

WYROK
z dnia 12 grudnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 grudnia 2019 roku** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Zakrzewo z siedzibą w Zakrzewiu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile** na rzecz **Zamawiającego Gminy Zakrzewo, z siedzibą w Zakrzewie** kwotę w wysokości **4 257 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt siedem

złoty 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, opłaty skarbowej, dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 3 grudnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1834 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zakup biletów miesięcznych szkolnych na przewóz uczniów dojeżdżających do placówek oświatowych na terenie Zakrzewa w roku 2020” prowadzi Zamawiający: Gmina Zakrzewo z siedzibą w Zakrzewie.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w dniu 28 listopada 2019 roku, a polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty pochodzącej od wykonawcy Autocentrum D. K. z siedzibą w Debrznie (dalej jako „Autocentrum”).

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta pochodząca od Autocentrum nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty pochodzącej od tego wykonawcy oraz dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Autocentrum mimo jej niezgodności ze wzorem umowy stanowiącym integralną część SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Autocentrum oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty mimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt 7.2.2 oraz 9.1.2 SIWZ.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy Autocentrum,
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł (na podstawie przedstawionego na rozprawie spisu kosztów).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający z naruszeniem prawa dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechał odrzucenia oferty mimo jej niezgodności z SIWZ i rażąco niskiej ceny, co skutkować może poniesieniem przez Odwołującego realnej szkody majątkowej, na którą składają się utracone korzyści z tytułu realizacji zamówienia publicznego.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało doręczone Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 28 listopada 2019 roku, zatem odwołanie wniesione zostało w terminie. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 2 grudnia 2019 roku, tj. przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem jego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2019 roku.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że przedmiotem postępowania jest zakup biletów miesięcznych szkolnych na przewóz uczniów dojeżdżających do placówek oświatowych na terenie Zakrzewa w roku 2020. W postępowaniu oferty złożyli D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Autocentrum D. K. z siedzibą w Debrznie oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. z siedzibą w Pile. Zamawiający dokonał jako wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Autocentrum.

1. Rażąco niska cena

Z informacji dotyczących złożonych ofert wynika, że Autocentrum wskazał cenę brutto 114.946,13 zł, natomiast Odwołujący cenę brutto 148.830,00 zł brutto. Obie te ceny nie przekraczały kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, tj. 168.056,90 zł.

W dniu 22 listopada 2019 roku Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Autocentrum do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 25 listopada 2019 roku wykonawca sporządził dwustronicowe wyjaśnienie, w którym powołał się m.in. na posiadanie taboru ekonomicznych pojazdów, niskie koszty administrowania przedsiębiorstwem oraz dofinansowanie uzyskiwane z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego. Z kalkulacji przedstawionych przez wykonawcę wynika, że miesięczne koszty związane z realizacją zamówienia wyniosą 17.178,00 zł, co przy uwzględnieniu uzyskiwania dotacji przyniesie mu miesięczny zysk w wysokości 5.361,00 zł. Wykonawca nie załączył do pisma jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń i wyliczeń.

W ocenie Odwołującego ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego jest błędna, a oferta tego wykonawcy powinna być zostać odrzucona. Wykonawca w swoich lakonicznych wyjaśnieniach nie sprostował obowiązkowi wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Przede wszystkim do wyjaśnień nie załączono jakichkolwiek dowodów. Wprawdzie brak przedstawienia samych dowodów nie stanowi samoistnej przesłanki formalnej nieuznania wyjaśnień przez zamawiającego, czy też odrzucenia oferty, jednakże w takiej sytuacji prawdziwość twierdzeń wykonawcy bardzo trudno jest zweryfikować. W tej sprawie złożone wyjaśnienia *prima facie* budzą wątpliwości w świetle doświadczenia życiowego i powszechnie dostępnej wiedzy z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej w branży transportowej.

Wykonawca wskazuje, że do realizacji zadania zaangażuje dwóch kierowców oraz dwie opiekunki. Wynagrodzenie kierowców ma wynosić po 1.600,00 zł netto (4 h pracy dziennie x 20 zł), natomiast opiekunek po 960,00 zł netto (4 h pracy dziennie x 12 zł). Koszty związane z zatrudnieniem tych osób wyniosą zdaniem wykonawcy 1.766,00 zł. Wyliczenia te nie zasługują na bezkrytyczne przyjęcie. Zakładając nawet, że kierowcy rzeczywiście zatrudnieni są jedynie w wymiarze 1/2 etatu (czego wykonawca nie udowodnił), to łączne obciążenia dla pracodawcy przy wynagrodzeniu netto 1.600,00 zł wyniosłyby 1.970,62 zł (2 x 985,31 zł). Do tego doliczyć należy koszty zatrudnienia dwóch opiekunek, co nawet przy minimalnym wynagrodzeniu i połowie etatu generowałoby w 2020 roku wydatek wielkości 3.132,48 zł (w tym 2.005,62 zł wynagrodzenia netto). Finalnie wynagrodzenie pracowników należy zatem podwyższyć o 85,62 zł, natomiast koszty zatrudnienia pracowników aż o 1.331,48 zł (łącznie wzrost o 1.417,10 zł w stosunku do kwot wskazanych w wyjaśnieniach).

Jednocześnie podkreślić trzeba, że twierdzenie wykonawcy o zatrudnieniu pracowników w wymiarze 1/2 etatu jest wysoce wątpliwe, a to z uwagi na charakter i zakres czasowy zadania objętego zamówieniem. Zgodnie z dokumentacją przetargową przywóz uczniów do placówek oświatowych ma nastąpić w godz. 7.25 - 7.55 (należy też uwzględnić podjazd autobusów do miejscowości „startowych”), natomiast ostatni kurs spod szkoły ma mieć miejsce o godz. 15:15. W tej sytuacji dzienny czas zaangażowania kierowców i opiekunek to nie 4, a ok. 11 godzin. Gdyby wykonawca miał zatrudnić w wymiarze pełnego etatu czterech pracowników, to nawet przy przyjęciu wynagrodzenia na poziomie minimalnym łączne koszty z tym związane wyniosłyby ponad 12.500,00 zł, czyli prawie dwa razy więcej niż obecnie deklarowane. Różnica ta - co bardzo istotne - byłaby większa niż deklarowany przez wykonawcę zysk i czyniłaby realizację zamówienia projektem deficytowym.

Wykonawca w pierwszej części wyjaśnień jako czynnik limitujący koszty przytacza bliskość posiadanej przez siebie bazy, w dalszych kalkulacjach abstrahuje jednak całkowicie

od wydatków związanych z jej utrzymaniem, takich jak uiszczenie podatku od nieruchomości czy też ewentualnego czynszu dzierżawnego. Ponadto w swoich wyjaśnieniach wykonawca nie uwzględnił kosztów związanych z obsługą techniczną pojazdów, np. uwiarytelniania tachografów, badań technicznych pojazdów, opłacenia mechaników, utrzymania warsztatu, eksploatacji i serwisu drukarek fiskalnych.

Na przedsiębiorców z branży transportowej nakładane są również obecnie obowiązki płatnicze związane z ochroną środowiska oraz gospodarowaniem odpadami. W szczególności chodzi tu o opłaty związane z ilością zużytego paliwa oraz zużywanymi oponami (art. 284 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku - Prawo ochrony środowiska oraz art. 22 ustawy z dnia 14 grudnia 2002 roku o odpadach).

Już tylko na marginesie zauważyć trzeba, że wykonawca pominął całkowicie koszty związane z zewnętrzną obsługą księgowo-rachunkową, zatrudnieniem wspomnianych przez siebie dwóch pracowników biurowych oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, które zobowiązany jest odprowadzać jako osoba prowadząca działalność gospodarczą. Zrozumiałym jest, że wydatki te pokrywane są również z innych niezależnych od przedmiotowego zamówienia źródeł, niemniej jednak odpowiednia ich część winna zostać uwzględniona w tej sprawie.

W świetle powyższych okoliczności prognozowany zysk opisywany przez wykonawcę uznać należy za nierealny.

Analizując kwestie rażąco niskiej ceny lub kosztów nie sposób pominąć wynagrodzenia, za jakie wykonawcy realizowali przedmiotowo tożsamą usługę w latach poprzednich. Przedsiębiorstwo D. K. świadczyło usługę dowozu dzieci do szkół w gminie Zakrzewo w 2017 i 2018 roku - w pierwszym przypadku wykonawca zaoferował wynagrodzenie 140.438,90 zł (przy kwocie 147.744,00 zł przeznaczonej na finansowanie zamówienia), natomiast rok później 180.396,72 zł (przy kwocie 180.400,00 zł przeznaczonej na finansowanie zamówienia). Porównanie przytoczonych ofert ze złożoną obecnie prowadzi do wniosku, że o ile wcześniej cena była zbliżona do wartości przedmiotu zamówienia (której pochodną była zapewne kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia), o tyle teraz odbiega od niej rażąco. Rodzi się w tym kontekście pytanie, jakie to szczególne okoliczności wpłynęły na tak daleko idące ograniczenie kosztów wykonawcy, zwłaszcza w kontekście wzrostu cen, wynagrodzeń, oraz obciążeń publicznoprawnych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Należy przypomnieć, że to na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że cena nie miała charakteru rażąco niskiej (tak wyrok KIO z 13.10.2014 r., KIO 2031/14, LEX nr 1565729). W ocenie Odwołującego Wykonawca obowiązkowi temu nie sprostał, a Zamawiający przyjął jego wyjaśnienia w sposób bezkrytyczny. Wybrany wykonawca wskazał cenę odbiegającą od stawek rynkowych i w gruncie rzeczy dla siebie

nieopłacalną, albowiem jego głównym celem było nie uzyskanie zamówienia, a wyeliminowanie konkurenta, który pojawił się na opanowanym przez niego lokalnym rynku.

2. Niezgodność oferty z przedmiotem zamówienia

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez wybranie oferty, która nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a w szczególności wzorowi umowy, którego treść stanowi rozdział IV SIWZ.

W treści SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że umowa stanowi rozdział IV SIWZ. Zgodnie z § 8.1 umowy Zamawiający wymagał od Wykonawców lub podwykonawców zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - kodeks pracy osób wykonujących następujące czynności w trakcie realizacji zamówienia: kierowców autobusów oraz opiekuna dzieci w czasie przewozu. Jest to zapis odpowiadający swojej treścią artykułowi 29 ust. 3a ustawy Pzp, który narzuca Zamawiającemu obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040,1043 i 1495).

Autocentrum składając ofertę na zakup biletów miesięcznych przedłożył jako załącznik nr 8 do oferty wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym podał, że pracę w tym zakresie będzie wykonywało dwóch kierowców zatrudnionych na umowę o pracę oraz dwie opiekunki zatrudnione w ramach umowy zlecenia.

Zatem Autocentrum nie dostosowało oferty do treści umowy powołując osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie zaś na podstawie umowy o pracę, a co za tym idzie jego oferta na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach zwraca uwagę, że postanowienia SIWZ nie ograniczają się do samego opisu przedmiotu zamówienia, a immanentną częścią specyfikacji są również postanowienia umowne (wzór umowy) ustalone przez zamawiającego na podstawie przepisów ustawy (wyrok KIO z dnia 31 października 2012 roku, KIO 2277/12).

Zakres świadczenia wykonawcy określony w umowie w sprawie zamówienia publicznego musi się pokrywać z zakresem świadczenia zawartym uprzednio w ofercie, która z kolei powinna odpowiadać SIWZ (art. 82 ust. 3 p.z.p.). W przeciwnym razie oferta, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2, będzie podlegać odrzuceniu. W konsekwencji umowę w sprawie zamówienia publicznego można uznać za wykonaną pod względem przedmiotowym jedynie

wówczas, jeżeli jej przedmiot ściśle odpowiada złożonej przez wykonawcę ofercie oraz SIWZ. (I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2019).

3. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu

Finalnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Autocentrum mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 7.2.2. SIWZ oraz 9.1.2. SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, sprowadzający się do obowiązku wykazania wykonania w ciągu ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert, że wykonano co najmniej 2 zadania, których zakres obejmował zadania o podobnym charakterze, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Referencje bądź inne dowody w tym zakresie miały być wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane.

Wykonawca D. K. wykazał spełnienie warunku określonego w pkt 7.2.2 i 9.1.2. SIWZ przedkładając do oferty załącznik nr 2 - wykaz usług. W tym dokumencie Autocentrum wskazało, że świadczyło podobne usługi na rzecz Gminy Lipka oraz na rzecz Gminy w Zakrzewie. Wykonawca przedstawił do oferty referencje, w jednym przypadku podpisane przez podmiot, na rzecz którego świadczył usługi tj. na rzecz Gminy Zakrzewo, natomiast w dwóch pozostałych przypadkach posłużył się referencjami podpisanymi przez Dyrektorów Szkół Podstawowych w Lipce i w Łąkiem, które nie były podmiotami, na rzecz których świadczone usługę dowozu uczniów do tych szkół. Przedstawione przez Wykonawcę referencje w zakresie świadczenia usług na dowożenie dzieci do szkół w Lipce i w Łąkiem nie są referencjami spełniającymi warunki określone przez Zamawiającego w pkt 7.2.2 i 9.1.2. SIWZ. Wykonawca nie świadczył bowiem usług na rzecz szkół, ale na rzecz Gminy w Lipce, która była podmiotem zamawiającym usługę na podstawie nieograniczonego przetargu publicznego. Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że szkoła będąca jednostką budżetową zgodnie z przepisami prawa nie ma osobowości prawnej, co oznacza, że nie ma zdolności samodzielnego występowania w obrocie prawnym. Dyrektorzy szkół już z mocy samego prawa nie byli uprawnieni do wystawienia przedmiotowych referencji.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, z kolei w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie

zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego przedstawione referencje wystawione przez Dyrektorów Szkół Podstawowych w Lipce i w Łąkiem nie potwierdzają spełniają warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2. SIWZ, bowiem nie są to dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, czego wymagał Zamawiający w pkt 9.1.2. SIWZ. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, warunkami SIWZ oraz warunkami umowy do SIWZ, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - jest z nią zgodna.

Zamawiający zobowiązany był zatem do dokonania oceny spełnienia tych warunków według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, tak aby wszystkie te wymagania były dotrzymane w trakcie całego postępowania. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców wymaga bowiem, aby Zamawiający podejmował przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że pozytywna opinia pochodząca od Wójta Gminy Zakrzewo co do należytej realizacji przez Wykonawcę wcześniejszego zadania jest o tyle wątpliwa, że również w poprzednich umowach na Wykonawcy spoczywał obowiązek zatrudniania opiekunek i kierowców w ramach stosunku pracy. Obecnie Wykonawca wprost potwierdza uchybienie temu wymogowi, mimo tego jednak uzyskuje od Zamawiającego referencje na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej innego Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

W odwołaniu prawidłowo przedstawiono stan faktyczny, odtworzono przebieg czynności Zamawiającego i podano zapisy SIWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Autocentrum oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty mimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt 7.2.2 oraz 9.1.2 SIWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie § 2 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 oraz z 2018 r. poz. 1993 ze zmianami), zamawiający może wymagać złożenia dowodów określających czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Przepisy nie zawierają innych sprecyzowanych wymagań co do treści referencji ani osoby mogącej udzielić referencji wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Autocentrum złożył oświadczenie i Wykaz wraz z referencjami, których wiarygodność kwestionuje Odwołujący. Zgodnie z zatem z regułą ujętą w art. 6 kc, to Odwołujący winien udowodnić swoje stanowisko. W ocenie Izby nie przedstawiono dowodów, które skutecznie zanegowałyby informacje wynikające z oferty. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, poza twierdzeniami własnymi, że referencje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy, to jest zostały podpisane przez niewłaściwe osoby, czyli dyrektorów szkół, a nie przedstawicieli gminy. Izba nie ma podstaw negować możliwość wystawienia i podpisania referencji przez dyrektora jednostki oświatowej. Odwołujący nie próbował nawet udowodnić, że dyrektorzy szkół nie byli w okolicznościach przedmiotowej sprawy uprawnieni działać w imieniu gminy, że takie uprawnienia nie zostały im przykładowo przekazane. Co więcej, dowód przeciwny przedstawił Zamawiający. Po pierwsze złożono wyciąg z umowy zawartej między Autocentrum a Dyrektorem Zespołu Szkół. Co więcej, w Wykazie Autocentrum również zaznaczono, że usługi realizowane były właśnie na rzecz Gminy Łąka – SP w Łąkiem. Zachodzi więc tożsamość podmiotowa i przedmiotowa między oświadczeniem wykonawcy złożonym w wykazie usług a dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie wskazanego w wykazie zamówienia.

Ponadto, jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, referencje są oświadczeniem wiedzy, nie woli, a zatem należało wykazać, że informacje zawarte w referencjach nie odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy co do osoby je podpisującej, czego nie uczyniono. Nie przeprowadzono dowodu przeczącemu tezie, że dyrektorom szkół nie przekazano uprawnień, kompetencji do udzielania informacji na temat realizowanych na ich rzecz usług.

Dostrzeżenia również wymaga, że przepis rozporządzenia wykonawczego odnosi się do podmiotów, na rzecz których usługi były wykonywane. Nie ulega wątpliwości, że ostatecznym odbiorcą usługi była szkoła, którą reprezentuje jej dyrektor. Jest to więc osoba posiadająca merytoryczną wiedzę na temat prawidłowości realizacji usług, czy wykonywano je w sposób terminowy, zgodny z zaleceniami, należyty. Zatem nie ma podstaw by odmawiać takiej osobie możliwości wypowiedzenia się na temat prawidłowości działań kontraktowych danego wykonawcy. Spełniony został więc cel, któremu służy złożenie tego rodzaju dokumentów – mianowicie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Autocentrum mimo jej niezgodności ze wzorem umowy stanowiącym integralną część SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z § 8 ust 1 wzoru umowy, Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia: kierowcy autobusu, opiekuna dzieci w czasie przewozu. Zamawiający nie umieścił przedmiotowego wymogu w opisie przedmiotu zamówienia, czyniąc zadość zasadom określonym w art. 29 ust. 3 a ustawy Pzp. Nie ustalono również takiego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, który należało udowodnić składając wraz z ofertą oświadczenia i odpowiednie wykazy. Wykonawca Autocentrum złożył Wykaz osób samodzielnie, dodatkowo, w ramach oferty.

Izba uważa, że wobec takiego ukształtowania zapisów SIWZ, warunek zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, jest warunkiem, którego spełnienie Zamawiający zamierza oceniać na czas, a w zasadzie w czasie realizacji zamówienia. Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy więc przyszłości, jeżeli dany wykonawca uzyska zamówienie. Trudno więc na podstawie dodatkowego dokumentu z oferty, oceniać, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Nawet jeżeli w chwili obecnej opiekunki zatrudnione są u wykonawcy w ramach umowy zlecenia, to nie ma podstaw by twierdzić, że z momentem podpisania umowy charakter umowy nie ulegnie zmianie. Słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że nie można wymagać od wykonawcy w momencie składania oferty w postępowaniu przetargowym, by już na tym etapie zawierał umowy o pracę celem skierowania osób do wykonywania przyszłych i niepewnych (wobec niepewności rozstrzygnięcia postępowania przetargowego) obowiązków. Tym bardziej, że SIWZ nie zawierała takich obowiązków.

Dostrzeżenia wymaga, że wykonawca Autocentrum składał oświadczenie w postaci Wykazu osób na dzień składania ofert. W tej dacie nie zmaterializował się obowiązek zatrudnienia 2 opiekunek na podstawie umowy o pracę. Dotyczy on bowiem czasookresu po zawarciu z wybranym wykonawcą umowy w sprawie udzielenie zamówienia publicznego. Trudno więc uznać, że w tym momencie treść oferty wykonawcy nie była zgodna z treścią SIWZ, skoro ta odnosiła się do przyszłości, a złożone oświadczenie do momentu złożenia oferty. Autocentrum wskazało jedynie aktualną na dzień składania ofert podstawę do dysponowania określonym potencjałem osobowym (czego Zamawiający nie wymagał). Warto także podkreślić, że teżom Odwołującego przeczą złożone przez Autocentrum

wyjaśnienia odnośnie do rażąco niskiej ceny. W kalkulacji wprost ujęto stawkę wynagrodzenia dla opiekunów wskazującą na umowę o pracę i wskazywani na koszty związane z zatrudnieniem 4 pracowników (2 kierowców, 2 opiekunów).

Tym samym zarzut w całości podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta pochodząca od Autocentrum nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty pochodzącej od tego wykonawcy oraz dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Autocentrum wyjaśnienia były wystarczające do oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zawierały część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która jednocześnie nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał opisowo kilkanaście elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Były to między innymi dysponowanie określonym taborem autobusów, dysponowanie bazą w pobliżu miejsca wykonywani usługi, co wpływa na koszt i szybkość podstawienia choćby auta zastępczego, brak rozbudowanej struktury administracyjnej związanej z funkcjonowaniem firmy, uwzględnienie wynagrodzeń pracowniczych na poziomie nie niższym niż najniższe wynagrodzenie, dofinansowanie z Urzędu Marszałkowskiego Wielkopolskiego w wysokości 49% do każdego biletu miesięcznego.

Częścią wyjaśnień była również kalkulacja cenowa, z podziałem na koszty do poniesienia w ramach realizacji zamówienia. Ujęte w zestawieniu wartości odzwierciedlały liczbowo część opisową wyjaśnień. Przedstawiono ponoszone koszty na wynagrodzenia, z uwzględnieniem wspomnianej dotacji, koszty paliwa, koszty amortyzacji i eksploatacji pojazdów, koszty ubezpieczenia, koszty podatku od środków transportu, koszty administrowania dwóch linii oraz przede wszystkim zysk. Wykonawca podał również w jaki sposób doszło do wyliczenia ceny jednostkowej biletu przy uwzględnieniu danych podanych w kalkulacji. Odnosząc się do kosztów zatrudnienia pracowników i czasu ich zaangażowania w realizację przedmiotowego zamówienia, w ocenie Izby Odwołujący mylnie założył, że pracownicy pozostając poza 4 godzinami do dyspozycji pracodawcy, nie będą wykonywali innych czynności, choćby przykładowo realizowali kursów komercyjnych poza wyznaczonymi dowozami dzieci do i ze szkoły. Autocentrum słusznie ujęło w kalkulacji cenowej tę część wynagrodzenia, która rzeczywiście będzie ponoszona dla tego zamówienia, a nie całe

wynagrodzenie pracownicze, które może być przecież finansowane także z innych źródeł, zamówień.

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Autocentrum pokazał choćby w jaki sposób organizacja jego przedsiębiorstwa pozwala obniżyć koszty wykonania zamówienia. Tezy te potwierdzało złożone do wyjaśnień zestawienie cenowe. Dodatkowo Wykonawca opisał jak na cenę jego oferty oddziałuje posiadane doświadczenie zawodowe i realizowanie ich zleceń o zbliżonym charakterze prac. Zdaniem Izby bazowanie na własnym wcześniejszym doświadczeniu zawodowym nie jest bez znaczenia dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Tylko bowiem wykonawca mający doświadczenie w wykonaniu prac o charakterze i przedmiocie podobnym lub zbliżonym do zamawianego, jest w stanie prawidłowo oszacować niezbędną ilość roboczogodzin, sprzętu, materiałów, zasób pracowniczy i innych, by zadanie zostało należycie wykonane, a dodatkowo uzyskane zamówienie pozwoliło takiemu wykonawcy wygenerować zysk.

Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa Autocentrum została przedstawiona w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Dowód wykazania, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej obciążała Odwołującego, który nie sprostał w ocenie składu orzekającego Izby temu obowiązкови. W tym zakresie nie przedstawiono jakiegokolwiek materiału dowodowego. Odwołujący nie podjął żadnej próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami.

Konkludując, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....