

WYROK
z dnia 16 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Artur Szmigielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 maja 2018 r.** przez wykonawcę: **D. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. Z. HERMES GRUPE, ul. Ks. S. Kordeckiego 8, 26-026 Morawica** w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Okręgową w Kielcach ul. Mickiewicza 7, 25-352 Kielce**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża D. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. Z. HERMES GRUPE, ul. Ks. S. Kordeckiego 8, 26-026 Morawica i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą D. Z. HERMES GRUPE, ul. Ks. S. Kordeckiego 8, 26-026 Morawica tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy D. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą D. Z. HERMES GRUPE, ul. Ks. S. Kordeckiego 8, 26-026 Morawica na rzecz

Prokuratury Okręgowej w Kielcach ul. Mickiewicza 7, 25-352 Kielce kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług przewozu i przechowywania zwłok dla potrzeb Prokuratur Rejonowych w Kielcach” - numer sprawy PO VII WM 261.7.2018, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr: 539214-N- 2018 z 30.03.2018 r., przez Prokuraturę Okręgową w Kielcach, ul. Mickiewicza 7, 25-352 Kielce zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 27.04.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Rejonowego Przedsiębiorstwa Zieleni i Usług Komunalnych, ul. Sandomierska 249, 25-330 Kielce zwanej dalej: „Rejonowym Przedsiębiorstwem Zieleni i Usług Komunalnych”. Poinformował także o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp drugiej oferty D. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą D. Z. HERMES GRUPE, ul. Ks. S. Kordeckiego 8, 26-026 Morawica zwanej dalej: „D. Z. HERMES GRUPE” albo „Odwołującym”. Wykonawca zaoferował w swojej ofercie „cenę za przewóz zwłok” na kwotę 40,00 zł netto. Następnie w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego przesłał wyjaśnienia, z których wynika, iż usługę prowadzić będą dwaj pracownicy Wykonawcy zamieszkujący w Kielcach. Zamawiający nie zgodził się z informacjami zamieszczonymi w wyjaśnieniach odnośnie czasu pracy pracowników (w wyjaśnieniach podano 0,5 godziny). Wykonawca argumentował to tym, iż pracownicy ci będą za każdym razem zabierani przez właścicielkę firmy z domu, a następnie odwiezieni, a zwłoki do chłodni zostaną odwiezione przez nią samą. Zamawiający nie przyjął do wiadomości takiego sposobu wykonania usługi gdyż oznaczałoby to, iż pracownicy ci powinni pełnić całodobowy dyżur przez wszystkie dni w roku. Ponadto wykonują oni również inne czynności w miejscu zatrudnienia (czyli w miejscowości Morawica) i ich dotarcie do miejsca zdarzenia wiązałoby się z dłuższym czasem pracy. Obszar działania Prokuratur Rejonowych obejmuje cały powiat a nie tylko miasto Kielce. Wykonawca w wykazie kosztów wskazał jako koszt zatrudnienia pracowników jedynie wartość roboczogodziny na poziomie płacy minimalnej nie uwzględniając dodatkowych kosztów ponoszonych przez pracodawcę. Po przeprowadzeniu rozmów z prokuratorami stwierdzono, iż czas przebywania na miejscu zdarzenia osób odpowiedzialnych za przewiezienie zwłok często przekracza jedną godzinę.

Biorąc pod uwagę powyższe zapisy i dokonując odpowiednie obliczenia Zamawiający stwierdził, iż koszt wykonania usługi przewyższa zaoferowaną cenę.

W dniu 02.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) D. Z. HERMES GRUPE wniosła odwołanie na w/w czynność z 27.04.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.05.2018 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, mimo złożonych przez Odwołującą szczegółowych wyjaśnień w zakresie poszczególnych składników ceny, z powołaniem się przy tym przez Zamawiającego na okoliczności niepodane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący wnosil o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie w powyższym zakresie ponownego badania i oceny ofert;

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, po uprzednim wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał, iż nie zgadza się z informacjami zamieszczonymi w wyjaśnieniach odnośnie czasu pracy pracowników (w wyjaśnieniach podano 0,5 godziny), kwestionując opisany przez Odwołującego sposób wykonania usługi i wywodząc, iż pracownicy w takim wariantcie powinni pełnić całodobowy dyżur przez wszystkie dni w roku. Nadto Zamawiający zakwestionował podany w wykazie kosztów koszt zatrudnienia pracowników poprzez podanie wartości roboczogodziny na poziome płacy minimalnej bez uwzględnienia dodatkowych kosztów ponoszonych przez pracodawcę. Co jednak najistotniejsze w uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż „po przeprowadzeniu rozmów z prokuratorami stwierdzono, iż czas przebywania na miejscu zdarzenia osób odpowiedzialnych za przewiezienie zwłok często przekracza jedną godzinę”, a tym samym wyliczenia Odwołującego są nieprawidłowe i cena oferowanej usługi została rażąco zaniżona.

W ramach prowadzonego postępowania Odwołująca złożyła ofertę z ceną netto wynoszącą 19.500 zł, wskazując przy tym w tabeli cenowej jednostkową cenę za przewóz zwłok w wysokości 40,00 zł netto, cenę za 1 km przewozu poza granicami miasta w wysokości 1,50 zł netto oraz cenę za przechowywanie zwłok w wysokości 5 zł netto za dobę. Kalkulacja przeprowadzona została w oparciu o wszystkie dane przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ, a w szczególności wytyczne zamieszczone w Rozdz. V. Podkreślić należy, iż w żadnym z postanowień SIWZ nie została zawarta informacja, iż do czasu wykonania usługi należy doliczyć czas oczekiwania na wydanie zwłoki wynoszący ok. 1 godz., na który powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Pismem z 06.04.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie załączonej do oferty umowy użyczenia sprzętu oraz w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp do przedstawienia dokumentu zawierającego wyliczenie cen poszczególnych składowych mających wpływ na wartość ogólną wykonania zadania tj. cenę za przewóz zwłok, cenę za 1 km przewozu poza granicami miasta oraz cenę za przechowywanie zwłok. W odpowiedzi na wezwania Odwołująca przedstawiała szczegółowe kalkulacje w zakresie każdej z pozycji wykazując przy tym koszty bezpośrednio takie jak koszty zatrudnienia pracowników, koszty materiałowe i eksploatacyjne, koszty transportu oraz koszty pośrednie. Kolejnym pismem z 12.04.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia dalszych wyjaśnień, w szczególności w zakresie kosztów wynagrodzenia pracowników w związku z czasem realizacji usługi przewozu zwłok. Odwołująca w piśmie z 15.04.2018 r. wyjaśniła szczegółowo czas wykonania usługi z uwzględnieniem czasu pracy pracowników. Wbrew treści tychże wyjaśnień oraz wbrew dotychczasowej praktyce świadczenia usług dla Zamawiającego w ramach poprzednich przetargów, Zamawiający uznał, iż wyliczenie jest nieprawidłowe, a tym samym usługa została zaoferowana za rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności podniósł, iż jak wynika z wiedzy i doświadczenia Odwołującego, której mąż (prowadzący działalność gospodarczą pod tym samym adresem co Odwołująca) w ramach wcześniejszych przetargów świadczył analogiczne usługi na rzecz Zamawiającego, czas realizacji usługi przewozu zwłok (taki sam jak podany przez Odwołującą) nigdy nie był kwestionowany. Co więcej, w przypadku wystąpienia okoliczności nieprzewidzianych a powodujących konieczność oczekiwania na wydanie zwłok, Zamawiający obciążany był dodatkowym kosztem (faktury z tego tytułu nie były nigdy kwestionowane, były w całości opłacane przez Zamawiającego), Jeżeli zatem wolą Zamawiającego było odstąpienie od takiej praktyki, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia należało wyraźnie wskazać, iż wykonanie usługi przewozu zwłok obejmuje również czas

oczekiwania na wydanie zwłok, który może wynieść ok. 1 godz. Wobec braku takiego zastrzeżenia w SIWZ, Odwołujący zasadnie przyjął, iż wykonanie usługi obejmuje jedynie czynności niezbędne do jej wykonania, leżące po jej stronie.

Również zarzut Zamawiającej, iż podany koszt wynagrodzenia pracowników (koszt roboczogodziny na poziomie płacy minimalnej) nie obejmuje dodatkowych kosztów, uznać należy za chybiony. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający nie sprecyzował, jakie konkretnie „dodatkowe koszty” powinna uwzględnić Odwołująca, Wskazać należy, iż zatrudnienie może mieć charakter pracowniczy (umowa o pracę), jak i cywilnoprawny (umowa zlecenie). Odmienne rygory zatrudnienia pociągają za sobą odmienne konsekwencje w zakresie wynagrodzenia i ewentualnych kosztów dodatkowych. Stawka 13,70 brutto za godzinę jest minimalną stawką dla umów cywilnoprawnych, w przypadku zaś umów o pracę nie jest to stawka minimalna (2.100 zł miesięcznie dzielone przez 160 bądź 168 godzin daje bowiem odpowiednio 13,13 zł lub 12,50 zł brutto).

Jeżeli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do kosztów w zakresie wynagrodzenia pracowników, w tym odnośnie do formy zatrudnienia i faktycznie otrzymywanej stawki za godzinę winien wezwać Odwołującą do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a nie domniemywać, iż pracownicy pełnią całodobowy dyżur, czy że wskazane wynagrodzenie nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia. W orzecznictwie wskazuje się bowiem na dopuszczalność więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach.

Niezależnie od powyższego wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem KIO, przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całość ceny, a nie opierać się jedynie na niektórych jednostkowych kosztach (wyrok KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1989/14). Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadzi do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby to instytucję rażąco niskiej ceny oferty, która przedmiotem oceny czyni cenę oferty, a nie ceny jej elementów składowych (wyrok KIO z 07.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2467/17).

Z daleko idącej ostrożności wskazać również należy, iż nawet kwestionując elementy ceny odnoszące się do kosztów pracowniczych, przedstawiony przez Odwołującego łączny koszt wykonania usługi (22,06 zł) jest znacznie niższy od zaoferowanej ceny (40,00 zł), tym samym nawet gdyby uwzględnić dodatkowe koszty wynagrodzenia, o których wspomina Zamawiający lecz ich nie precyzuje, to nadal koszt ten będzie mieścił się w zaoferowanej przez Odwołującą cenie.

Kierując się natomiast opinią prawną UZP, zgodnie z którą „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień” wskazać należy, iż oferta Odwołującego - mimo iż odbiega od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację całości zadania - nie jest rażąco niska, odpowiada bowiem realiom rynku, znanym zresztą Zamawiającemu.

W tym miejscu przywołał podobne postępowania prowadzone przez Zamawiającego, a w szczególności ostatnie z roku 2018 dla Prokuratury we Włoszczowej, w ramach którego 17.01.2018 r. wybrana została oferta z ceną 3.297,02 zł. Również w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającą w 2017 r. oferowane ceny za przewóz i przechowywanie zwłok były podobne do cen oferowanych obecnie przez Odwołującą. Tym samym oferowanej cenie nie można postawić zarzutu braku wiarygodności czy nierealności. (Dowody: Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17.01.2018 r.; Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.04.2017 r.). Odwołująca w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR1989, str. 01839).

Wobec faktu, iż cena zaoferowana przez Odwołującą ma charakter rynkowy, nie odbiega od cen usług świadczonych przez inne podmioty dla Zamawiającego w tożsamym lub podobnym zakresie, a nadto Odwołująca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyła wyjaśnienia oraz szczegółowy wykaz kosztów, uznać należy, iż nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego nie tylko nie znajduje podstaw prawnych ale również faktycznych, powołane bowiem okoliczności (rzekomy dłuższy czas realizacji usługi) nie zostały sprecyzowane w SIWZ i jako takie nie mogą być podstawą zarzutu odnoszącego się do nieprawidłowego wyliczenia czasu świadczenia usługi. Także zarzut nieuwzględnienia dodatkowych kosztów wynagrodzenia pracowników - bez wezwania Odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w zakresie formy zatrudnienia, ilości pracowników, systemu czasu pracy, wysokości wynagrodzenia jest nieuzasadniony.

Zamawiający w dniu 04.05.2018 r. (osobiście) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Nie zgłoszono żadnych przystąpień.

W dniu 15.05.2018 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. **Kopia została przekazana Odwołującemu.** Zamawiający nie uchybił przepisom art. 89 ust. pkt 4 Pzp odrzucając ofertę Odwołującego, gdyż wyjaśnienia składane dwukrotnie przez Odwołującego nie potwierdziły, aby cena przewidzianego do realizacji zamówienia została skalkulowana poprawnie, co więcej, uznał iż cena ta jest rażąco niska. Odnosząc się do uzasadnienia Odwołującego Zamawiający informuje, iż na bazie dotychczasowych doświadczeń w zakresie świadczonych usług tego rodzaju przez różnych wykonawców na obszarze działania Prokuratury Okręgowej w Kielcach czas niezbędny na dokonanie czynności polegających na przewozie zwłok z miejsc różnego rodzaju zdarzeń, w których podejmowane są czynności prokuratorskie w przeważającej części przypadków przekracza 0,5 godziny. Odwołujący przyjął czas pracy zatrudnionych pracowników w wymiarze 0,5 godziny, wskazując iż każdorazowo samodzielnie będzie po nich przyjeżdżać do miejsca ich zamieszkania tj. do Kielc. Zauważyć należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług na terenie rozległego powiatu kieleckiego i w tej sytuacji Zamawiający uznał, iż nie jest możliwe wykonanie przez Odwołującą usługi we wskazanym przez nią czasie, gdyż w takiej sytuacji generowane będą wyższe od przedstawionych koszty usługi. Na potwierdzenie tego stanowiska Zamawiający podaje przykład przejazdu na trasie Kielce - Raków - Kielce, gdzie odległość wynosi ponad 42 km i czas przejazdu w jedną stronę, zgodnie z informacją pozyskaną ze strony internetowej <https://www.google.pl/maps>, określony jest na 45 minut. Podobna sytuacja występuje w przypadku przejazdu na trasie Kielce - Bieliny - Kielce, gdzie odpowiednio: odległość wynosi 26,9 km a czas przejazdu 31 minut. Jak wynika z przedstawionych przykładów czas samego transportu przekracza jedną godzinę a do kosztu usługi należy doliczyć co najmniej jeszcze czas złożenia zwłok w workach i załadunku tych zwłok (oraz wyładunku) do samochodu.

Nadmienił, że w wyjaśnieniach z 15.04.2018 r. złożonych przez Odwołującą w dniu następnym, pojawia się sformułowanie: *„W razie potrzeby w chłodni jest też pracownik prosektorium który pomaga w rozpakowaniu zwłok i przyjęciu zwłok do chłodni”*, przy czym Odwołujący części wynagrodzenia tego pracownika nie ujął w ogóle w kalkulacji ceny.

Odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego: *„Podkreślić należy, iż w żadnym z postanowień SIWZ nie została zawarta informacja, iż do czasu wykonania usługi należy doliczyć czas oczekiwania na wydanie zwłok wynoszący ok. 1 godziny (...)”*. Zamawiający potwierdza, że cytowany zapis nie znalazł się w SIWZ i jednocześnie oświadcza, że w wyjaśnieniu powodów odrzucenia oferty zapisał *„Po przeprowadzeniu rozmów z prokuratorami stwierdzono, iż czas przebywania na miejscu zdarzenia osób*

odpowiedzialnych za przewiezienie zwłok często przekracza jedną godzinę", co oznacza, że czas niezbędny na wykonanie wszystkich czynności (zapakowanie zwłok do worka, załadunek zwłok do samochodu, sprawy administracyjne itp.) wynosi średnio około 1 godziny. Mając ponadto na uwadze doświadczenie Odwołującego w zakresie realizacji tego typu usług, winna ona być świadoma czasu, jaki należy przeznaczyć na wykonanie jednego zlecenia. Odwołujący wskazał: „W pierwszej kolejności podnieść należy, iż jak wynika z wiedzy i doświadczenia Odwołującej, której mąż (,) w ramach wcześniejszych przetargów świadczył analogiczne usługi na rzecz Zamawiającego, czas realizacji usługi przewozu zwłok (...) nigdy nie był kwestionowany. Co więcej w przypadku wystąpienia okoliczności nieprzewidywalnych, a powodujących konieczność oczekiwania na wydanie zwłok, Zamawiający obciążony był dodatkowym kosztem (faktury z tego tytułu nie były nigdy kwestionowane, były w całości opłacane przez Zamawiającego)".

Zamawiający oświadczył także, że nie dokonywał płatności za czynności opisane powyżej. Zdarzały się jednak przypadki, w których mąż Odwołującej, realizując opisane usługi na rzecz Zamawiającego, naliczał dodatkową wartość z tytułu czasu pracy zatrudnionych osób, jednakże faktury, w których takie naliczenia zostały ujęte, były następnie o te wartości korygowane (Dowód: kopia faktury korygującej nr 14/10/17 z 31.10.2017 r.). Odwołujący w odwołaniu wprowadza zapis: „Również zarzut Zamawiającego, iż podany koszt wynagrodzenia pracowników (. . .) nie obejmuje dodatkowych kosztów, uznać należy za chybiony. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający nie sprecyzował, jakie konkretnie „dodatkowe koszty” powinna uwzględnić Odwołująca.” Zamawiający w SIWZ określił, iż cena winna obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, przy czym nie wskazywał szczegółowo kosztów wynagrodzenia, na które to koszty bezwzględnie mają wpływ składki na ubezpieczenie społeczne, przyjmując niejako, że Odwołująca zatrudniając pracowników posiada wiedzę, iż wynagrodzenie tych osób dodatkowo obciążane jest składkami ZUS, stanowiącymi koszt pracodawcy. W tej sytuacji Zamawiający nie był zobowiązany do wykonania czynności, które sugeruje Odwołująca: „Jeśli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do kosztów w zakresie 'wynagrodzenia pracowników, w tym odnośnie do formy zatrudnienia i faktycznie otrzymywanej stawki za godzinę winien wezwać Odwołującą do złożenia wyjaśnień w tym zakresie a nie domniemywać, iż pracownicy pełnią całodobowy dyżur, czy że wskazane wynagrodzenie nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia”. Należy jednocześnie zauważyć, że wartość tych składek naliczana jest bez względu na charakter zatrudnienia i nie ma znaczenia, czy pracownicy posiadają zawarte umowy o pracę, czy też umowy cywilno - prawne. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami z 15.04.2018 r., Odwołująca szczegółowo przedstawia sposób, w jaki realizować będzie przejazd na miejsce zdarzenia, wskazując że wykorzysta do tego

celu tylko dwóch pracowników z Kielc. W tej sytuacji Zamawiający uznał, że pracownicy ci będą zmuszeni całodobowo być dyspozycyjni, gdyż zdarzenia, w których prokurator wzywał będzie Odwołującą do realizacji zamówienia, występować będą w różnych porach dnia i nocy.

Odwołująca zarzucił Zamawiającemu, iż przy badaniu rażąco niskiej ceny badał tylko jednostkowe ceny wykonania usługi a nie brał pod uwagę jej całości. Zamawiający, uznając że koszt wynagrodzenia - w kontekście czasu pracy osób realizujących usługę - budził największe wątpliwości, skorzystał z zapisu art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp i poddał szczegółowemu badaniu ten właśnie składnik ceny, analizując także inne jej składniki, zauważając np. iż Odwołująca nie podała kosztów zakupu środków dezynfekujących, które są niezbędne przy świadczeniu opisanych wyżej usług. Zważył, iż wynik wspomnianej analizy jest wystarczający dla uznania, że cena usługi została skalkulowana na poziomie uniemożliwiającym wykonanie zamówienia. Zamawiający wnosił ponadto, aby przywołane przez Odwołującą przykłady udzielania zamówień w innych postępowaniach przetargowych realizowanych przez Zamawiającego, nie były brane pod uwagę, gdyż postępowania te prowadzone były w innym stanie faktycznym. Zamawiający uznaje, iż dokonał oceny i wyboru oferty z zachowaniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców a wszelkie zarzuty odwołania w tym zakresie są bezzasadne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący wykluczony z udziału w postępowaniu, a którego oferta została odrzucona, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, z uwagi na charakter przesłanek wykluczenia ma interes w jego kwestionowaniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: oryginalnej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego protokołem na czasookres wydania orzeczenia i sporządzenia uzasadnienia (kopia przesłana przez Zamawiającego nie dotarła co czasu otwarcia rozprawy i wydania orzeczenia), tj. postanowień SIWZ, specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, formularza ofertowego, tabeli cenowej oraz projektu umowy, oferty Odwołującego, oferty Wykonawcy którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, wezwania do

wyjaśnień z 06.04.2018 r. (pierwsze wezwanie), odpowiedzi na niniejsze wezwanie do wyjaśnień - pismo z 11.04.2018 r. /wpływ 12.04.2018 r./ (pierwsze wyjaśnienia) wraz z załącznikami, w tym w szczególności wyliczeniami cen poszczególnych składowych oferty, wezwania do wyjaśnień z 12.04.2018 r. (drugie wezwanie), odpowiedzi na niniejsze wezwanie do wyjaśnień – pismo z 15.04.2018 r. /wpływ 16.04.2018 r./ (drugie wyjaśnienia) wraz z załącznikami oraz z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego (pismo z 27.04.2018 r.).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączniki do odwołania:

- 1) Kopię ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17.01.2018 r.;
- 2) Kopię ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.04.2017 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączniki do odpowiedzi do odwołania Zamawiającego:

- 1) Kopię faktury korygującej nr 14/10/17 z 31.10.2017 r.;
- 2) Wydruki map poglądowych – 2 szt. /pozyskane ze strony internetowej: <https://www.google.pl/maps/>.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Kopię umowy z 08.01.2016 r. między Zamawiającym, a p. P. Z. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Usługowa Pogrzebowo Nagrobkowa „Hermes”;
- 2) Kopie 4 faktur z 28.12.2107 r. wraz ze zleceniami transportu;
- 3) Kopie wezwania do udzielenia wyjaśnień z 12.05.2015 r. skierowane do podmiotu, który poprzednio realizował zamówienie u Zamawiającego;
- 4) Kopie spisu listy pracowników zatrudnionych u Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, mimo złożonych przez Odwołującą szczegółowych wyjaśnień

w zakresie poszczególnych składników ceny, z powołaniem się przy tym przez Zamawiającego na okoliczności niepodane w SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Odwołującego ceny ofertowej na określonym poziomie, a w zwłaszcza istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. ceny za przewóz zwłok.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 1 SIWZ: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawia „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia” załącznik nr 1 do SIWZ.”.

Niniejszy załącznik stwierdza: „(...)

1. *Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usług przewozu i przechowywania zwłok dla potrzeb Prokuratur Rejonowych Kielce Wschód i Kielce Zachód w Kielcach*

2. *Oznaczenie przedmiotu zamówienia według Wspólnego Słownika Zamówień: 98370000-7 – usługi pogrzebowe i inne*

3. *Usługi realizowane będą sukcesywnie, zgodnie z bieżącymi zapotrzebowaniami w okresie 24 miesięcy od daty podpisania umowy.*

4. *Wykaz siedzib prokuratur oraz termin rozpoczęcia wykonywania umowy, dla których realizowane będą poszczególne zamówienia:*

1) *Prokuratury Rejonowe w Kielcach ul. Sandomierska 106 - od dnia 01.05.2018 r.*

5. *Przepisy prawne regulujące wykonanie usługi przewozu i przechowywania zwłok:*

a) *Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. z późniejszymi zmianami „O cmentarzach i chowaniu zmarłych”,*

b) *Rozporządzenie Ministra Zdrowia nr 1866 z dnia 27 grudnia 2007 r. „W sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich”,*

c) *Rozporządzenie Ministra Zdrowia nr 405 z dnia 23 marca 2011 r. „W sprawie sposobu przechowywania zwłok i szczątków”*

6. *Świadczenie powyższych usług obejmuje:*

a) *Ciągłe wykonanie usługi w okresie obowiązywania umowy w zgodzie z dyspozycją Prokuratury,*

b) *Niezwłoczne przybycie na miejsce zgonu osoby, w czasie wskazanym w ofercie i umowie od momentu wezwania, a poza granicami administracyjnymi miasta w ciągu jednej godziny od momentu wezwania.*

c) *Zapakowanie zwłok zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie, załadunek, przewóz i ich wyładunek w miejscu ich dowozu,*

d) *Zapakowanie szczątków zwłok zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie, załadunek, przewóz i ich wyładunek w miejscu ich dowozu,*

e) *Wykonanie wszystkich innych czynności związanych z przedmiotem zamówienia.*

7. *Przedmiot zamówienia musi być świadczony zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami zarówno ogólnie obowiązującymi jak i lokalnymi obowiązującymi na terenie świadczenia usługi (przepisy wydane przez samorządy terytorialne).*

8. *Pojazd przeznaczony do świadczenia w/w usług ze względu na ich specyfikę musi spełniać wszystkie wymogi techniczne i formalne określone w stosownych przepisach w tym zakresie. Każdy pojazd przewidziany do wykonywania usługi winien posiadać odpowiednią homologację na karawan, i atest sanitarny przewidziane dla tego typu usługi.*

9. *Przewóz zwłok osób zmarłych powinien być dokonywany przy zachowaniu godności osoby zmarłej. Wykonawca winien dysponować przynajmniej jednym pojazdem oraz odpowiednią ilością wykwalifikowanych osób.*

10. *Wykonawca winien dysponować możliwością przechowywania zwłok. Pomieszczenie przeznaczone do przechowywania zwłok winno odpowiadać odpowiednim przepisom dotyczącym wykonywania tego rodzaju usługi oraz zaleceniom Stacji Sanitarno – Epidemiologicznej. Pomieszczenie winno posiadać minimum trzy stanowiska do przechowywania zwłok. Pomieszczenie winno posiadać pozytywną opinię wydaną przez Stację Sanitarno – Epidemiologiczną zezwalającą na przechowywanie zwłok.*

11. *Przechowywanie zwłok odbywać się będzie od momentu przewiezienia ich do miejsca ich przechowywania do dnia wydania przez prokuratora, prowadzącego sprawę, polecenia wydania zwłok rodzinie zmarłego lub innej uprawnionej osobie. Po tym czasie zwłoki przechowywane są na koszt rodziny zmarłego.”.*

Z kolei w Rozdziale III pkt 4 SIWZ Zamawiający określił, że: „(...) Stosownie do treści art.29 ust.3a ustawy Prawo zamówień publicznych.

a. *Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2014r. oz.1502 z późn.zm.) osób wykonujących czynności związane z wykonywaniem wszystkich czynności objętych niniejszym zamówieniem.*

b. *Zamawiający informuje, że wykonawca każdorazowo na żądanie zamawiającego w terminie wskazanym przez zamawiającego nie krótszym niż 5 dni roboczych, zobowiązuje*

się przedłożyć do wglądu kopie umów o pracę zawartych przez Wykonawcę/Podwykonawcę z pracownikami wykonującymi czynności, o których mowa w pkt. 4.a) SIWZ. W tym celu Wykonawca/Podwykonawca zobowiązany jest do uzyskania od tych pracowników zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.

c. Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli zatrudnienia osób wykonujących czynności opisane w pkt. 4.a) SIWZ przez cały okres realizacji wykonywanych przez nie czynności, w szczególności poprzez wezwanie Wykonawcy/Podwykonawcy do okazania dokumentów potwierdzających bieżące opłacanie składek i należnych podatków z tytułu zatrudnienia tych osób. Zamawiający zastrzega sobie przeprowadzenie kontroli bez wcześniejszego uprzedzenia Wykonawcy/Podwykonawcy.

d. Zamawiający informuje, że nieprzedłożenie przez Wykonawcę/Podwykonawcę kopii umów zawartych przez Wykonawcę/Podwykonawcę z pracownikami wykonującymi czynności opisane w pkt. 4.a) w terminie wskazanym przez Zamawiającego, będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników na umowie o pracę i będzie podstawą do naliczenia kar umownych w wysokości określonej w załączonym do SIWZ projekcie umowy, a także podstawą do zawiadomienia Państwowej Inspekcji Pracy o podejrzeniu zastąpienia umowy o pracę z osobami wykonującymi pracę na warunkach kreślonych w art.22§1 ustawy Kodeks pracy, umową cywilnoprawną.

Uwaga !!! wymogi opisane w pkt.4 niniejszej siwz znajdują odniesienie także do dalszych podwykonawców.”.

Zamawiający określił w Rozdziale V – Obliczenie ceny i kryteria oceny ofert. W pkt 1 - Opis sposobu obliczenia ceny: „ (...)

- 1) Cenę oferty (wartość brutto oferty) należy wyliczyć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).
- 2) Przy wyliczaniu wartości cen poszczególnych elementów należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie wyliczenia ceny.
- 3) Jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest mniejsza niż 5 to przy zaokrągleniu drugiej cyfry nie zmienia się, jeżeli trzecia cyfra po przecinku jest równa 5 lub większa, to drugą cyfrę należy zaokrąglić w górę.

Tabela cenowa										
Część	Cena za przewóz zwłok (netto zł)	Ilość	Wartość (netto zł)	Cena za 1 km przewozu poza granicami miasta (netto zł)	Ilość kilometrów	Wartość (netto zł)	Cena za przechowywanie zwłok (netto zł/dzień)	Ilość	Wartość (netto zł)	Łączna wartość (netto zł)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
1	xxx	120	xxx	xxx	2500	xxx	xxx	240	xxx	xxx

Łączna wartość x 2 lata = Łączna wartość netto

Tabelę w załączniku ofertowym należy wypełnić w następujący sposób:

- a) w pierwszej kolejności Wykonawca wypełnia kolumny Cena jednostkowa netto [zł] kolumna 1, 4 i 7
 - b) w drugiej kolejności wypełnia kolumnę (3, 6, 9) Wartość netto [zł] (każdy wiersz z osobna, mnożąc kolumnę Cena jednostkowa netto [zł] (1, 7, 7) przez kolumnę Ilość [jm] (2, 5, 8),
 - c) W trzeciej kolejności wyliczyć należy Łączną wartość (netto zł) kolumna 11, poprzez zsumowanie Wartości netto kolumny 3, 6, 9
 - d) W czwartej kolejności Łączną wartość (netto zł) mnożymy przez 2 lata
 - e) w piątej kolejności wylicza Wartość podatku, przyjmując odpowiednią stawkę VAT,
 - f) w szóstej kolejności wylicza łączną wartość wykonania zadania, Łączną wartość brutto poprzez dodanie Wartości podatku VAT do Łącznej wartości netto.
- 4) Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), cena wykonania zamówienia obejmuje wszystkie elementy składowe, za wykonanie których Zamawiający jest zobowiązany Wykonawcy zapłacić, w tym również podatek VAT.
- 5) Cena oferty ma charakter ryczałtowy odpowiadający zakresowi, o którym mowa wyżej z uwzględnieniem wszystkich nakładów oraz prac zapewniających wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena uwzględniać musi wymagania techniczno – jakościowe materiałów żądanych przez Zamawiającego zgodnie z dokumentacją przetargową i wymaganiami Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.
- 6) Cena podana w ofercie winna zawierać wszelkiego rodzaju opłaty: podatek VAT, cenę transportu, załadunku zwłok, cenę worka, koszty pracownicze oraz inne koszty związane z wykonaniem zadania. Cena podana w ofercie winna wynikać z wypełnionego formularza cenowego, stanowiącego załącznik do tej oferty.
- 7) Cena podana w ofercie musi obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego;
- 8) Rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą dokonywane będą w walucie „złoty polski”
- 2. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert**
- 1) Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej:
cena - 60 pkt

termin płatności faktur – 20 pkt

czas dojazdu na miejsce zdarzenia w obrębie miasta – 20 pkt

2) Podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty będzie wartość brutto oferty wyliczona zgodnie z ust. 1 pkt 3 niniejszego rozdziału oraz zaproponowany termin płatności czasem dojazdu na miejsce zdarzenia, od momentu wezwania, w obrębie miasta na terenie którego znajduje się Prokuratura na rzecz której świadczone będą usługi;

3) Sposób porównania oferowanych cen dla każdego z zadań z osobna:

- oferta z najniższą ceną dla poszczególnego zadania za pełny zakres zamówienia otrzyma maksymalną ilość punktów (60 pkt), pozostałe oferty zostaną przeliczone proporcjonalnie do najtańszej według wzoru:

$$\text{Cena} = \frac{C_n}{C_b} \times 60 = \text{ilość punktów}$$

Gdzie: C_n – cena oferty najkorzystniejszej

C_b – cena oferty badanej

- ocena w kryterium termin płatności zostanie oceniona w następujący sposób:

Termin płatności do 14 dni – 0 pkt

Termin płatności od 15 dni do 20 dni – 10 pkt

Termin płatności od 21 dni i powyżej – 20 pkt.

Zamawiający informuję, iż w przypadku wpisania wartości większej niż 30 dni w umowie zostanie wpisana wartość równa 30 dni.

- ocena w kryterium czas dojazdu na miejsce zdarzenia w obrębie miasta od momentu wezwania.

Czas dojazdu powyżej 46 minut – 0 pkt

Czas dojazdu od 31 do 45 minut – 10 pkt

Czas dojazdu do 30 minut – 20 pkt

4) Ocena ofert zostanie przeprowadzona w oparciu o przedstawione powyżej kryteria oraz ich wagę.

5) Zamawiający przyzna zamówienie Wykonawcy, którego oferta odpowiada zasadom określonym w ustawie prawo zamówień publicznych i spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz została uznana za najkorzystniejszą, według przyjętych kryteriów, tj. uzyska najwięcej punktów.”

Nadto, w tabeli cenowej stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ – Zamawiający wskazał, że: „Tabela zawiera szacunkowe ilości przewozów oraz kilometrów wykonywanych poza granicami miasta. Powyższe wielkości mogą ulec zmianie zależnie od ilości zleceń.”

Odwołujący złożył ofertę na cenę 19 500,00 zł. (za okres 2 lat). Cena roczna 9750,00 zł. netto, będąca zarazem ceną brutto z racji zwolnienia podatkowego – art. 113 ust. 1 ustawy VAT. Zgodnie z tabelą cenową zaoferował cenę za przewóz zwłok (netto) – 40 zł. Ilość 120. Wartość – 4.800,00. Cena za 1 km przewozu poza granicami miasta (netto) – 1,50 zł. Ilość km. 2500. Wartość – 3.750,00. Cena za przechowywanie zwłok (netto zł/dzień) – 5,00 zł. Ilość 240. Wartość 1200,00 zł. Wskazano w ofercie czas dojazdu na miejsce zdarzenia w obrębie miasta – 30 min.

Zamawiający w ramach wezwania do wyjaśnień z 06.04.2018 r. (pierwsze wezwanie) stwierdził: „(...) Zamawiający po przejrzaniu oferty stwierdził, iż zachodzi podejrzenie o zastosowanie w niej rażąco niskiej ceny - art. 90 ust 1a Pzp. W związku z powyższym, zgodnie z zapisem art. 90 ust 1 Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawcę do dostarczenia dokumentu zawierającego wyliczenie cen poszczególnych składowych mających wpływ na wartość ogólną wykonania zadania, tj. cenę za przewóz zwłok, cenę za 1 km przewozu poza granicami miasta oraz cenę za przechowywanie zwłok. Poszczególne czynniki mające wpływ na wyliczenia należy udokumentować.(...)”.

W odpowiedzi na niniejsze wezwanie do wyjaśnień - pismo z 11.04.2018 r. /wpływ 12.04.2018 r./ (pierwsze wyjaśnienia) Odwołujący przedstawił załączniki, w tym w szczególności wyliczenia cen poszczególnych składowych oferty. Przedłożono wykaz kosztów wchodzących w skład ryczału za przewóz zwłok w obrębie miasta (dotyczy jednego zlecenia), wykaz kosztów wchodzących w skład kosztów przewozu zwłok poza obręb miasta oraz wykaz kosztów wchodzących w skład przechowywania zwłok. Nadto, kopie 2 szt. - faktur za paliwo oraz 1 szt. - fakturę za worki na zwłoki. W wykazie kosztów wchodzących w skład ryczału za przewóz zwłok w obrębie miasta, Odwołujący wyszczególnił koszty wynagrodzenia pracowników, koszty materiałowe, środki dezynfekujące, transport zwłok w obrębie miasta oraz koszty pośrednie wraz z kosztami utrzymania gotowości do wykonania usługi. W pierwszej pozycji podał ilość pracowników 2 osoby ilość godzin pracy 0,5 (czas dojazdu na miejsce zdarzenia = ilość roboczogodzin 0,5. Jako cenę jednostkową podał 13,70 zł./rbh. W drugiej pozycji podał generalnie wartość worków na zwłoki – 6,15 zł. (reszta pozycji została określona wartością zero / wartość rękawiczek jednorazowych i pozostałych materiałów/. Stwierdzono także w kolumnie uwagi, że w kpl z workiem jest kpl 2 par rękawiczek jednorazowych. W trzeciej pozycji podano wartość zero za komplet. W czwartej pozycji – ilość kilometrów (dojazd i przewóz) w obrębie miasta 5 km - 0,41 zł./km (2,05 zł). W uwagach podano rodzaj paliwa oraz markę samochodów z nr rejestracyjnym. W piątej wyliczenia 10 zł x 12 m-cy = 120 zł./rok, 500 (1) oso + 240 (2) os = 740 os/rok, 120 zł./rok/740 os/rok = 0,16 zł/os. W uwagach stwierdzono – Koszty związane z utrzymaniem gotowości do wykonania zadania (np. telefon). Łącznie – 22,06 zł. W wykazie kosztów wchodzących

w skład kosztów przewozu zwłok poza obręb miasta Odwołujący wyszczególnił koszty samochodu, koszty eksploatacyjne (łącznie w ciągu roku, stosunkowo do zakresu zadania) oraz opłaty (łącznie w ciągu roku, stosunkowo do zakresu zadania). W pierwszej pozycji – podał koszt spalania oraz cena paliwa a w uwagach rodzaj paliwa – olej napędowy – 0, 36 zł./km. W drugiej pozycji ujęto koszty napraw, eksploatacyjne, samochód amortyzowany – 0,03 zł./km. W trzeciej koszty ubezpieczenia, komunikacyjne przeglądy – 0,02 zł./k. Łącznie - 0,41 km. W wykazie kosztów wchodzących w skład przechowywania zwłok podał procentowy udział w kosztach przechowywania zwłok w ramach zleceń prokuratorskich przy założeniu ilości zwłok dla danej części w stosunku do ogólnej liczby przechowywanych zwłok oraz koszty dysponowania pomieszczeniami.

Zamawiający w ramach wezwania do wyjaśnień z 12.04.2018 r. (drugie wezwanie) stwierdził: „(...) *W wyliczeniach kosztów związanych z ryczałtem za przewóz zwłok Wykonawca wskazał czas pracy pracowników na dojazd do miejsca wezwania. W wyliczeniach nie został uwzględniony czas potrzebny na zapakowanie i załadunek zwłok oraz ich przewóz i rozładunek. Proszę o przedstawienie wyjaśnień i uwzględnienie tego faktu w wyliczeniu kosztów wykonania usługi.*

Do wyliczenia kosztów związanych z przechowywaniem zwłok przyjęto 2000 ciał/rocznie przechowywanych poza zleceniami prokuratorskimi. Zważywszy na fakt, iż w stosunku do dużej ich części wykonywana jest również usługa pochówku może to spowodować, iż w przypadku podpisania umowy w ramach powyższego postępowania, zwiększenia obrotu netto Wykonawcy i konieczności płacenia podatku VAT, a co za tym idzie zwiększenia wartości wykonywania zadania. Proszę o podanie dokładnej kwoty obrotu za rok 2017. (...)”

W odpowiedzi na niniejsze wezwanie do wyjaśnień – pismo z 15.04.2018 r. /wpływ 16.04.2018 r./ (drugie wyjaśnienia) Odwołujący stwierdził: „(...) *W wyliczeniach został uwzględniony czas na dojazd z miejsca zamieszkania pracowników zapakowanie zwłok, załadunek zwłok oraz odwóz pracowników z powrotem pod dom. A mianowicie obydwaj pracownicy mieszkają w Kielcach a dokładnie w centrum jeden przy Placu Wolności a drugi przy ul. Śniadeckich, ja jako kierowca przyjeżdżam do Kielce zabieram pracowników spod domu po czym przyjeżdżamy na miejsce zdarzenia, pracownicy pakują i ładują zwłoki na karawan. Po zakończeniu prac podwożę pracowników z powrotem pod dom a ja sama ze zwłokami wracam na miejsce rozładunku do chłodni w Morawicy, gdzie do rozładunku nie potrzeba jest dwóch osób tylko jedna gdyż ciało za pomocą wysuwalnej szuflady na karawanie przekładamy automatycznie na wózek hydrauliczny który znajduje się w pomieszczeniu chłodni a następnie na pomocą automatycznego wózka wsuwamy zwłoki na tacy do chłodni, (w razie potrzeby w chłodni jest też pracownik prosektorium który*

pomaga w rozpakowaniu zwłok i przyjęciu zwłok do chłodni). Dlatego też podany przeze mnie czas jest prawidłowy.

Wyjaśniam również, że moja firma nigdy nie prowadziła, nie prowadzi usług w zakresie kompleksowej obsługi pogrzebowej tylko w pewnej jej gałęzi, mianowicie jedynie w transporcie zwłok z miejsca zdarzenia do chłodni oraz przechowania zwłok w chłodni, resztę usługi kompleksowej obsługi pogrzebu wykonuje firma mojego męża, która mieści się pod tym samym adresem. Mój obrót na 2017 wynosi 105 219,29 zł.

W załączniku odnośnie % udziału przechowania zwłok w chłodni w stosunku do zleceń prokuratorskich jest błąd w opisie, wartość jest podana prawidłowa lecz opis jest błędny, gdyż tak jak mówi załącznik nr 1 ciał przechowywanych w ciągu roku jest 500 szt. A dób przechowywania tych ciał w ciągu roku jest 2000 (może być 2000 ciał po 1 dobie a może być np. 500 ciał po 4 doby w ciągu roku co nam da też 2000) gdyż zwłoki są przywożone do prosektorium lecz nie ma od razu pogrzebu tylko za kilka lub nawet kilkanaście dni (dób).” Nadto, przedstawił także poprawiono opis z ilości przechowywanych zwłok w ciągu roku 2000 na ilość dób przechowywanych zwłok w ciągu roku 2000 – tj. poprawiony wykaz kosztów wchodzących w skład przechowywania zwłok.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania sformułowanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów odwołania wskazanych powyżej, Izba uznała, że podlegają w/w zarzuty oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

W pierwszej kolejności Izba za orzecznictwem podnosi dopuszczalność badania istotnej części składowej zaoferowanej części w kontekście zaoferowanej ceny.

Izba uznała, że cena za przewóz zwłok zakwestionowana przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 27.04.2018 r. niewątpliwie ma taki walor. Potwierdza to nie tylko argumentacja Zamawiającego z rozprawy, którą należy potwierdzić. Cena to bowiem - wartość 4.800,00 zł netto rocznie - stanowi połowę całej usługi w przedziale 1-go roku. Nadto, nastąpiło jej wydzielenie przez Zamawiającego. Dodatkową, bowiem okolicznością jest stan rzeczy taki, że jest ona podstawą rozliczenia przy każdym zleceniu. Wynika to chociażby z kopii 4 faktur wraz z zleceniami złożonymi przez Odwołującego na rozprawie, jak i faktury korygującej

złożonej przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie. Jednocześnie, Izba podnosi, że wielkości podane do przeliczeń w tabeli cenowej przez Zamawiającego mają charakter szacunkowy, co wyraźnie wskazano pod tą tabelą. Nie pozostaje to bez wpływu na ocenę istotności tego elementu cenowego. De facto bowiem każdy z wydzielonych elementów ma taki sam walor istotności.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża przede wszystkim wezwanego zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. Z kolei art. 190 ust. 1a pkt 2 Pzp nakładający na Zamawiającego ciężar dowodowy w postępowaniu przed Izbą, tego nie zmienia. Izba przypomina także za orzecznictwem, że kalkulacja, taka jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16). Nadto, Izba podzieliła stanowisko wynikające z wyroku KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16, gdzie stwierdzono, iż: *"Okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Stopień ogólności podanych informacji przez wybranego wykonawcę i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych"*.

W dalszej kolejności, Izba wskazuje, że analiza zaistniałego stanu faktycznego oraz dowodów, dała podstawę do uznania braku podstaw do ewentualnego dalszego dopytywania (po raz trzeci Odwołującego). Izba podnosi za wyrokiem KIO z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: *„(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy"*. Podobne stanowisko Izba wyraziła

w wyroku KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17. W przedmiotowym stanie faktycznym przedłożone bowiem dwukrotnie wyjaśnienia w zestawieniu z częścią argumentacji Odwołującego dają podstawę do uznania, że miałyby one (ewentualne kolejne wyjaśnienia) charakter nie wyjaśnień doprecyzowujących, ale zmieniających, a wręcz przebudowujących wcześniej złożone wyjaśnienia – zwłaszcza pierwsze z nich (11.04.2018 r./wpływ 12.04.2018 r.). Wykonawca bowiem nie może pod wpływem argumentacji Zamawiającego zmieniać wewnętrzną strukturę udzielonych wyjaśnień, twierdząc że część kosztów pracowniczych ujął w cenę za 1 km przejazdu poza obrębem miasta, tzn. zmieniać złożony wykaz kosztów wchodzących w skład kosztów przewozu zwłok poza obręb miasta. Nic bowiem takiego nie wynika z pisemnych wyjaśnień z 11.04.2018 r./wpływ 12.04.2018 r.) i przedstawionego załącznika wykazy kosztów wchodzących w skład kosztów przewozu zwłok poza obręb miasta. W pierwszej bowiem pozycji – podał wyłącznie koszt spalania oraz cena paliwa a w uwagach rodzaj paliwa – olej napędowy. Nadto, Izba uznała za niedopuszczalne twierdzenia Odwołującego, że ewentualne doliczenie pewnych elementów nie ujętych w złożonych wyliczeniach – cen poszczególnych składowych oferty – nie wpłynie na cenę i tym samym jego odwołanie jest zasadne. Jeśli bowiem tak było, to winien Odwołujący to uczynić w ramach złożonych i ocenionych przez Zamawiającego wyliczeń. Izba przypomina bowiem, że bierze pod uwagę stan rzeczy jaki istniał w momencie, gdy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, a nie hipotetyczny, nieznan Zamawiającemu.

Izba stwierdza bowiem, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzone dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że brak doliczenia, czy też ujęcia kosztów pracodawcy w stawce roboczogodziny (podano 13, 70 zł) jest oczywisty /pozycja pierwsza wykazy kosztów wchodzących w skład ryczałtu za przewóz zwłok w obrębie miasta (dotyczy jednego zlecenia)/. Przy czym, jeśli jest to umowa zlecenia /na co wskazywałaby podana wielkość – Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz. U. z 2017 poz. 1747) opublikowano – 15.09.2017 r./ (to dodatkowo należy

zwrócić uwagę na obostrzenie Zamawiającego w Rozdz. III pkt 4 SIWZ – w kontekście art. 29 ust. 3 a Pzp/. Jeśli, zaś umowa o prace, to ani stawka 13,13 zł, ani 12, 50 zł /podane w odwołaniu/ nie pozwalają na uznanie uwzględnienia w stawce 13,70 zł kosztów pracodawcy /20,74%/. Jednocześnie, Izba podnosi, że dowód złożony w tym kontekście przez Odwołującego, że Zamawiający nie wymagał ich ujęcia, nie dotyczy aktualnego postępowania, lecz poprzedniego – nosi datę 12.05.2015 r. Każdorazowo Wykonawcy przy powtarzającym się postępowaniu starają się, ale i winni uzyskać bieżące potwierdzenie adekwatności wcześniejszych ustaleń w bieżącym postępowaniu. Tym bardziej w kontekście art. 29 ust. 3 a Pzp oraz nowelizacją przepisów Pzp, a ściślej art. 90 ust.1 Pzp, która weszła w życie – 01.09.2016 r. Ze wskazanym dniem bowiem, na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1265) zmianie uległ m.in. art. 90 w ust. 1 pkt 1 Pzp. Izba dodatkowo wskazuje za orzecznictwem: „ (...)Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest, w ocenie Izby, zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm. dalej: „ustawy SUS”) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę a cohaerentia i a completudine uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp. /Jeżeli zaofiarowana 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 m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp)./. W zakresie ujęcia obowiązkowych składek Izba wskazuje na wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, z 09.03.2015 r., sygn.. akt: KIO 346/15, czy też na wyrok z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15. Przy czym, przywołane zmiany w drugiej połowę 2016 r., wprowadzenie stawki godzinowej skutkują

koniecznością ciągłej ewolucji orzecznictwa w zakresie niniejszej kwestii. (...)". (za wyrokiem KIO z 14.06.2017 r., sygn.. akt: KIO 1074/17).

Oдноśnie niewłaściwego przedstawienia czasu pracy pracowników (w wyjaśnieniach podano 30 minut). Niewątpliwie jest to jedynie czas dojazdu, a nie powrotu. Drugie wyjaśnienia - pismo z 15.04.2018 r. /wpływ 16.04.2018 r./ potwierdzają brak ujęcia w przedstawionym wyliczeniu tego czasookresu. W tym kontekście Izba zwraca uwagę na kryterium oceny ofert – czas dojazdu na miejsce zdarzenia w obrębie miasta. Należy zauważyć, że czas owego dojazdu oraz czas przewozu, tudzież czas pracy pracowników nie są równoznaczne ze sobą. Nie pozostaje to bez wpływu na cenę przewozu zwłok w obrębie miasta i jej wiarygodność i realność, gdyż należałoby uwzględnić wszelkie koszty także inne związane z wykonaniem zadania. A sam Odwołujący wskazał w drugich wyjaśnieniach, że odwozi pracowników z miejsca zdarzenia do ich miejsca zamieszkania w Kielcach, gdzie pełnią dyżur telefoniczny (tak wynika z pozycji 5 - wykazy kosztów wchodzących w skład ryczału za przewóz zwłok w obrębie miasta (dotyczy jednego zlecenia)/. Nadto, do tego czasookresu należy doliczyć czas na złożenie, załadunek do samochodu oraz wyładunek. W konsekwencji czas niezbędny do wykonania zamówienia jest dłuższy niż 1 h (0,5 h to jedynie czas dojazdu, a nie powrotu i nie jest całym czasem pracy pracownika).

Oдноśnie kwestii ujęcia lub też nie czasu oczekiwania na wydanie zwłok, to ten element nie był jednoznacznie wskazany w SIWZ i nie mógł być podstawą do ewentualnego kwestionowania przedstawionej wyceny. Ta okoliczność została przyznana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i Izba uznała tą okoliczność za notoryjną. Przy czym, w kontekście wcześniejszych rozważań przedstawionych powyżej, nie ma to znaczenia w kontekście oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, gdyż nie ma to wpływu na wynik.

Oдноśnie środków dezynfekujących, kwestia ta nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, w konsekwencji zarzut ten nie może być w tym kontekście rozpatrywany. Jest to okoliczność nowa, która pojawiła się dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie mógł się z nią zapoznać, przed złożeniem odwołania.

Względem całodobowego dyżuru 2 pracowników przez wszystkie dni w roku. Niewątpliwie stanowiło to domniemanie Zamawiającego. W tym kontekście, mogłoby stanowić pewien asumpt do ewentualnego wezwania do wyjaśnień. Jednakże, w kontekście pozostałych okoliczności jest to bez znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, gdyż nie ma to wpływu na wynik. Izba jedynie zwraca uwagę, że złożona na rozprawie przez Odwołującego lista pracowników (bez żadnej daty), nie potwierdza, że

u Odwołującego pracuje więcej osób – mających miejsce zamieszkania w Kielcach (jak twierdził na rozprawie Odwołujący /brak jakichkolwiek informacji w tym zakresie na tej liście/). Nadto, lista ta podaje stawki miesięczne wynagrodzenia – 2000 zł brutto, a nie 2100 zł brutto. Izba naturalnie dopuszcza możliwość zaistnienia omyłki pisarskiej, ale równie dobrze owa lista może być nieaktualna, tj. z ubiegłego roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem. (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....