Sygn. akt KIO 3680/21, KIO 3681/21

WYROK

z dnia 13 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r.

A.....przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia BETA SECURITY SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i KOMANDOS PODLASIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (KIO 3680/21) oraz

B.....przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia Gwarant Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze (KIO 3681/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Sąd Okręgowy w Opolu

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AGAR Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu; E. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Detektywistyczna Konwoju i Ochrony „AGAR" E. P. z siedzibą w Opolu i UNITREZ OCHRONA OP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Opolu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3680/21 i KIO 3681/21 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gwarant Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3680/21 po stronie zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „ODNOWA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i EKOTRADE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3681/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. oddala odwołanie o sygn. akt 3680/21;

1B. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 3681/21 i nakazuje Sądowi Okręgowemu w Opolu powtórzenie badania i oceny ofert;

2A. w sprawie sygn. KIO 3680/21 kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BETA SECURITY SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i KOMANDOS PODLASIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BETA SECURITY SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i KOMANDOS PODLASIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,

2B. w sprawie sygn. KIO 3681/21 kosztami postępowania obciąża Sąd Okręgowy w Opolu

i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gwarant Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Sądu Okręgowego w Opolu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gwarant Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze łącznie kwotę 11 775 zł 24 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz koszty dojazdu w wysokości 675 zł 24 gr (sześćset siedemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia cztery grosze).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3680/22, KIO 3681/22

I. Sąd Okręgowy w Opolu (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi

ochrony osób, budynków i mienia Sądu Okręgowego w Opolu (znak postępowania:

ZP-2502-7/21).

W dniu 20 grudnia 2022 r. w tymże postępowaniu zostały wniesione dwa odwołania.

Pierwsze odwołanie, sygn. akt KIO 3680/21, zostało złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BETA SECURITY SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i KOMANDOS PODLASIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej: Konsorcjum Beta lub Odwołujący).

Drugie odwołanie, sygn. akt KIO 3681/21, zostało złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gwarant Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Konsorcjum Gwarant lub Odwołujący).

Odwołujący Konsorcjum Beta zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,

polegające na odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny z uzasadnieniem w sposób niepełny, niejasny i budzącym wątpliwości interpretacyjne, bez jakiegokolwiek odniesienia się Zamawiającego do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie ceny i możliwości wykonania umowy oraz oferty i zakwestionowania wyjaśnień w sytuacji, gdy stawki zastosowane przez Wykonawcę były wyższe niż wynagrodzenie minimalne, która zawiera ceny realne, umożliwiające realizację zamówienia i osiągnięcie zysku, a wezwanie do udzielenia wyjaśnień było niespójne i nieprecyzyjne,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że

Zamawiający nie zażądał w tym zakresie wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia łącznie ceny, kosztu i innych istotnych części składowych;

3) art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy Zamawiający nie rozpytał o koszty związane z zamówieniem, a wyłącznie o wyliczenie ceny, a także wskazanie istotnych części składowych zaoferowanej ceny w związku z wątpliwościami co do możliwości wykonania umowy, a przy tym wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień, które potwierdzały, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia;

4) art. 224 ust. 5 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że w aspekcie przesłanki „ceny w związku z wątpliwościami co do możliwości wykonania umowy" nie mamy do czynienia z drugą inną przesłanką co do „rażąco niskiej ceny", a w konsekwencji inny jest ciężar rozkładu dowodu, który obliguje wykonawcę wyłącznie co do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, 5) art. 253 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na zastosowaniu przy wyborze oferty najkorzystniejszej kryterium „okres gwarancji i rękojmi za wady", które jest sprzeczne z SWZ XVIII opis kryteriów ust. 2 pkt. 2.2. SWZ Kryterium „doświadczenie osób" i brak uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przyjętego rozstrzygnięcia w zakresie kryterium „okres gwarancji i rękojmi za wady";

5) art. 253 ust.1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na zastosowaniu przy informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy przesłanki „rażąco niskiej ceny" w sytuacji gdy na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający informował o wątpliwościach Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów i w tym zakresie otrzymał wyjaśnienia od Wykonawcy oraz braku uzasadnienia

faktycznego i prawnego dla przyjętego rozstrzygnięcia w zakresie kryterium „rażąco niska cena”, bez choćby kalkulacji na jakiej wysokości i jakie są składniki dla przyjęcia, że w tym postępowaniu oferowana cena jest już rażąco niska i nie odniesienia się do wskazanej w piśmie Zamawiającego przesłanki „wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, a wyłącznie „rażąco niskiej ceny”, co do której nie podnoszono wątpliwości oraz braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztów, które nie były wymienione jako rażąco niskie w wezwaniu z dnia 2.12.2021 r.

W konsekwencji podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnień z dnia 2.12.2021 r. i sprecyzowania przesłanek, które budzą wątpliwości i listy dokładnych pytań o składniki ceny tudzież kosztów lub ich istotnych części składowych;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14.12.2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14.12.2021 r. informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy;

4) nałożenie na Zamawiającego kary finansowej na podstawie art. 563 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący Konsorcjum Gwarant zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec zaniechania odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej złożonych przez Wybranego wykonawcę oraz Wykonawcę sklasyfikowanego na drugiej pozycji;

2) art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) - 2), z ostrożności procesowej:

3) art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy oraz Wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji, mimo że oferty ww. Wykonawców są rażąco niskie i nie uwzględniają wszystkich kosztów wykonania zamówienia i są ofertami z cenami rażąco niskimi;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy oraz Wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji, mimo, że oferta te zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienia i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

3) odtajnienie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AGAR Agencja Ochrony spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością, Agencja Detektywistyczna Konwoju i Ochrony „AGAR" E. P.; UNITREZ OCHRONA OP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa i Wykonawcę Konsorcjum: ODNOWA Sp. z o.o. ; „Ekotrade" Sp. z o.o.

4) z ostrożności - nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum: AGAR Agencja Ochrony Sp. z o.o.; Agencja Detektywistyczna Konwoju i Ochrony „AGAR" E. P.; UNITREZ OCHRONA OP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Wykonawcy ODNOWA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, „Ekotrade" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako ofert zawierających rażąco niską cenę i stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający wnosił o oddalenie obu odwołań.

Do postępowań odwoławczych zostały skutecznie zgłoszone następujące przystąpienia przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AGAR Agencja Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu; E. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agencja Detektywistyczna Konwoju i Ochrony „AGAR" E.P. z siedzibą w Opolu i UNITREZ OCHRONA OP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Opolu (dalej: Konsorcjum Agar), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3680/21 i KIO 3681/21 po stronie Zamawiającego,
- Konsorcjum Gwarant, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3680/21 po stronie Zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „ODNOWA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i EKOTRADE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Odnowa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3681/21 po stronie Zamawiającego.

II. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówieni publicznego, przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności protokołu postępowania, sporządzonego przez Zamawiającego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwań skierowanych do wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odpowiedzi wykonawców na te wezwania.

Sygn. akt KIO 3680/22 i KIO 3681/21 (ustalenia i zarzuty wspólne dla obu odwołań)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 552 788,69 zł, a na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 679 930,09 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty przez czterech wykonawców: Konsorcjum Beta z ceną 528 018,03 zł, Konsorcjum Agar z ceną 567 301,65 zł, Konsorcjum Odnowa z ceną 571 396,17 zł i Konsorcjum Gwarant z ceną 688 618,70 zł.

Pismem z dnia 2 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawców Konsorcjum Beta, Konsorcjum Odnowa i Konsorcjum Agar do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W wezwaniu (zakres wezwania był taki sam dla każdego z wykonawców) Zamawiający wskazał, że jego zdaniem ceny zaoferowane przez wymienionych wykonawców ,,budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z przepisów ustawy z dnia

10.10.2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207) oraz ustawy z dnia 22.08,1997r, o ochronie osób i mienia (Dz.U.2021,1995)". Z tego powodu Zamawiający wezwał wykonawców ,,do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a także wskazania istotnych części składowych zaoferowanej ceny mających wpływ na jej wysokość oraz należytą realizację niniejszego zamówienia, z uwzględnieniem wymogów zawartych w Rozdziale IV Specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ, w tym w: Szczegółowym zakresie obowiązków Wykonawcy (Załączniku nr 1 do SWZ). Zamawiający oceniając wyjaśnienia, będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności:

1. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

2. oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;

3. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz.U.2020, poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

6. zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;

7. pozostałych kosztów, o których mowa w Rozdziale XVII SWZ oraz Projekcie umowy (Załączniku Nr 10 do SWZ)".

Zamawiający w wezwaniu również zawarł pouczenie, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcach, co oznacza, że wraz z wyjaśnieniami wykonawcy powinni złożyć dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Każdy z wykonawców, do których skierowano wezwanie, złożył w wyznaczonym terminie odpowiedzi, będące kilkustronicowymi wyjaśnieniami z załączoną tabelą, zawierającą kalkulację ceny. Tylko Konsorcjum Beta nie zastrzegło odpowiedzi jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarówno Konsorcjum Agar, jak i Konsorcjum Odnowa, twierdzili, że ich odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawierają informacje, mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podzielił ich stanowisko i podjął decyzję o nieodtajnianiu wyjaśnień tych wykonawców.

W dniu 14 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jednej z ofert (złożonej przez Konsorcjum Beta). Za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum Agar.

Oferta złożona przez Konsorcjum Beta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający uznał, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu podstaw odrzucenia, Zamawiający wskazał m.in., że ,,w zakresie wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych zaoferowanej ceny mających wpływ na jej wysokość Wykonawca odniósł się jedynie do kalkulacji minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz załączył kalkulację minimalnego rocznego wynagrodzenia za pracę przypadającego na jednego pracownika ze strony jako potwierdzenie różnej wysokości wynagrodzenia w różnych miesiącach przypadających na 2022 r. Ponadto jako dowód Wykonawca przedłożył Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r., w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r., oraz kalkulację wynagrodzenia umowy o pracę uwzględniającego jedynie minimalne wynagrodzenie o pracę obowiązujące w 2022r. wraz kosztami ponoszonymi przez pracodawcę (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe, FGŚP)".

Z czynnościami Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2021 r. nie zgodzili się obaj Odwołujący. Konsorcjum Beta kwestionowało zasadność swojego odrzucenia, z kolei Konsorcjum Gwarant wskazywało, że wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny w ofertach konkurencyjnych powinny zostać odtajnione oraz twierdził, że oferty sklasyfikowane przez Zamawiającego w rankingu ofert wyżej, niż oferta Konsorcjum Gwarant - tj. oferty Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa - powinny zostać odrzucone jako oferty z rażąco niską ceną.

Wszyscy wykonawcy, biorący udział w postępowaniu odwoławczym, zgadzali się generalnie co do kwestii, że przeważający koszt w realizacji zamówienia to koszt zatrudnienia pracowników, ale wycena w poszczególnych ofertach tego kosztu się różniła.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Żaden z wykonawców, którzy złożyli odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie załączył do odpowiedzi żadnych dowodów. Wyjaśnienia Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa zawierają pewne informacje, które mogą wskazywać na szczególne możliwości wykonawcy oraz sposób kalkulacji umożliwiający wyliczenie ceny na niższym poziomie, niż szacowany, jednak nie załączyli oni do wyjaśnień żadnych dowodów. Nie stanowi takiego dowodu sama kalkulacja ceny. Rozbicie ceny na poszczególne składniki nie wnosi niczego do kwestii wyjaśnienia ceny, o ile nie jest poparte żadnymi dowodami, udokumentowaniem możliwości zastosowania wyceny na takim, a nie wyższym poziomie.

Z kolei wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Beta obejmowały analizę pojęcia rażąco niskiej ceny, przywołanie okoliczności, że jeden z konsorcjantów istnieje na rynku od 20 lat wraz z informacją, że ma siedzibę w Opolu (pozostałe Konsorcja również miały przynajmniej jednego konsorcjanta z siedzibą w tym mieście),

Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraźnie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień pouczył, że do wyjaśnień należy załączyć dowody. Żaden z wezwanych wykonawców takich dowodów nie złożył.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wobec tego, że wyjaśnienia każdego z wykonawców były w dużym stopniu ogólnikowe (w szczególności wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Beta), a jeżeli w wyjaśnieniach Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa wskazano na pewne okoliczności, mogące potencjalnie umożliwiać wykonawcom Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa zaoferować niższą cenę, to nie przywołano w żadnych wyjaśnieniach jakichkolwiek dowodów, Izba stwierdziła, że na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wszystkie trzy oferty powinny zostać odrzucone w wyniku uznania za złożone z rażąco niską ceną. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. aktKIO 747/19, „Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”. Izba w niniejszym składzie pogląd ten w pełni podziela.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, odrzucając ofertę Konsorcjum Beta na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 3680/21.

Z kolei zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa było naruszeniem przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego Izba uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO 3681/21. W konsekwencji Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert, i odrzucić oferty złożone przez Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa.

Sygn. akt KIO 3680/21

Odwołujący Konsorcjum Beta w odwołaniu zarzucał Zamawiającemu, że skierowane do

niego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było niejasne i nieprecyzyjne, nie przywoływało, co konkretnie - jakie składniki ceny - powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę oraz wskazywało nie na wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny, a jedynie na wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Izba rozpatrując tak postawiony zarzut, uznała, że jest on chybiony - argumentacja Odwołującego jest zupełnie niezrozumiała w kontekście treści wezwania Zamawiającego. Z nagłówka wezwania wynika, że jest to „wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny", a Odwołujący odpowiedź na to wezwanie zatytułował „Odpowiedz do WEZWANIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY" (cytat dosłowny). Odwołujący przedstawia na stronie pierwszej i drugiej swojej odpowiedzi, jaką cenę, wg opinii Urzędu Zamówień Publicznych i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, uważa się za rażąco niską. Trudno zatem zaakceptować argumentację odwołania, w której Odwołujący twierdzi, że nie zrozumiał, iż wezwanie dotyczy rażąco niskiej ceny.

Odwołujący również podnosił, że Zamawiający w wezwaniu nie wskazał konkretnych składników ceny, tymczasem Zamawiający wymienił te składniki (strona 1 wezwania, punkty 1-6) i powołał Rozdział XVII SWZ oraz Projekt umowy (pkt 7, strona 2), gdzie opisano pozostałe koszty realizacji zamówienia (które Odwołujący sam przytacza na stronie 9 odwołania, co oznacza, że były mu znane). W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się żadnych przesłanek, świadczących o tym, że wezwanie skierowane do Konsorcjum Beta mogło być w jakimkolwiek aspekcie niejasne czy nieprecyzyjne.

Co do zarzutu, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał jako kryterium oceny ofert okres gwarancji i rękojmi, a nie doświadczenie osób, to w ocenie Izby zarzut ten jest chybiony, ponieważ pomyłka Zamawiającego w nazwie kryterium była oczywistą omyłką pisarską, a jednoznacznie z pozostałej treści informacji wynika, jakie kryterium pozacenowe było brane pod uwagę przy ocenie ofert.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 3680/21, stwierdzając, że nie potwierdził się żaden z podniesionych zarzutów.

Sygn. akt KIO 3681/22

W odniesieniu do zarzutu podniesionego przez Konsorcjum Gwarant, dotyczącego objęcia tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa, Izba uznała, że rzeczywiście niektóre elementy wyjaśnień mogą potencjalnie wskazywać na zasadność objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Część ogólnikowa wyjaśnień powinna zostać odtajniona, jednak, wobec tego, że Izba stwierdziła, iż oferty tychże Konsorcjów powinny zostać odrzucone jako oferty z rażąco niską ceną, Izba nie nakazała tego Zamawiającemu, bowiem w tych okolicznościach nie ma to wpływu na wynik postępowania.

Wobec uznania za uzasadniony najdalej idącego zarzutu - zarzutu naruszenia ar. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa, Izba uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO 381/21.

Izba, odnosząc się do zarzutów obu odwołań, nie brała pod uwagę pisma Zamawiającego, które wpłynęło po zamknięciu rozprawy.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

1