

Sygn. akt: KIO 2645/15

WYROK
z dnia 18 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SERINUS Sp. z o.o., ul. Krasickiego 43/2, 26-600 Radom i RR Security Grupa Sp. z o.o. ul. Warecka 9 lok. 55, 00-034 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie, ul. Knosały 3/5B, 10-015 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P. A., ul. Chwaszczyńska 49A/3, 81-571 Gdynia**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SERINUS Sp. z o.o., ul. Krasickiego 43/2, 26-600 Radom i RR Security Grupa Sp. z o.o. ul. Warecka 9 lok. 55, 00-034 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SERINUS Sp. z o.o., ul. Krasickiego 43/2, 26-600 Radom i RR Security Grupa Sp. z o.o. ul. Warecka 9 lok. 55, 00-034 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kontrolę biletów w środkach komunikacji miejskiej i windykacji należności”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18 września 2015 r. pod nr 2015/S 181-328067.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. SERINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu i RR Security Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 4 grudnia 2015 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 24 listopada 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 7 grudnia 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 10 grudnia 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REWIZOR P. A. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 17 grudnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na:

- ocenie ofert;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Czynności tej zarzucił:

- naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Przystępujący sprostą ciężącemu na nim ciężarowi dowodu;
- naruszenie art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach koszty pracy na poziomie nie niższym, niż minimalne krajowe wynagrodzenie za pracę, podczas gdy koszty te są na niższym poziomie;
- naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że dowody złożone przez Przystępującego potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy w rzeczywistości z dowodów i wyjaśnień wynika wniosek przeciwny;
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę,
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) ocenę ofert w ramach kryterium pozacenowego „cena nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej”.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem konieczności:
 - a) ustalenia, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę;
 - b) odrzucenia oferty Przystępującego;
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który Odwołujący zobowiązał się przedłożyć na koniec postępowania;
- 4) dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, wskazał, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach, uzasadniając zaoferowaną przez siebie cenę podkreślił, że:

- 1) planuje zatrudnić osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności i uzyskać dofinansowanie PFRON, co obniży koszty pracownicze do kwoty 15.050 zł;

- 2) planuje zatrudnić jedną osobę na stanowisku biurowym do realizacji elementów przedmiotowo istotnych umowy, innych niż kontrolowanie biletów;
- 3) koszt najmu lokalu i inne koszty związane z obsługą umowy wyniesie 4.000 zł.

Wykonawca ten podał, że na koszty realizacji przedmiotu umowy składają się:

- 1) koszty wynagrodzeń 14 kontrolerów w kwocie 30.080 zł;
- 2) koszt wynagrodzenia jednego pracownika biurowego w kwocie 2.200 zł;
- 3) koszty najmu biura w kwocie 4.000 zł;
- 4) koszty wykupu niezwindykowanych opłat w kwocie 1.700 zł,

to jest razem 38.700 zł, zaś uwzględniając dziesięcioprocentową rezerwę - 42.570 zł.

Przystępujący podał także, że wskutek zatrudnienia 14 kontrolerów z orzeczonym stopniem niepełnosprawności oraz takiego samego pracownika biurowego koszty wynagrodzeń w obu grupach spadną odpowiednio do 15.050 złotych i 1.075 złotych. Przystępujący w ocenie Odwołującego nie uwzględnił przy tym takich okoliczności, jak koszty obsługi prawnej i kierowania do sądu spraw o zapłatę oraz opłat pocztowych. Wskazał, że zgodnie z SIWZ i wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ wykonawca jest obowiązany do wysyłania upomnień po 30 dniach od wystawienia wezwania do zapłaty (dnia kontroli) oraz kierowania do postępowania sądowego spraw w terminie 60 dni od wysłania upomnienia, a Przystępujący nie uwzględnił w swojej kalkulacji kosztów opłat pocztowych niezbędnych do wysłania wezwań do zapłaty, jak również nie uwzględnił kosztów obsługi prawnej i kosztów wpisów sądowych w sprawach o zapłatę, które to koszty wykonawca winien ponieść stosownie do postanowień § 11 ust. 6 wzoru umowy i które to koszty są określone odpowiednio w ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. o opłatach za czynności radców prawnych oraz ponoszeniu przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, jak również w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. o opłatach za czynności adwokackie i ponoszeniu przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu. Odwołujący podkreślił, że wynagrodzenie minimalne w 2016 r. wyniesie 1 850 zł brutto, a na realny koszt zatrudnienia dla pracodawcy składają się jednak także dodatkowe świadczenia i składniki, do których uwzględnienia jest on zobowiązany na mocy odpowiednich przepisów prawa. I tak – według niego:

- do minimalnego wynagrodzenia należy doliczyć składkę na ubezpieczenie emerytalne i rentowe w części finansowanej przez pracodawcę oraz
- składkę na ubezpieczenie wypadkowe, których obowiązek opłacania wynika z art. 16 ust. 1 i nast. i art. 17 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 1 i art. 8 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, jak również

- składkę na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wynikające odpowiednio z art. 9 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy i art. 104 ust. 1 pkt 1 lit. a i nast. ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

Wobec powyższego wskazał, że w przypadku zatrudnienia pracownika z minimalnym wynagrodzeniem, kwotę wynagrodzenia należy powiększyć o 383,69 zł (składka na ubezpieczenie emerytalne 180,56 zł, składka na ubezpieczenie rentowe 120,25 zł, na ubezpieczenie wypadkowe 15,54 zł, składka na Fundusz Pracy 45,33 zł, składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 1,85 zł), co daje łączny, realny koszt zatrudnienia jednego pracownika, jaki ponosi pracodawca, w wysokości 2.213,53 zł brutto. Podniósł również, że dodatkowo SIWZ wymagała, aby kontrole przeprowadzało co najmniej 14 kontrolerów i byli oni zatrudnieni w każdym miesiącu trwania umowy, a Przystępujący dokonując kalkulacji nie wziął pod uwagę, że pracownikom kontrolującym przysługuje urlop wypoczynkowy w wymiarze co najmniej 20 dni w ciągu każdego roku, a zatem na czas nieobecności pracowników spowodowanych urlopem niezbędne będzie zapewnienie za nich zastępstwa. Przyjmując, że kontrolerom przysługiwać będzie właśnie taki wymiar urlopu wypoczynkowego i przyjmując, że koszt zatrudnienia innych osób na zastępstwo będzie identyczny, jak w przypadku osób zatrudnionych na stałe, koszty związane z urlopem pracowniczym wynoszą - w przeliczeniu na jeden miesiąc roku i na jedną osobę - 175,68 zł. Według wyliczeń Odwołującego, doliczając koszty związane z urlopem pracowniczym koszt zatrudnienia jednego pracownika wynosi brutto miesięcznie 2.389,21 zł i taką też kwotę w swojej kalkulacji słusznie przyjął Zamawiający. Wskazał, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał, że zamierza zatrudnić osoby z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności, do zatrudnienia których może uzyskać dofinansowanie Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PEFRON), ale nie udowodnił przy tym, że w ogóle jest możliwość zatrudnienia takich osób. Niezależnie od tego, czy osoby niepełnosprawne będą spełniać wymagania Zamawiającego, w szczególności wymagania co do posiadania odpowiednich predyspozycji psychicznych, wskazał, że należy wziąć pod uwagę informacje, jakich Odwołujący zasięgnął w Miejskim Urzędzie Pracy w Olsztynie na temat tego czy w Olsztynie są osoby niepełnosprawne zainteresowane podjęciem pracy w charakterze kontrolera biletów. Z uzyskanej przez Odwołującego odpowiedzi wynika, że w Olsztynie brakuje osób niepełnosprawnych chętnych lub gotowych do zatrudnienia na tym stanowisku, zatem wydaje się nierealne zatrudnienie przez Przystępującego siedmiu, a już tym bardziej czternastu pracowników w tym charakterze. Na tę okoliczność przedstawił jako dowód w sprawie wiadomość poczty elektronicznej Miejskiego Urzędu Pracy w Olsztynie z 2 grudnia 2015 r. Podkreślił, że

w powyższej wiadomości Urząd Pracy zwrócił również uwagę na okoliczności, które utrudniają zatrudnianie osób niepełnosprawnych takie, jak konieczność zachowania przez nich dobrej kondycji fizycznej i pracę zmianową, a także pracę w godzinach nocnych. Wskazał, że zasady zatrudniania osób niepełnosprawnych regulują przepisy ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Przywołał art. 15 tejże ustawy, wskazując, że wykonawca, chcąc zatrudnić kontrolerów o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności winien był wziąć pod uwagę skrócony czas pracy, a zatem konieczność zatrudnienia większej liczby osób, a tymczasem Przystępujący faktu tego nie uwzględnił; powyższego nie uwzględnił również Zamawiający w swojej kalkulacji. Podkreślił też, że ani Przystępujący, ani Zamawiający nie uwzględnili okoliczności, że osoby niepełnosprawne nie mogą pracować w porze nocnej. Zamawiający wymaga, żeby kontrole biletowe były dokonywane przez całą dobę; zgodnie z art. 151 Kodeksu pracy pora nocna stanowi osiem godzin między godziną 21:00 a 7:00, a zatem czas trwania pory nocnej przypada w najlepszym przypadku na czas pracy jednej zmiany kontrolerów. Przywołał art. 26 cytowanej ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zgodnie z którym osobie z orzeczoną umiarkowaną albo znacznym stopniem niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni rocznie, co dodatkowo zwiększa koszt zatrudnienia takiej osoby niepełnosprawnej, czego Przystępujący nie wziął pod uwagę. Ponadto podkreślił, że Przystępujący nie wykazał, że wynikające z ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych dofinansowanie w ogóle będzie mu przysługiwało. Przywołał art. 26a cytowanej ustawy, zgodnie z którym dofinansowanie nie przysługuje pracodawcy zatrudniającemu co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i nieosiągającemu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%, Przystępujący zaś nie wykazał, ilu pracowników zatrudnia i czy wskaźnik ten zostałby przez niego osiągnięty i nie wykazał także, że spełnia wymagania formalne do objęcia dofinansowaniem. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający w swoim formularzu oceny ceny usługi kontroli i windykacji należności przyjął koszty pracownicze Przystępującego w części „koszty” w pozycji 4 w wysokości 12.920,52 zł, Odwołujący zaś nie wie, na podstawie czego obliczona jest ta suma, skoro nawet sam Przystępujący w swoich wyjaśnieniach deklaruje sumę 15.050 zł uwzględniając maksymalne dofinansowanie PFRON, jakie spodziewa się uzyskać.

Co do możliwości wykonania innych elementów przedmiotu zamówienia przez 1 osobę Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał, że do wykonania innych elementów przedmiotu zamówienia, takich jak ewidencja wezwań, przyjmowanie reklamacji i skarg podróżnych i obsługa biura wystarczające jest zatrudnienie jednej osoby.

Odwołujący wskazał, że w wykonywanie tych czynności zaangażowane są przez obecnego wykonawcę aż trzy osoby, a czynności te obejmują m.in.:

- ewidencję wezwań - przeciętnie 2.129 wezwań miesięcznie;
- sporządzanie i wysyłanie upomnień - przeciętnie 1.188 upomnień miesięcznie;
- przyjmowanie skarg, reklamacji i umarzanie opłat z przyczyn umożliwiających umorzenie po wpłacie opłaty manipulacyjnej - przeciętnie 405 czynności miesięcznie; oznacza to, że w 405 sprawach pracownicy musieli sporządzić i wysłać jakiś dokument;
- kierowanie spraw do postępowania sądowego - przeciętnie 863 sprawy miesięcznie.

Powyższe według Odwołującego oznacza, że w przeliczeniu na jeden dzień pracy (przyjmując przeciętnie w miesiącu 22 dni pracy) przypada:

- zaewidencjonowanie 97 wezwań;
- sporządzenie i wysłanie 54 upomnień;
- rozpatrzenie 18 reklamacji albo podań o umorzenie opłaty w przypadku umożliwiającym to po wpłacie opłaty manipulacyjnej oraz sporządzenie 18 pism;
- sporządzenie 39 pozwów do sądu wymagających wypełnienia czterostronicowego formularza i skompletowania dowodów.

Z powyższego jego zdaniem wynika, że do wykonania w ciągu jednego, ośmiogodzinnego dnia pracy jest po 26 czynności w każdej godzinie pracy, czyli na każdą czynność przypada przeciętnie 2 minuty i 20 sekund pracy licząc, że czynności wykonuje jeden pracownik i pracownik ten nie korzysta z żadnych przerw w pracy. Podkreślił, że o ile zaewidencjonowanie wezwania, czy nawet sporządzenie upomnienia w tym czasie wydaje się teoretycznie możliwe, o tyle z całą pewnością w takim czasie nie jest możliwe sporządzenie i skompletowanie pozwu do sądu, a Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie zawarł żadnych kosztów związanych z korzystaniem z obsługi prawnej, która mogłaby przejąć ciężar prowadzenia postępowań sądowych. Zdaniem Odwołującego nie jest realne, żeby wszelkie powyższe czynności biurowe mógł wykonywać jedynie jeden pracownik. Dokonując powyższych wyliczeń Odwołujący wskazał, że pominął kwestię, że Przystępujący zadeklarował zatrudnienie przy czynnościach biurowych jednej osoby również o orzecznym umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, a zatem osoby, której dzień pracy skrócony jest dodatkowo o jedną godzinę.

Podsumowując Odwołujący podkreślił, że:

- 1) nie jest możliwe wykonanie zamówienia zatrudniając czternastu pracowników, w tym dwunastu na podstawie umowy o pracę, skoro Zamawiający wymaga:

- a) co najmniej 14 kontrolerów pracujących w sumie przez całą dobę, siedem dni w tygodniu - gdyż nie uwzględnia to konieczności udzielania pracownikom urlopów wypoczynkowych;
 - b) wykonywania innych czynności, poza kontrolą biletów komunikacji miejskiej (przyjmowanie reklamacji, skarg, obsługa wezwań itp.);
- 2) nie jest możliwe zatrudnienie w charakterze wszystkich kontrolerów osób niepełnosprawnych z powodu ograniczeń wynikających z art. 15 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w szczególności z uwagi na skrócony czas pracy takich pracowników i zakaz zatrudniania ich w porze nocnej;
 - 3) koszt zatrudnienia osoby niepełnosprawnej w stopniu umiarkowanym (a Przystępujący deklaruje, że osoby takie chciałby zatrudniać) podwyższa skrócony czas pracy takiego pracownika i zwiększony wymiar przysługującego mu urlopu wypoczynkowego;
 - 4) Przystępujący nie wykazał, że spełnia warunki dla otrzymania dofinansowania PFRON, co pozwoli mu ograniczyć koszty pracownicze.

Odwołujący podkreślił, że stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany udowodnić, że cena nie jest ceną rażąco niską, a nie tylko uprawdopodobnić tę okoliczność i Przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodu.

Co do kwestii błędnego obliczenia przychodowości działalności Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał, że szacuje skuteczność ścigalności opłat dodatkowych na 40%, w związku z czym przyjmuje, że opłata dodatkowa zostanie uiszczona przez około 1 000 osób, co daje mu przychodowość na poziomie 84 000 zł miesięcznie po potrąceniu podatku VAT i dochodowego. Przystępujący zdaniem Odwołującego nie wziął pod uwagę, że gros wpłaconych opłat dodatkowych to opłaty uiszczone w ciągu 7 dni od daty kontroli (zgodnie z danymi Zamawiającego podanymi w „Formularzu oceny usługi kontroli i windykacji należności na bazie dotychczasowych wskaźników”). Jest to około 24% nałożonych opłat. Zgodnie zaś z § 4 ust. 8 uchwały Rady Miasta Olsztyn nr XII/155/15 z 25 sierpnia 2015 r., w sprawie ustalenia opłat za usługi przewozowe wykonywane lokalnym transportem zbiorowym w przypadku uiszczenia opłaty dodatkowej w terminie 7 dni obniża się ją o 50%, a zatem do poziomu 75 zł. Z oczekiwanej ilości wpłat dokonywanych przez 1.000 osób zatem według Odwołującego 240 opłat powinno wpłynąć w terminie 7 dni, a w przypadku takich wpłat część opłaty dodatkowej należna wykonawcy również ulega odpowiedniemu zmniejszeniu, zatem - przyjmując za prawidłowe obliczenia dokonane przez Przystępującego - dla wykonawcy pozostałyby 22 zł, nie zaś 84 zł, co daje przychodowość na poziomie 69.120 zł.

Co do kwestii doliczenia VAT do przychodu Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dokonanej kalkulacji, znajdującej się w Formularzu oceny usługi kontroli i windykacji należności na bazie dotychczasowych wskaźników”, w poz. 11, 13, 15 przyjmuje kwoty przychodów powiększone o podatek VAT, co jest obliczone poprzez pomnożenie opłaty dodatkowej przez podany przez wykonawców procent wynagrodzenia w wysokości brutto, co w przypadku Przystępującego wynosi 80%. Suma wskazana w poz. 11, 13, 15 w kolumnie trzeciej kalkulacji powinna według Odwołującego wynosić odpowiednio: 75, 150 i 150 zł w przeliczeniu na jedną opłatę dodatkową (liczba nałożonych opłat wynika odpowiednio z pozycji 10, 12 i 14). Tymczasem wartości te powiększone są o kwotę odpowiadającą podatkowi od towarów i usług (VAT) wg stawki 23% i przyjęte jako przychód wykonawcy, od którego następnie odjęto kwotę kosztów. Przywołał art. 14 ust. 1 zd. 2. ustawy z 26 lipca 1991 r., o podatku dochodowym od osób fizycznych, zgodnie z którym do przychodu osoby fizycznej prowadzącej pozarolniczą działalność gospodarczą dokonujących sprzedaży opodatkowanej podatkiem od towarów i usług, do przychodu nie zalicza się kwoty należnej z tytułu tego podatku. W związku z tym kwoty przychodów w pozycjach 11, 13, 15 według niego powinny zostać pomniejszone o kwotę odpowiadającą podatkowi od towarów i usług wg stawki 23%, zaś Zamawiający pomniejszenia tego nie dokonał. W związku z tym w ocenie Odwołującego przychód Przystępującego przyjęty do oceny oferty powinien wynosić odpowiednio około 55.000,00 zł przy 45-procentowej ściągalskości około 65.000 zł przy 55- procentowej ściągalskości przy kosztach na poziomie około 75.000 zł, obliczonych po przyjęciu i tak zaniżonych kosztów pracowniczych, co powoduje to, że po stronie Przystępującego powstaje comiesięczna strata w wysokości co najmniej 10.000 zł.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podkreślił, że kryterium pozacenowe „cena nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej” podlegało ocenie w ten sposób, że wykonawca, który zaproponował cenę najwyższą otrzymywał najwyższą możliwą liczbę punktów. Tymczasem nie można uznawać tego za omyłkę Zamawiającego, gdyż cena ta stanowi przychód Zamawiającego, a zatem z ekonomicznego punktu widzenia jest on zainteresowany, aby otrzymać jak najwyższą kwotę. Przystępujący zaś w swojej ofercie zaproponował kwotę 1 zł, zaś Odwołujący zaproponował kwotę trzykrotnie wyższą – 3 zł. Zamawiający zaś błędnie ocenił oferty przyznając Przystępującemu najwyższą możliwą liczbę punktów (5), podczas gdy Przystępujący zaproponował cenę mniej korzystną, niż Odwołujący, zatem to Odwołujący powinien w ramach oceny tego kryterium otrzymać pięć punktów, zaś Przystępujący - 1,67 punktu.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w postaci

uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Jednocześnie też wskazał, że Przystępujący, powołując się na realizację innych podobnych zamówień, nie wszystkie realizuje w sposób prawidłowy. Na tę okoliczność przedłożył pismo z Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu wskazujące na naliczenie kar umownych od Przystępującego z uwagi m.in. za niewykonanie odpowiedniej ilości kontroli.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 16 grudnia 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Co do zarzutu błędnej oceny ofert pod kątem kryterium „cena nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej” przyznał, że Odwołujący trafnie ustalił omyłkę w zakresie oceny ofert w tym kryterium. Podkreślił przy tym, że prawidłowa ocena w ramach w/w kryterium nie spowodowałaby zmiany oceny ofert złożonych w postępowaniu, tym samym pomimo wystąpienia omyłki Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tych też względów jego zdaniem odwołanie nie może być uwzględnione ponieważ stwierdzone naruszenie nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania - zmiana punktacji w tym kryterium nie spowodowałaby zmiany kolejności ofert wykonawców, tym bardziej nie prowadziłyby do uznania, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejsza.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający odniósł się przyznając, że w toku czynności badania i oceny ofert oferta Przystępującego wzbudziła jego wątpliwości i w tym zakresie skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł jednak, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia były rzetelne, przekonujące i w sposób odpowiedni wykazały, że cena ofertowa nie może być sklasyfikowana jako rażąco niska. Jego zdaniem Przystępujący udowodnił, że w innych częściach Polski realizuje umowy o podobnym, nieraz szerszym zakresie, w oparciu o tożsame stawki, jak te, który były podstawą kalkulacji ceny w jego ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu. Tym samym też jego zdaniem jest on w stanie zrealizować umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Co do argumentacji Odwołującego dotyczącej poszczególnych kosztów Zamawiający zwrócił uwagę na to, że stała obsługa prawna nie jest niezbędna przy realizacji przedmiotowego zamówienia; jego zdaniem wystarczającym w tym zakresie jest obsługa prawna wykonawcy, a nawet świadczenie usług prawnych ad hoc. Wskazał, że większość czynności podejmowanych w ramach niniejszej umowy jest powtarzalna i nie wymaga szczegółowej wiedzy prawniczej lub rozstrzygnięcia zagadnień prawnych. Podkreślił też, że w ramach aktualnie realizowanej umowy, jak i w ramach niniejszego postępowania przewidziano, że odwołania od działań wykonawców rozpatruje sam Zamawiający

(pkt 17 Opisu przedmiotu zamówienia). Z jego dotychczasowej praktyki wynika, że spraw, gdzie rozstrzygnięcie odwołania wymaga udziału obsługi prawnej Zamawiającego jest niewielka ilość. W jego ocenie szczególnej wiedzy prawniczej nie wymaga pisanie pozwów w sprawach objętych zamówieniem skoro w zasadzie wszystkie one opierają się o ten sam stan faktyczny, a więc w tym zakresie stosuje się ten sam wzór, w którym ulegają zmianie jedynie dane pozwanego oraz czas kontroli. Co do kwestii wpisów sądowych podkreślił, że te koszty są de facto kosztem fikcyjnym, gdyż podlegają one zwrotowi zgodnie z art. 98 KPC. Zwrotowi podlegają także inne koszty postępowania sądowego lub egzekucyjnego. Podkreślił też, że te sprawy są niezmiernie trudne do przegrania, gdyż podstawę żądania pozwu stanowi wynik kontroli przeprowadzony zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego.

Co do kosztów pracowniczych Zamawiający wskazał, że Odwołujący kwestionuje pojedynczy koszt pracownika na kwotę: 13,53 zł, podczas gdy Przystępujący w tym zakresie w swoich wyjaśnieniach wskazał na kwotę około 2 200 zł. Z tych też względów jego zdaniem uwypuklanie przez Odwołującego, że kwota ta jest wadliwa, gdyż w rzeczywistości to: 2 213,53 zł jest nieporozumieniem, w szczególności wobec faktu, że oferta Przystępującego opiewa na ponad 2 mln zł. Co do nieuwzględnienia kosztu urlopu pracowniczego Zamawiający wskazał, że dobra organizacja pracy nie wymaga zwiększenia zatrudnienia, zwłaszcza, że wykonawca realizuje podobną umowę na terenie miasta Olsztyna (PKS), zatem dysponuje bazą kadrową. Podkreślił też, że dodatkowo zastępcy mogą być angażowani wpadkowo na podstawie umowy cywilnoprawnej, gdyż brak takiego zakazu w SIWZ. Co do kwestii zatrudnienia osób niepełnosprawnych Wskazał, że nieuzasadnionym było żądanie przez Zamawiającego od Przystępującego przedstawiania konkretnych dowodów na zatrudnienie takich osób oraz uzyskanie dofinansowania z PEFRON, gdyż Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał jedynie na możliwość zatrudnienia osób niepełnosprawnych, przy czym wskazana możliwość została odrębnie skalkulowana w ramach przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień. Przystępujący jednocześnie wykazał, rentowność przedsięwzięcia, nawet w sytuacji braku zatrudnienia niepełnosprawnych osób i uzyskania dofinansowania z PEFRON. Oświadczył jednak, że planuje zatrudnienia. Dodatkowo podkreślił, że mail z Urzędu Pracy w Olsztynie przekazany przez Odwołującego nie jest oficjalnym stanowiskiem UP i w kontekście jego treści jest on mało wiarygodny. Co do kwestii zatrudnienia jednego pracownika podkreślił, że choć ilość czynności, których ma dokonywać jeden pracownik jest znacząca, to są one powtarzalne, każdorazowo sprowadzają się do wprowadzenia danych adresowych osoby, która podczas korzystania z komunikacji miejskiej nie posiadała biletu. Wskazał, że oceniając wyliczenia w tym zakresie przedstawione przez Odwołującego spór co do czasu niezbędnego

na wykonania takich czynności sprowadza się do 4 minut i 40 sekund. Dodatkowo wskazał na wyjaśnienia Przystępującego, że w ramach przewidzianego zysku będzie w stanie zatrudnić dodatkowych pracowników, jeżeli faktycznie jeden pracownik nie będzie w stanie zrealizować należycie swoich obowiązków i nie będzie skutkowało to brakiem rentowności przedsiębiorstwa.

Co do pozostałych zarzutów Zamawiający podkreślił, że po otrzymaniu wyjaśnień od Przystępującego Zamawiający ustalał szczegółowo rentowność przedsięwzięcia z punktu widzenia tego wykonawcy. Oceniając jego ofertę opierał się na informacjach uzyskanych od wykonawców oraz wskaźnikach wyników kontroli obecnej firmy prowadzącej kontrole na terenie Olsztyna, będącej w grupie kapitałowej jednego z członków konsorcjum Odwołującego. Zamawiający na bazie dotychczasowych wskaźników kontroli biletów i windykacji należności przeprowadził analizę rentowności przedsięwzięcia, szacując wpływy z tytułu opłat dodatkowych oraz koszty stałe i zmienne. Przedmiotem analizy było sprawdzenie czy przy proponowanych kwotach wynagrodzenia możliwe jest spełnienie warunków zamówienia przez wykonawcę. Wskazał, że brał przy tym pod uwagę nowe elementy zamówienia mające na celu poprawienie wskaźnika kondycji opłat dodatkowych, jak również harmonogramu kontroli w roku bieżącym oraz w latach ubiegłych, takie jak:

- 1) terminowy harmonogram kontroli (skierowanie sprawy do sądu w przypadku nieskutecznej windykacji w terminie 120 dni od daty nałożenia opłaty),
- 2) kierowanie dłużników do KRD (w przypadku osób uchylających się od uregulowania opłaty dodatkowej i których ustalenie miejsca pobytu jest niemożliwe),
- 3) efekty zatrudniania kontrolerów, także na podstawie umów cywilnoprawnych (brak możliwości narzucenia czasu i miejsca pracy skutkuje niewystarczającym płynnym zakresem kontroli w godzinach wczesno rannych i późno popołudniowych – obszary od lat zaniedbane), z tego tytułu wskazana firma świadcząca dotychczas usługi dla Zamawiającego poniosła straty w postaci nałożonych kar umownych przy realizacji obecnie trwającego kontraktu.

Zamawiający podkreślił, że celem wprowadzenia powyższych zapisów do umowy było podniesienie wskaźnika efektywności windykacji opłat dodatkowych. Zamawiający przedstawił w formie zestawienia tabelarycznego szacowane z tego tytułu wpływy. Zamawiający wskazał, że na bazie posiadanych wskaźników oszacował miesięczne koszty zmienne:

- usługi pocztowe (przesyłki zwykłe i polecone) – 6 000 zł (w czasie kontraktu 180 000 zł),
- kierowanie pozwów do sądu – 32 900 zł (w czasie kontraktu 890 000 zł),
- koszt ustalenia miejsca pobytu – 1 700 zł (w czasie kontraktu 49 000 zł),

- płatność bezgotówkowa – 500 zł (w czasie kontraktu 15000 zł).

Podkreślił, że koszty zmienne mogą stanowić przy 45% wskaźniku ściągłości 41 100 zł, a przy 55% - 50 233 zł, przy czym w znacznej części mogą być zwracane na podstawie art. 98 KPC.

Zamawiający wskazał też na łatwe do ustalenia koszty stałe:

- obsługa prawna – 1 000 zł (w czasie kontaktu 29 000 zł),
- koszt utrzymania biura – 3 000 zł (kwota wskazana przez Odwołującego) (w czasie kontraktu 90 000 zł).

Według Zamawiającego, z jego obliczeń wynika, że w trakcie trwania kontraktu z dotychczas wykonującym zamówienie wykonawcą:

- wpływy mogą wynieść 2 880 000 zł,
- dotychczas wskazane koszty zmienne (różny okres ich pokrywania) mogą wynieść 1 134 000 zł,
- ustalone dotychczas koszty stałe 119 000 zł.

Według Zamawiającego koszty zatrudnienia oraz zysk Przystępującego mogą stanowić w czasie kontraktu kwotę 1 627 000 zł, a w skali miesiąca kwotę 54 233 zł. Kwota ta jego zdaniem pozwala na zatrudnienie pracowników na 22,6 etatach, co przy założeniu, że do realizacji kontraktu wystarcza 17 kontrolerów oraz 3 pracowników biura, wskazuje, że przedsięwzięcie jest rentowne i gwarantuje zysk.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia oraz w toku rozprawy poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy podniósł, że Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania ze względu na brak po jego stronie interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Wykazując brak interesu we wniesieniu odwołania po stronie Odwołującego Przystępujący podkreślił, że oferta Odwołującego, nawet w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego, nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, bowiem podlegałaby odrzuceniu z racji zaferowania przez tego wykonawcę ceny ofertowej w sposób niezgodny z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ w zakresie ustalenia wysokości opłaty dodatkowej, przy uwzględnieniu poziomu 40% ściągłości zaferowanego wymaganego przez Zamawiającego. W tym zakresie według Przystępującego kwota zaproponowana przez Odwołującego przekracza maksymalną wysokość zobowiązań na 2016 r. i kolejne lata realizacji zamówienia przewidzianych przez Zamawiającego. Przywołał § 14 ust. 11 wzoru umowy, gdzie

wskazano wysokość maksymalnego zobowiązania, co świadczy jego zdaniem o braku interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Przystępujący podniósł również, że błędne przyznanie ilości punktów przez Zamawiającego w kryterium „cena nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej” będące, jak wskazał Zamawiający, wynikiem pomyłki, nie ma wpływu na wynik postępowania, biorąc pod uwagę okoliczność, iż Przystępujący nie złożył oferty z rażąco niską ceną.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania związanych z zaniżeniem ceny ofertowej przez Przystępującego podkreślił, że w niniejszym zamówieniu przyjęto ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a sposób obliczenia ceny to sprawa wykonawcy. Przystępujący – jak podniósł - obliczył tę cenę z uwzględnieniem osiągnięcia zysku, co prawda nie na zawyżonym poziomie, ale uwzględniającym cele prowadzenia działalności gospodarczej. Co do kwestii zatrudniania osób niepełnosprawnych wskazał, że w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu powyższe wskazał jako jedną z opcji, przedstawiając prawidłową kalkulację ceny ofertowej z uwzględnieniem zatrudnienia osób niepełnosprawnych i bez tego elementu. Wskazał, że założył w swojej ofercie zatrudnienie 7, a nie 14 kontrolerów i nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego o braku możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych na terenie Gminy Olsztyn. Podkreślił, że aktualnie korzysta również z zatrudniania osób niepełnosprawnych i dofinansowania w tym zakresie z PEFRON - wskazuje, że w sierpniu zatrudniał 6 osób, we wrześniu 7, w październiku 8 osób, a w listopadzie 10 osób. Wskazuje, że dofinansowanie z PEFRON, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy, wskazuje na co najmniej 6% poziom zatrudnienia u Przystępującego osób niepełnosprawnych. Na potwierdzenie wskazanych okoliczności jako dowód w sprawie przedłożył informację z PEFRON dotyczącą przysługującego mu miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń w sierpniu, wrześniu i październiku. Przystępujący wskazał, że zdaje sobie sprawę z ograniczeń przy zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co również uwzględnił przy kalkulacji ceny ofertowej. Wskazał, że kwota, jaką przyjął na wynagrodzenia, to kwota około 2 200 zł miesięcznego wynagrodzenia i kwota ta niewątpliwie zawiera koszt minimalnego wynagrodzenia za pracę, a Przystępujący uwzględniał w tym zakresie także dodatkowe obciążenia związane z zabezpieczeniem emerytalno-rentowym. Wskazał też na postanowienia wzoru umowy (§ 8 ust. 6), gdzie wskazano ilość kontroli, co jego zdaniem pozwala na pokrycie kosztów urlopów pracowniczych. Przystępujący podkreślił też, że aktualnie ma zawarte umowy z około 40 przewoźnikami i na tę okoliczność przedłożył jako dowody w sprawie przykładowych 5 umów, co – jak wskazał - pozwala mu na zoptymalizowanie kosztów obsługi prawnej przy realizacji tego typu usług. Podkreślił także, że korzysta ze specjalnego programu informatycznego firmy ELSE napisanego specjalnie dla Przystępującego, który pozwala mu na zoptymalizowanie kosztów związanych

z zatrudnieniem jednej osoby do obsługi administracyjnej realizacji niniejszego zamówienia. Wskazał, że w tym zakresie większość czynności wykonywanych jest automatycznie przez wskazany system. Na potwierdzenie wskazanych okoliczności przedłożył jako dowody w sprawie dwie faktury VAT i potwierdzenie wykonania przelewu związane z korzystaniem przez Przystępującego ze wskazanego programu informatycznego. Co do kosztów obsługi prawnej wskazał, że kształtują się one na poziomie 1 000 zł miesięcznie - maksymalnie. Wyjaśnił przy tym, iż na obsługę swojej firmy ma zawartą umowę z kancelarią adwokacką na maksymalną kwotę 14 400 zł netto miesięcznie i w ramach tego wynagrodzenia adwokat będzie realizował również ewentualną obsługę związaną z realizacją niniejszego zamówienia. Podkreślił także, że z zawartego porozumienia wynika, że koszty sądowe zasądzone są na rzecz przedsiębiorcy. Na potwierdzenie powyższych okoliczności przedłożył jako dowody w sprawie oświadczenie adwokat K. M. i umowę zlecenia oraz przykładowe dwa pełnomocnictwa procesowe.

Przystępujący podkreślił również, że wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie ceny miało charakter ogólny - Zamawiający nie sformułował w nim żadnych szczególnych wytycznych co do sposobu przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny. Podkreślił, że w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu wyraźnie wskazał, że przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia optymalizacji podatkowej, a przy uwzględnieniu tejsze koszty byłyby jeszcze niższe. Wskazał też, że opłaty związane z wysyłką do sądu nie powstają z uwagi na elektroniczną wysyłkę, a opłaty pocztowe uwzględnił w swojej ofercie. Przystępujący wskazał też, że gros opłat dodatkowych to tylko 24%, a nie - jak sugerował Odwołujący - większość.

Podniósł, że powyższe okoliczności nie wskazują na cenę rażąco niską w jego ofercie, a podstawa wyceny przeprowadzonej przez Zamawiającego – jak wskazał - wynika z jego doświadczeń związanych z realizacją zamówienia z innym wykonawcą. Kalkulacja ofertowa Przystępującego zaś, to jego własna wycena, uwzględniająca sytuację tego wykonawcy, zakładająca osiągnięcie przez Przystępującego zysku.

Odnosząc się do dowodu złożonego w trakcie rozprawy przez Odwołującego przyznał, że faktycznie MZDiK w Radomiu – podmiot, na rzecz którego Przystępujący świadczy usługi, naliczył karę umowną we wrześniu 2015 r. Wskazał, że był to pierwszy miesiąc realizacji usługi na rzecz tego zamawiającego i z przyczyn o obiektywnym charakterze doszło do pewnych nieprawidłowości, które zostały zniwelowane w dalszych miesiącach realizacji zamówienia na rzecz tego podmiotu. Wskazał też, że naliczenie kar umownych przy realizacji jednej z umów nie wskazuje na negatywną sytuację po stronie Przystępującego, ponadto nie jest to przedmiotem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz w toku rozprawy, jak również dowody złożone w sprawie przez Odwołującego i Przystępującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba w tym względzie oddaliła złożony w trakcie posiedzenia z udziałem stron przez Przystępującego wniosek o odrzucenie odwołania, z uwagi na to, że Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania, ze względu na brak interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Jako okoliczności faktyczne tego wniosku Przystępujący wskazał, że oferta Odwołującego, nawet w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego, nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, bowiem podlegałaby odrzuceniu z racji zaoferowania przez tego wykonawcę ceny ofertowej w sposób niezgodny z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ, w zakresie ustalenia wysokości opłaty dodatkowej, przy uwzględnieniu poziomu 40% ściągальności zaoferowanego wymaganego przez Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że kwota zaproponowana przez Odwołującego przekracza maksymalną wysokość zobowiązań na 2016 r. i kolejne lata realizacji zamówienia, przewidzianych przez Zamawiającego.

Izba oddaliła ten wniosek, uznając, że kwestia badania interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialną podstawę oceny odwołania i nie mieści się w zakresie dyspozycji art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, tj. formalnych podstaw do odrzucenia odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił przesłanki formalne związane ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca ten uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i jest formalnie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia drugiej, złożonej w postępowaniu oferty, która została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, wprost pozbawiała Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał okoliczność pozbawienia go szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, poprzez zaskarżoną w odwołaniu czynność Zamawiającego i wykazał się możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba oddaliła w tym zakresie wnioski Przystępującego o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania po stronie Odwołującego, z uwagi na okoliczność, że oferta Odwołującego i tak podlegałaby odrzuceniu. Podkreślenia wymaga, że badanie interesu we wniesieniu odwołania to przesłanka materialnoprawna wniesienia odwołania, która podlega badaniu przez Izbę z urzędu. Badanie tej przesłanki odbywa się na moment wniesienia odwołania do Prezesa Izby. W tym względzie natomiast Izba ustaliła, że oferta Odwołującego nie została odrzucona w postępowaniu – była ważna i podlegała badaniu i ocenie ofert przez Zamawiającego łącznie z ofertą Przystępującego. Podstawą do uznania, że wnoszący odwołanie wykonawca nie ma interesu we wniesieniu odwołania nie mogą być - zdaniem Izby – przypuszczenia, czy domniemania wykonawcy (konkurenta) co do prawidłowości złożonej przez Odwołującego oferty, jeśli powyższe nie znalazło wyrazu w czynności Zamawiającego odrzucenia takiej oferty. Na powyższe nie mogą także w ocenie Izby wskazywać ewentualne przyszłe czynności Zamawiającego w tym względzie, jeżeli nie zostały formalnie przez niego dokonane. Izba ocenia przesłankę interesu we wniesieniu odwołania – jak wskazano - na moment wniesienia odwołania, biorąc pod uwagę dokonane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności oraz zakres zaskarżenia zawarty w odwołaniu. W przedmiotowej sprawie – jak wskazano powyżej – Odwołujący wykazał się w sposób prawidłowy przesłanką uszczerbku w jego interesie związanym z pozbawianiem go możliwości uzyskania zamówienia w sytuacji ewentualnego potwierdzenia się zarzutów odwołania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 14 września 2015 r., zamieszczając na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. Jednocześnie też ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 września 2015 r.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 2 758 536,58 zł netto, tj. 652 923,52 euro (protokół z postępowania druk ZP-PN). Kwota ta powiększona o wartość podatku od towarów i usług (VAT) wynosiła: 3 393 000,00 zł brutto (pkt 4 wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Zamawiający w SIWZ (rozdział XII i XII) określił następujące kryteria oceny ofert, w oparciu o które miał dokonywać się w postępowaniu wybór oferty najkorzystniejszej:

- 1) cena usługi - 90%, gdzie Zamawiający oczekiwał, że wykonawca w formularzu ofertowym wskaże dwie wartości:
 - a) cenę usługi (wartość opłaty dodatkowej 150 zł x deklarowany % wynagrodzenia z opłaty dodatkowej + 10 zł x deklarowany % wynagrodzenia z opłaty manipulacyjnej),
 - b) cenę nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej podanej przez wykonawcę kwotowo.
- 2) Cena nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej - 5%, gdzie Zamawiający wskazał, że wykonawca, który przedstawi w ofercie najwyższą „cenę nabycia” otrzyma maksymalnie 5 pkt, pozostali zaś wykonawcy otrzymają proporcjonalnie mniej punktów według wzoru matematycznego.
- 3) Miesięczna liczba kontroli (min. 4 000) - 5%.

Zamawiający w SIWZ określił wzór formularza ofertowego, w którym m.in. wymagał podania ceny usługi, ceny nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej i miesięcznej minimalnej liczby kontroli. (załącznik nr 1 do SIWZ). Jednocześnie też Zamawiający opis przedmiotu zamówienia określił w załączniku nr 7 do SIWZ, a w załączniku nr 8 do SIWZ - wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty:

- 1) Przystępującego z ceną usługi: 123,00 zł brutto, ceną nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej – 1,00 zł brutto i miesięczną minimalną liczbą kontroli w wysokości: 6 100.

- 2) Odwołującego z ceną usługi: 192,85 zł brutto, ceną nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej – 3,00 zł brutto i miesięczną minimalną liczbą kontroli w wysokości: 6 040.

Zamawiający pismem z dnia 4 listopada 2015 r. zwrócił się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem o wyjaśnienie treści oferty i wskazanie deklarowanego %wynagrodzenia z opłaty dodatkowej oraz deklarowanego % z opłaty manipulacyjnej.

W odpowiedzi na powyższe obaj wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia. Odwołujący w piśmie z dnia 4 listopada 2015 r. przedłożył szczegółową kalkulację swojej ceny ofertowej, jednocześnie w uzupełnieniu tej informacji w dniu 6 listopada 2015 r. podał, że oczekiwany procent wynagrodzenia z opłaty dodatkowej w jego ofercie wynosi: 97,99% netto, tj. 120,53% brutto, natomiast oczekiwany procent wynagrodzenia z opłaty manipulacyjnej wynosi 97,99% netto, tj. 120,53% brutto. Przystępujący w piśmie z dnia 6 listopada 2015 r. podał, że oczekiwany procent wynagrodzenia z opłaty dodatkowej w jego ofercie wynosi: 80%, natomiast oczekiwany procent wynagrodzenia z opłaty manipulacyjnej wynosi 30%.

Następnie Zamawiający w piśmie z dnia 17 listopada 2015 r., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W treści wezwania Zamawiający przywołał dyspozycję wskazanego przepisu ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 20 listopada 2015 r. złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, załączając również do niego dowody.

Zamawiający w dniu 24 listopada 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego. Jednocześnie też wskazał na ilość punktów przyznanych przez niego w poszczególnych kryteriach oceny ofert:

- 1) Przystępujący: cena usługi – 90 pkt, cena nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej – 5 pkt i minimalna liczba kontroli – 5 pkt
- 2) Odwołujący: cena usługi – 57,40 pkt, cena nabycia niewindykowanej opłaty dodatkowej – 1,66 pkt i minimalna liczba kontroli – 4,95 pkt

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego i zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego tej oferty, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, tj. czy daje ona szanse na prawidłowe – zgodnie z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami - wykonanie zamówienia. W świetle przywołanego przepisu zamawiający z całą pewnością musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, w sytuacji gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności (oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa także o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu).

W świetle ustaleń Izby poczynionych w toku rozprawy żadna ze wskazanych w tym przepisie, szczególnych okoliczności – w tym w odniesieniu do oferty Przystępującego - nie zaistniała w niniejszym postępowaniu. Powyższe nie oznacza jednak, w świetle dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że Zamawiający nie posiada uprawnień, aby zwrócić się do wykonawcy o udzielenie takich wyjaśnień. Na takie uprawnienie, a jednocześnie obowiązek po stronie Zamawiającego, wskazuje pierwsza część przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na taką też sytuację faktyczną podstawy wezwania, skierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do Przystępującego, wskazywał też Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał analizy ceny usługi Przystępującego zawartej w ofercie na poziomie 123 zł brutto w oparciu o kalkulację Zamawiającego dokonaną przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia i w oparciu o powyższe zrodziły się po jego stronie podejrzenia, że zamówienie może być realizowane ze stratami dla wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że jego wątpliwości pierwotnie budziła

oferta Przystępującego ze względu na ustalony zysk na bardzo niskim poziomie. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że punktem wyjścia do oceny samych kosztów związanych z realizacją zamówienia przywołanych w sporządzonym przez niego w trakcie czynności badania i oceny ofert „Formularzu oceny ceny usługi kontroli i windykacji należności na bazie dotychczasowych wyników kontroli” była wycena tych kosztów przedstawiona Zamawiającemu po upływie terminu składania ofert przez obydwu wykonawców ubiegających się o zamówienie na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający wskazał, że powyższe wynikało z faktu, iż sam nie miał doświadczenia w tym zakresie.

Wątpliwości Zamawiającego co do podejrzenia rażąco niskiej ceny Przystępującego zostały jednak rozwiane w oparciu o wyjaśnienia, jakie złożył mu Przystępujący, które wskazywały z jednej strony, iż niektóre elementy wyceny zamówienia dokonanej przez Zamawiającego były zawyżone, a w niektórych pozycjach Przystępujący uzasadnił, że zachodzą szczególne okoliczności pozwalające mu na ukształtowanie ceny na niższym poziomie.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Izba przede wszystkim wzięła pod uwagę okoliczność, iż faktycznie w niniejszym postępowaniu utrudnione było dokonane porównania ceny ofertowej Przystępującego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na łącznym poziomie, uwzględniając w tym zakresie także ustalony okres 12 miesięcy realizacji zamówienia (termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego określony jako: od dnia podpisania umowy nie później niż od dnia 2 stycznia 2016 r. do dnia 30 czerwca 2018 r.), na kwotę: 2 758 536,58 zł netto. Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania szacowanej przez niego ceny jednostkowej wykonania zamówienia. Tymczasem w ofercie Przystępującego, zgodnie z wymogami SIWZ, należało podać jedynie cenę jednostkową odnoszącą się do jednostkowej wartości opłaty dodatkowej i jednostkowej wartości opłaty manipulacyjnej, przy czym SIWZ nie wymagała podania w treści oferty tych jednostkowych wartości, czego też nie uczynił Przystępujący. Tym samym zatem proste porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie było obiektywnie możliwe. Izba zatem przyjęła w tym zakresie za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, że podstawą wystąpienia przez niego z wezwaniem do Przystępującego o wyjaśnienie elementów ceny mających wpływ na ustalenie ceny ofertowej nie były wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyznaczniki procentowe.

Izba potwierdziła, że niezależnie od tych wyznaczników Zamawiający ma prawo skorzystania z prawa do wezwania wykonawcy o wyjaśnienie elementów wyceny ofertowej, mając uzasadnione podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odnosząc się jednak

do uzasadnienia podanego w tym względzie przez Zamawiającego w toku rozprawy Izba doszła do przekonania, że w tym przypadku podstawą wezwania Zamawiającego było porównanie ceny ofertowej Przystępującego do szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej przedstawionej Zamawiającemu przez Odwołującego niejako z własnej inicjatywy, w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach treści oferty. Zamawiający, mając szczegółową kalkulację ceny ofertowej Odwołującego, a także własne doświadczenia w realizacji tożsamej usługi na terenie Gminy Olsztyn przez dotychczasową firmę, która jest członkiem konsorcjum Odwołującego, dokonał porównania ceny oferty Przystępującego do wyceny Odwołującego. Powyższe budzi uzasadnione wątpliwości Izby. Wycena przedmiotu świadczenia dokonana przez jednego wykonawcę nie może stanowić samodzielnie wystraszającej podstawy do powstania podejrzenia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę. Poważne wątpliwości Izby budzi także wskazywane przez Zamawiającego uzasadnienie skierowanego do Przystępującego wezwania, iż zysk przewidziany w tej ofercie był na niskim poziomie. Jeżeli wykonawca zakłada w swojej ofercie jakikolwiek zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od jego wysokości, powyższe z pewnością nie może świadczyć o rażąco niskim poziomie wyceny ofertowej. Stąd też wskazana okoliczność – sposób i uzasadnienia powstania po stronie Zamawiającego podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego - nie pozostawały bez wpływu na ocenę wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz na ocenę podniesionych w tym zakresie zarzutów odwołania.

Odnosząc się do argumentacji w zakresie zarzutów, zawartej w odwołaniu, Izba stwierdziła, że argumentacja ta opiera się na porównaniu wyceny ofertowej Przystępującego do danych zawartych w „Formularzu oceny ceny usługi kontroli i windykacji należności na bazie dotychczasowych wyników kontroli”, sporządzonym przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert po wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego, a dotyczących treści złożonej oferty i wyjaśnieniach Przystępującego. Porównanie to sprowadza się zatem do wyceny przedmiotu świadczenia dokonanej de facto przez Odwołującego, co samo w sobie nie może potwierdzać rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, w szczególności w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie określała bowiem w sposób szczegółowy zasad kalkulacji i czynników, jakie wykonawcy powinni przyjąć przy wycenie przedmiotu zamówienia, czy też pewnych założeń, które zostałyby w tym względzie przyjęte przez Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia nie zawierał takich danych, jak choćby: liczba wykonanych kontroli, liczba nałożonych opłat, liczba opłat zapłaconych do 7 dni, liczba opłat zapłaconych po 7 dniach bez wezwania, liczba opłat zapłaconych po 7 dniach po wezwaniu,

liczba upomnień, liczba spraw skierowanych do windykacji przez sądy, liczba wpłat po nakazach sadowych, liczba spraw do postępowania komorniczego, liczba dłużników skierowanych do KRD, liczba opłat umorzonych, liczba spraw wymagających ustalenia danych osobowych, liczba opłat, co do których nie ustalono adresu zamieszkania, szacowana liczba opłat do sprzedaży, liczba przejazdów bez biletowych na 1 kontrolę, ściągalność, przewidywany wzrost ściągalności itd. - tj. założeń, które legły u podstaw oceny ceny ofertowej Przystępującego. Skoro SIWZ nie zawierała w tym zakresie jakiś konkretnych założeń, które wykonawcy mieli obowiązek przyjąć przy kalkulacji swojej oferty, tym samym należy przyjąć, że SIWZ w tym zakresie przewidywała swoistą dowolność. Każdy zatem z wykonawców, mając na względzie swoje doświadczenia z realizacji podobnych zamówień i swoje możliwości w tym zakresie, mógł poczynić w tym względzie właściwe sobie założenia. Postanowienia SIWZ nie zakładały również konieczności uwzględniania przy realizacji zamówienia, jak też przy samej wycenie przedmiotu zamówienia obsługi prawnej, nie przewidywały minimalnego szacunku usług pocztowych, jaki należy wziąć pod uwagę przy realizacji i wycenie przedmiotu zamówienia i innych szczególnych kwestii związanych z wyceną niniejszego zamówienia. Co do kwestii osobowych postanowienia zawarte w pkt 9 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) zakładały, że wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnią kontrolerów w liczbie co najmniej 14, a celu zagwarantowania realizacji umowy oraz zgodności realizacji harmonogramu kontroli z art. 22 Kodeksu pracy Zamawiający wymagał, aby co najmniej 12 kontrolerów było zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Zamawiający zatem uznał, że 14 osób, w tym minimum 12 zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, to wystraczająca, minimalna ilość osób, które są w stanie zrealizować niniejsze zamówienie, jeśli chodzi o przeprowadzane kontrole. Zamawiający postawił też w SIWZ (pkt 20 opisu przedmiotu zamówienia) wymóg posiadania w okolicach centrum Olsztyna stałego punktu obsługi prowadzonej działalności i odpowiednie pomieszczenie do obsługi kasowej pasażerów. Nie określił jednak żadnych wymogów co do minimalnej ilości osób, która miałaby zapewniać tę obsługę.

Z pewnością zatem powyższe okoliczności i niedookreślenie w SIWZ szczególnych okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, nie mogą obciążać wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Mając na uwadze powyższe wymogi SIWZ Przystępujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących elementów cenotwórczych, mających wpływ na ustalenie ceny ofertowej, złożonych Zamawiającemu, wskazał, że zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia minimum 14 osób, w tym 12 osób na podstawie umów o pracę. Ponadto wskazał na koszt zatrudnienia minimum jednej osoby, która będzie realizowała inne elementy przedmiotowo istotne dla realizacji umowy. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach przedstawił kalkulację

zakładającą maksymalny koszt osobowy związany z pracą kontrolerów - zatrudnienia 14 osób. Uwzględnienie tego kosztu zakłada osiągnięcie przez wykonawcę minimalnego zysku. I choć przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja zakłada koszt zatrudniania (umowa o pracę) 14 osób, to złożone przez niego oświadczenie odnosi się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę tylko 12 osób, pozostałe dwie osoby – jak należy przypuszczać – będą zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych. Tymczasem argumentacja na poparcie zarzutów odwołania oraz przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja kosztów osobowych Przystępującego zakłada poniesienie przez niego kosztów związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę 14 osób. Powyższe podważa w sposób znaczący wyliczenia przedstawione na poparcie swoich zarzutów przez Odwołującego. Ponadto należy podkreślić, że Odwołujący oparł swoje wyliczenia na założeniu miesięcznego kosztu zatrudnienia przez Przystępującego kontrolerów na poziomie 2 200 zł i wykazuje, że wskazane koszty pracy powinny wynosić 2 213,53 zł, a więc o 13,53 zł więcej niż wskazał Przystępujący. Tymczasem Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach na kwotę około 2 200 zł jako maksymalną kwotę kosztów zatrudniania kontrolerów. W pojęciu „około”, przy założeniu, że wykonawca podał maksymalne koszty w tym zakresie, mieści się - zdaniem Izby - także kwota 13,53 zł, na którą wskazuje Odwołujący w swoich wyliczeniach. W kwocie tej mieści się również kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r., stąd też w ocenie Izby argumentacja Odwołującego dotycząca kosztów zatrudniania kontrolerów jako zaniżonych kosztów w ofercie Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestia związana z koniecznością wykorzystania urlopów pracowniczych i uwzględniania w ofercie Przystępującego kosztów w tym zakresie także nie znajduje uzasadnienia. Skoro Zamawiający założył minimalną ilość osób niezbędnych do wykonania zamówienia i taką ilość w swojej ofercie przyjął Przystępujący, należy uznać, że wskazana ilość osób jest wystarczająca do realizacji zamówienia, uwzględniając także konieczność korzystania przez te osoby z przysługującego mu prawa do urlopu wypoczynkowego. Powyższa kwestia mieści się także w organizacji pracy kontrolerów przez samego wykonawcę, w taki sposób, aby zamierzony efekt przeprowadzonych obowiązkowych ilości kontroli został osiągnięty przy użyciu określonej, wymaganej postanowieniami SIWZ, liczby osób z prawem do korzystania przez nich z przysługujących im świadczeń pracowniczych.

Co do kwestii zatrudnienia osób niepełnosprawnych w ocenie Izby wszystkie argumenty podniesione przez Odwołującego w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwsze wskazać należy, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu wskazał na możliwość zatrudniania osób niepełnosprawnych do wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia jako pewną opcję. Przedstawione w wyjaśnieniach Przystępującego wyliczenia kosztów ponoszonych przez niego zakładają

wariant maksymalnych kosztów, a także kosztów minimalnych przy uwzględnieniu możliwości zatrudniania osób niepełnosprawnych – obydwie przy założeniu osiągnięcia przez Przystępującego zysku z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe już pokazuje, że argumenty podniesione w tym względzie przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Po drugie należy podnieść, że Odwołujący wskazywał, że obiektywnie nie jest możliwe zatrudnienie do wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia na terenie miasta Olsztyn osób niepełnosprawnych. Na potwierdzenie czego przedłożył dowód w postaci korespondencji mailowej pracownika Miejskiego Urzędu Pracy w Olsztynie z dnia 2 grudnia 2015 r. Odnosząc się do powyższego Izba stwierdziła, że wskazana okoliczność nie została wykazana przez Odwołującego. Wiadomość z poczty e-mail przedstawiona przez Odwołującego stanowi odpowiedź pracownika Miejskiego Urzędu Pracy w Olsztynie, wskazującą na trudności w znalezieniu, w oparciu o oferty tego Urzędu, pracowników niepełnosprawnych, które mogłyby realizować przedmiotowe usługi kontrolerów. Podkreślić należy, że treść udzielonej przez pracownika tego Urzędu odpowiedzi nie może być wiarygodnym i przesądzającym dowodem na potwierdzenie okoliczności obiektywnego braku możliwości zatrudnienia przez Przystępującego do realizacji niniejszego zamówienia osób niepełnosprawnych. Po pierwsze nie znamy treści zapytania skierowanego do tegoż Urzędu, stąd też udzielona odpowiedź pozostaje w określonym kontekście, którego nie znamy. Po drugie Przystępujący w toku postępowania odwoławczego wykazał stosownymi dokumentami z PEFRON, iż aktualnie korzysta z możliwości zatrudniania u siebie osób niepełnosprawnych. Po trzecie zaś zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych nie jest ograniczone wyłącznie do ofert Urzędu Pracy. Tym samym zaś - nie pomijając okoliczności, że zatrudnienie osób niepełnosprawnych stanowiło pewną opcję w kalkulacji Przystępującego - argumenty podniesione w tym względzie przez Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Co do kwestii zatrudniania przez Przystępującego wyłącznie jednej osoby do obsługi biura, to zdaniem Izby, wobec braku szczególnych wymagań określonych w tym względzie przez Zamawiającego w SIWZ, brak też jest podstaw do twierdzenia, że zatrudnienie jednej osoby jest niewystraszające i tym samym podważa kalkulację ceny ofertowej Przystępującego. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego zdaniem Izby wykazał, że zatrudnienie jednej osoby pozwoli mu na należyte wykonanie zamówienia, uwzględniając w tym względzie przede wszystkim organizację pracy i narzędzia, z których korzysta ten wykonawca, realizując podobne zamówienia dla innych zamawiających, w tym choćby techniczne instrumenty pozwalające mu na zautomatyzowanie czynności, które będą wykonywane przez wskazaną osobę.

Co do kwestii błędnego obliczenia przychodowości działalności Przystępującego oraz doliczenia VAT do przychodu, w ocenie Izby powyższe argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Podstawą ustalenia poziomu ściągalności opłat dodatkowych były założenia, które każdy z wykonawców mógł przyjąć, mając na względzie swoje doświadczenie zawodowe w realizacji podobnych zamówień, w sytuacji gdy takowych założeń ani nawet poglądowych szacunków Zamawiający w SIWZ nie przedstawił. Odwoływanie się przez Odwołującego w kwestii doliczenia podatku VAT do przychodu do określonych pozycji kalkulacji Zamawiającego, która została sporządzona w oparciu o doświadczenia konsorcjanta Odwołującego, realizującego aktualnie dla Zamawiającego tożsame usługi, również nie może stawić wymiernej podstawy do przyjęcia, że w tym zakresie oferta Przystępującego zawiera jakieś nieprawidłowości, a w szczególności, że cena ofertowa tego wykonawcy jest rażąco niska.

Tym samym wskazane w treści odwołania naruszenia przepisów ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przy ocenie ofert w kryterium „cena nabycia niezwindykowanej opłaty dodatkowej” Izba mając na względzie również oświadczenie złożone w tym zakresie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, stwierdziła, że faktycznie doszło w tym zakresie do naruszenia przywołanego przepisu ustawy Pzp. Zamawiający bowiem przyznał nieadekwatną do opisu tego kryterium w postanowieniach SIWZ ilość punktów w tym kryterium obydwu wykonawcom, biorąc pod uwagę treść ofert Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący zaoferował w tym kryterium cenę 3 zł, zaś Przystępujący – 1 zł. W świetle opisu tego kryterium w postanowieniach SIWZ najwyższą ilość punktów (5 pkt) powinien otrzymać wykonawca, który zaoferuje najwyższą cenę nabycia, zaś pozostali wykonawcy uzyskają proporcjonalnie mniejszą ilość punktów. Tymczasem w tym kryterium Zamawiający przyznał Przystępującemu 5 pkt (maksymalna ilość), zaś Odwołującemu 1,67 pkt.

Powyższe naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania. Przyznanie Odwołującemu 5 pkt, zaś Przystępującemu 1,67 pkt nie zmieniłoby bowiem rankingu oceny ofert; oferta Przystępującego i tak pozostałaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, mając na względzie prawidłową ocenę ofert w zakresie pozostałych kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: