a) Zatrudnienia min. 6 kierowców (5 kierowców + 1 kierowca rezerwowego do podstawienia autokaru zastępczego lub zmiany kierowcy w przypadku decyzji organów państwowych);
 - b) Zatrudnienia min. 6 opiekunów (5 kierowców + 1 opiekun rezerwowego do podstawienia autokaru zastępczego lub zmiany opiekuna w przypadku decyzji organów państwowych);
 - c) Koszty paliwa;
 - d) Koszty ubezpieczeń;
 - e) Koszty napraw;
 - f) Koszty amortyzacji;
 - g) Koszty utrzymania pojazdów w czystości, w tym sterylizacji;
 - h) Koszty przestrzegania obostrzeń sanitarno-epidemiologicznych;
- 4) Cena podana w ofercie musi obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.

- 5) Ceny muszą być: podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia — poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).
- 6) Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).
- 7) Dla ustalenia łącznej ceny za usługę Zamawiający przyjmie 291 dni nauki szkolnej x 583,7 km x stawkę za 1 km zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie.
- 8) 291 dni nauki szkolnej jest ilością dni służącą do porównania ofert oraz ustalenia maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy. Powyższa ilość dni nie uwzględnia dyrektorskich dni wolnych od nauki szkolnej i innych dni wolnych, które mogą być narzucone przez organy rządowe, wojewódzkie, gminne czy sanitarno-epidemiologiczne.

W pkt 20 siwz zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- cena za 1 km dowozu / odwozu dzieci - 50 %,
- wysokość postojowego - 10%,
- czas podstawienia autokaru - 40 %.

W kryterium „wysokość postojowego” zamawiający wskazał, że postojowe płatne będzie za każdy dzień w przypadku wprowadzenia ograniczenia lub zmiany sposobu nauki decyzją organów: rządowych, wojewódzkich, gminnych, czy sanitarno-epidemiologicznych. Wówczas za brak usługi wykonawcy przysługiwać będzie tzw. „Postojowe”. Jego wysokość za 1 dzień, określona zostanie przez Wykonawcę w ofercie.

Punkty w tym kryterium obliczone zostaną według wzoru:

$X/Y \times 10$ gdzie: X-najniższa cena za postojowe, Y- cena postojowego oferty ocenianej

Wynik działania zostanie zaokrąglony do 2 miejsc po przecinku.

W pkt 20.5. siwz zamawiający wskazał m.in., że „Przy ustaleniu rażąco niskiej ceny zamawiający przyjmie łączną cenę za usługę, ustaloną w oparciu o ust. 19 pkt. 7 SIWZ”.

Zgodnie z § 11 ust. 1 – 5 projektu umowy:

1. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają łączne wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości zł (słownie:) brutto,
2. Cena za 1 km przywozu/odwozu wynosi: zł brutto (słownie:).
3. Stawka „postojowego” za 1 dzień wynosi: zł brutto (słownie:).
4. Okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy.
5. Miesięczne wynagrodzenie ustalane będzie każdorazowo w oparciu o ilość dni w danym miesiącu i stawki, o których mowa w ust. 2 i 3.

Zgodnie z § 2 pkt 11 projektu umowy: postojowe – należy przez to rozumieć inny sposób świadczenia usługi w przypadku wprowadzenia ograniczenia lub zmiany sposobu nauki decyzją organów: rządowych, wojewódzkich, gminnych, czy sanitarno-epidemiologicznych.

Pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty, zaoferowało stawki za 1 dzień postojowego w wysokości: 0,01 zł, 185 zł, 369 zł, 950 zł, 1000 zł.

Wykonawca Firma Usług Wielobranżowych S. P. S. zaoferował: 4,31 zł brutto za 1 km dowozu/odwozu, 0,01 zł brutto za postojowe oraz 22 minuty na podstawienie autokaru.

Pismem z dnia 29.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2 uznk, czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usług Wielobranżowych S. P. S., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Należy jednak zauważyć, że odwołujący wywodzi zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji z wysokości ceny oferty ww. wykonawcy za tzw. postojowe. Odwołujący twierdzi bowiem, że

cena za postojowe w ofercie ww. wykonawcy jest rażąco niska.

W pierwszej kolejności Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do tego, że cena za postojowe stanowi istotną część składową ceny oferty. O powyższym przesądza fakt, że wysokość postojowego jest oceniana w jednym z kryteriów oceny ofert (niezależnie od wagi tego kryterium). Skoro ten składnik ceny jest odrębnie od całkowitej ceny oferty punktowany i wpływa na wybór najkorzystniejszej oferty, to stanowi on istotną część składową ceny oferty.

Powyższe oznacza, że do ceny za postojowe zastosowanie ma art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli m.in. właśnie istotna część składowa ceny oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego.

Nie jest przy tym zasadne powoływanie się przez zamawiającego na treść pkt 20.5. siwz, zgodnie z którym: „Przy ustaleniu rażąco niskiej ceny zamawiający przyjmie łączną cenę za usługę, ustaloną w oparciu o ust. 19 pkt. 7 SIWZ”. Jeżeli intencją zamawiającego przygotowującego siwz było ograniczenie badania rażąco niskiej ceny jedynie do całkowitej ceny oferty, co zamawiający zdaje się sugerować w odpowiedzi na odwołanie, to należy wyraźnie stwierdzić, że założenie takie jest niezgodne z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem przewiduje badanie rażąco niskiej ceny nie tylko w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale także w stosunku do istotnej części składowej ceny. Jedynie w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp ustawodawca ograniczył obowiązek badania do całkowitej ceny oferty, jeżeli cena jest niższa o co najmniej 30% od wskazanych mierników. Ale art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma szersze zastosowanie, tj. może być stosowany także wtedy, gdy nie zachodzi ww. różnica co najmniej 30%, a mimo to zamawiający ma wątpliwości co do ceny oferty i wątpliwości te mogą dotyczyć w takiej sytuacji zarówno całkowitej ceny oferty, jak i jej istotnej części składowej. Dlatego w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w zależności od okoliczności danej sprawy, bada cenę całkowitą oferty lub jej istotną część składową. Sformułowanie zaś postanowienia siwz niezgodnego z przepisami ustawy Pzp (w tym wypadku - pkt 20.5. siwz) nie stanowi usprawiedliwienia dla dalszych działań zamawiającego podejmowanych lub zaniechanych również niezgodnie z tymi przepisami (w tym wypadku – z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Należy przy tym podkreślić, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający niewątpliwie powinien mieć wątpliwości co do ceny za postojowe w ofercie wykonawcy Firma Usług Wielobranżowych S. P. S. . Cena 1 grosza nie wydaje się być realna ani w świetle cen za postojowe pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ani w świetle faktu, że nawet nie wykonując przewozów, wykonawca ponosi przecież określone koszty związane z wykonywaniem usługi. Dlatego cena za postojowe ww. wykonawcy powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

choćby z zakresu prawa pracy.

Nie można też zgodzić się z zamawiającym, że w sprawie ma zastosowanie art. 387 kc odnoszący się do świadczenia niemożliwego. Należy bowiem zauważyć, że brak świadczenia przewozu w określonym czasie nie powoduje, że strony nie są związane umową. W czasie przestoju wykonawca musi pozostawać w gotowości do wznowienia świadczenia przewozu i to jest forma świadczenia przez niego usługi w tym czasie. Za pozostawanie w gotowości (które co do zasady wiąże się także z ponoszeniem kosztów) zamawiający przewidział zresztą wynagrodzenie. Potwierdzają to postanowienia projektu umowy:

- § 2 pkt 11 – definicja postojowego – należy przez to rozumieć inny sposób świadczenia usługi w przypadku wprowadzenia ograniczenia lub zmiany sposobu nauki decyzją organów: rządowych, wojewódzkich, gminnych, czy sanitarno-epidemiologicznych,

- § 11 ust. 3 - stawka „postojowego” za 1 dzień wynosi: zł brutto (słownie:).

Nie mamy więc w tym wypadku do czynienia ze świadczeniem niemożliwym, ale z innym niż przewożenie dzieci sposobem świadczenia usługi w czasie przestoju, który to sposób został przewidziany w umowie i zostało za niego przewidziane wynagrodzenie.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że zamawiający w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest wezwać wykonawcę Firma Usług Wielobranżowych S. P. S., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie ceny za postojowe. Następnie zamawiający zobowiązany będzie do oceny udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (wraz z dowodami), w szczególności w świetle informacji wymaganych w pkt 1 – 5 wyżej wskazanego art. 90 ust. 1, a także w świetle art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Od wyniku przeprowadzonej oceny wyjaśnień zależą dalsze czynności zamawiającego z zakresu badania i oceny ofert, w tym także ewentualne decyzje co do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 92

ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W kosztach zasądzonych na rzecz odwołującego uwzględniono: 7.500 zł za wpis od odwołania, 3.600 zł za wynagrodzenie pełnomocnika oraz 485,60 zł za dojazd na rozprawę.

Przewodniczący