Sygn. akt: KIO 1137/22

WYROK

z dnia 18 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1) Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 i 2) Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wodociągi Miasta Krakowa spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Senatorska 1

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A, DGP Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Środkowa 20, Dersław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, ul. Zawada 26 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1137/22 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 16B, Novia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Paderewskiego 34, Jantar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, U.P.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zbożowa 38, Fosa Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 115D, Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 115C zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1137/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1) Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 i 2) Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 i:

2.1. 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 zamówienie: 1) Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 i 2) Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w

terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1137/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowa ochrona obiektów Wodociągów Miasta Krakowa S.A. — nr postępowania 16/PO-1/2022", zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2022r. za numerem 2022/S 020-050329.

Zawiadomienie o wynikach postępowania zostało przekazane odwołującemu w dniu 14 kwietnia 2022 r.

W dniu 25 kwietnia 2022 r. odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie:

1) Seris Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 i 2) Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 55 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 kwietnia 2022 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 25 kwietnia 2022 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum ERA, podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny ofert wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta odrzucona i to oferta odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2) art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum ERA do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 24 oraz 26 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

3) art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 24 oraz 25 i 26 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

a w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 2 i 3 powyżej, naruszenie:

4) art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum DGP i Konsorcjum ERA do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych ofert w odniesieniu do sposobu realizacji zamówienia dotyczących części przedmiotu zamówienia wskazanych w poz. 24, 25 i 26 Formularza Cenowego.

Wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w ramach którego wezwie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub w odniesieniu do treści oferty Konsorcjum DGP i Konsorcjum ERA.

Z uwagi na zastrzeżenie pewnych informacji przez zamawiającego jako poufnych z uwagi na fakt, że obiekty objęte postępowaniem dotyczą infrastruktury krytycznej, odwołujący wniósł o wyłączenie jawności postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą — kopia oświadczenia o zachowaniu poufności w załączeniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert jest sklasyfikowana na trzecim miejscu za ofertą złożoną przez Konsorcjum DGP i Konsorcjum ERA. Niezgodne z przepisami ustawy działanie zamawiającego polegające na zaniechaniu czynności zbadania ofert wskazanych Konsorcjów pod kątem rażąco niskiej ceny, powoduje, że odwołujący ponosi szkodę w postaci braku możliwości pozyskania zamówienia.

W dniu 14.04.2022r., zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę firmy Konsorcjum ERA.

W formularzu ofertowym, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli zobowiązani do wypełnienia Formularza Cenowego (vide pkt 5 oferty), w którym zobowiązani byli podać miesięczną, ryczałtową kwotę wynagrodzenia za realizację danej części przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum ERA zaoferowało wykonanie części przedmiotu zamówienia wskazanego w poz. 24 Formularza Cenowego za kwotę 51.200,00 zł, w poz. 25 — 48.570,00 zł i w poz. 26 — 7.150,00 zł miesięcznie.

Konsorcjum DGP zaoferowało wykonanie części przedmiotu zamówienia wskazanego w poz. 24 Formularza Cenowego za kwotę 45.877,56 zł, w poz. 25 — 20.211,66 zł i w poz. 26 — 25.665,60 zł miesięcznie.

Opis zamówienia dla poz. 24 Formularza Cenowego został zamieszczony w pkt 2.24, pkt 3.2 i pkt 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) oraz istotne z punktu widzenia odwołania są odpowiedzi na pyt. nr 3 z dnia 06.04.2022r. i nr 3 z dnia 11.04.2022r.

W odniesieniu do poz. 25 i 26 Formularza Cenowego, Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w pkt 3.1 ppkt 4, pkt 3.2, pkt 4 i pkt 5 OPZ oraz istotne z punktu widzenia odwołania są odpowiedzi na pyt. nr 2 z dnia 06.04.2022r., nr 2 z dnia 11.04.2022r., nr 1 z dnia 07.04.2022r., nr 3 z dnia 11.04.2022r.

Ad. zarzutu nr 1

W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, mając na uwadze zarzuty dot. oferty złożonej przez Konsorcjum ERA. Zamawiający zaniechał dokonania prawidłowej i kompleksowej oceny ofert w postępowaniu w odniesieniu do poszczególnych pozycji cenowych w Formularzu Cenowym, czego skutkiem było zaniechanie wezwania do wyjaśnień zarówno Konsorcjum ERA, jak i DGP, co w konsekwencji mogło doprowadzić do wyboru oferty z rażąco niską ceną.

Ad. zarzutu nr 2

Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 ustawy, zamawiający jest zobowiązany do zażądania od wykonawców wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu jeżeli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami.

Jak wynika z Formularza Cenowego poz. 24, 25 i 26 stanowią istotną część zamówienia, a z uwagi na charakter usługi tj. konieczność zapewnienia ochrony obiektów zaliczanych do infrastruktury krytycznej, zamawiający nie może pozwolić sobie na wybór oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie, w ramach zaoferowanego wynagrodzenia, realizować usługi w sposób odpowiadający wymaganiom zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, ceny wskazane w poz. 24, 25 i 26 Formularza Cenowego zarówno w ofercie Konsorcjum ERA, jak i Konsorcjum DGP, budzą poważne i uzasadnione wątpliwości, że wykonawcy ci nie wzięli pod uwagę wszystkich wymagań zamawiającego, co do sposobu realizacji zamówienia dla tych pozycji cenowych, a tym samym oferty te mogą zawierać rażąco niską cenę w tych pozycjach.

Z uwagi na fakt, że zamawiający przed odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zarzut dot. zaniechania wykonania takiej czynności należy uznać za zasadny. Dopiero po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej możliwym jest postawienie ewentualnego zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Przyjmując z ostrożności, że Izba nie uwzględni zarzutów dot. zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Konsorcjum ERA i Konsorcjum DGP, koniecznym i zasadnym jest wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie treści ofert tj. czy obejmują one wykonanie zamówienia w częściach odpowiadających poz. 24, 25 i 26 wymaganiom zamawiającego, bowiem zaoferowana w szczególności Konsorcjum ERA w poz. 26 wskazuje, że wykonawca ten tych wymagań nie uwzględnił.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy, zamawiający jest zobowiązany do żądania wyjaśnień od wykonawców, jeżeli treść złożonej oferty budzi wątpliwości. Niewątpliwie w sytuacji, gdy zaoferowana cena wydaje się być ceną rażąco niską, niezbędne jest ustalenie przez zamawiającego, czy złożone oferty obejmują realizację zamówienia zgodnie z jego wymaganiami.

Pozostała część uzasadnienia odwołania znajduje się w załączniku nr 1 z uwagi na zastrzeżenie poufności informacji przez zamawiającego.

W dniu 26 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A, DGP Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Środkowa 20, Dersław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, ul. Zawada 26 zgłosili swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1137/22 po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali, że ich oferta została uznana za ważną i sklasyfikowana w rankingu ofert, mają zatem interes w tym, aby oddalenie odwołania usankcjonowało ważność czynności dokonanych przez zamawiającego w szczególności w zakresie czynności badania i oceny ofert. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu firmy Dresław i prokurenta samoistnego pozostałych firm. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 16B, Novia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Paderewskiego 34, Jantar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, U.P.G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Zbożowa 38, Fosa Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 115D, Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 115C zgłosili swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1137/22 po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali, że ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i uwzględnienie odwołania mogłoby prowadzić do unieważnienia wyboru ich oferty, a zatem w interesie przystępujących jest utrzymanie w mocy czynności zamawiającego, których dotyczy odwołania. Zgłoszenie zostało wniesieniu przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i zastępcę prezesa zarządu firmy ERA (zgodnie z załączonymi uchwałami zgromadzenia wspólników), która działała jako pełnomocnik pozostałych wykonawców na podstawie 6 pełnomocnictw z dnia 14, 16 i 17 lutego 2022 r. udzielonych przez podmioty uprawnione do reprezentacji każdego z mocodawców, zgodnie z załączonymi do zgłoszenia odpisami z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia.

W dniu 16 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie złożonego odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający podniósł, że przed wszczęciem postepowania o udzielenie zamówienia dokonał ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na podstawie aktualnie obowiązującej umowy wraz z aneksami zawartej z konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o., ul. Jana

Kazimierza 55, 01-267 Warszawa , członek konsorcjum: Seris Konsalnet Security sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, w wyniku przetargu z 2019 r. Ustalenie wartości zamówienia oparto na treści aneksu dotyczącego realizacji usług w 2022 r. uwzględniającej wzrost płacy minimalnej w 2022 r. Zakres zamówienia rzeczowy porównując zamówienie z 2019 r. i aktualny przetarg z 2022 r. został zmieniony nieznacznie (w miejsce wycofanych dwóch obiektów dodano ochronę przesyłu wody pitnej do Krakowa), przy czym wartość realizacji tych pozycji odpowiadała wartości wycofanych pozycji.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 26 000 000 zł. netto, 31 980 000 zł. brutto. Informacje te zostały upublicznione zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i przed

otwarciem ofert.

W postępowaniu wpłynęło 6 ofert. Kryterium oceny ofert stanowiła tylko cena za realizację zamówienia w okresie 24 miesięcy wraz z prawem opcji przedłużenia umowy na kolejne 12 miesięcy realizacji umowy.

Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert i nie stwierdził aby wydawały się rażąco niskie, ani nie nosiły również znamion ceny rażąco niskiej.

Na 6 złożonych ofert - ranking wyglądał następująco:

1 ERA 18 766 056,00 netto 23 082 248,88 brutto

2 DGP 18 825 315,36 netto 23 155 137,89 brutto

3 SERIS 19 457 037,12 netto 23 932 155,65 brutto

4 IMPEL 19 773 559,20 netto 24 321 477,82 brutto

5. EKOTRADE 20 272 725,60 netto 24 935 452,48 brutto

6. SOLID 25 836 878,40 netto 31 779 360,43 brutto

Zgodnie z wskazaniami wynikającymi z art. 244 ust.2 , zamawiający nie stwierdził aby zaoferowana cena była rażąco niska. I tak :

1. Porównując cenę oferty firmy ERA oraz oferty firmy DGP w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, nie są one niższe niż 30% wartości zamówienia (22.386.000 zł. brutto). Oferta firmy ERA jest o 28% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, oferta firmy DGP o 28% niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

2. Porównując średnią arytmetyczną wszystkich 6 złożonych ofert wynosi ona 25.200.972,19 zł. , a 30% tej wartości to 7.560.291,66 zł. brutto. Zarówno cena ofert firmy Era jak i DGP przekracza te wartości.

Mając powyższe na uwadze po dokonaniu dwuetapowej analizy komisja przetargowa i zamawiający nie stwierdzili aby cena wydawała się rażąco niska, jak i również w ujęciu matematycznym kierując się wskazaniami zawartymi w art.224 ust.1 ustawy PZP nie jest ona rażąco niska.

W świetle obowiązującego orzecznictwa, to zamawiający ma prawo do dokonania swobodnej oceny czy cena jest rażąco niska, jest to jego wyłączna kompetencja, jako podmiotu prowadzącego postępowanie - wyrok KIO z 8.05.2018, KIO 769/18 Legalis.

W każdym przypadku to zamawiający powinien samodzielnie ocenić, czy stan faktyczny i okoliczności powodują podejrzenie rażąco niskiej ceny , a punktem odniesienia jest: wartość szacunkowa zamówienia, ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny rynkowe przedmiotu zamówienia - wyrok KIO z 10.05.2016, KIO 616/16 Legalis.

Wykładnia celowościowa przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny wskazuje na przesłankę eliminowanie ofert, w których cena lub koszt uniemożliwia realizację zamówienia. W obowiązującym stanie prawnym co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie - wyrok KIO 488/18 Legalis.

Rażąco niska cena oferty jako przesłanka do jej odrzucenia ma na celu również wyeliminowanie oferentów niewiarygodnych, którzy nie będą w stanie w należyty sposób wykonać zamówienia. Nie jest to zaś środek służący ochronie konkurencji, bowiem czyn nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty, wskazaną w art. 226 ust. 1. Pkt.7) ustawy.

Odwołujący w swoim piśmie wskazał na 3 pozycje w formularzu oferty (pozycja 24,25,26 tabeli miesięcznych ryczałtów), które w jego ocenie wskazują na rażąco niską cenę. W tym miejscu zamawiający wskazał, że powoływanie się na elementy oferty jako rażąco niskie, kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych, wielokrotnie było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą jak i Sądy jako nieuzasadnione. Ocena oferty odbywa się w odniesieniu do całości oferty. Zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzenia kalkulacji

wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę. Nie jest uzasadnione żądanie wyjaśnienia kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, gdy z racji wyższych cen w innych elementach cena oferty nie jest rażąco niska. O

ile więc zamawiający może i powinien wziąć pod uwagę powyższe punkty odniesienia, to nie powinien na nich poprzestawać. Jest on bowiem zobowiązany do wzięcia pod uwagę również całokształtu okoliczności i uwarunkowań, jakie towarzyszą danemu wykonawcy. - wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Obowiązujące orzecznictwo zwraca uwagę, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej", a nie ceny „niskiej". Te dwa pojęcia nie są tożsame.

Ustawodawca w sposób jednoznaczny i wyraźny zaakcentował, iż ocena oferty wykonawcy pod względem sprawdzenia, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny odnosi się każdorazowo do ceny całkowitej, obejmującej cały przedmiot zamówienia. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Izby (tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19).

Zamawiający zwrócił, że cena ofertowa niniejszego zamówienia składała się z sumy miesięcznych ryczałtów za świadczenie usług dla poszczególnych obiektów. W zakresie wskazanych w odwołaniu pozycji należy stwierdzić , że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie, nawet gdyby porównać tylko elementy ceny ofertowej (miesięczne ryczałty).

Pozycja

ERA pozycja 24 Obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II - na odcinku od Dobczyc do Krakowa 51 200,00; Pozycja 25. Obiekty związane z przesyłem wody pitnej - patrolowanie 48 570,00; Pozycja 26. Obiekty związane z oczyszczaniem ścieków i z utrzymaniem drożności sieci kanałowej - patrolowanie 7 150, 00

DGP pozycja 24 Obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II - na odcinku od Dobczyc do Krakowa 45 877,56, Pozycja 25. Obiekty związane z przesyłem wody pitnej - patrolowanie 20 211, 66; Pozycja 26. Obiekty związane z oczyszczaniem ścieków i z utrzymaniem drożności sieci kanałowej - patrolowanie 25 665,60
SERIS pozycja 24 Obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II - na odcinku od Dobczyc do Krakowa 53 984,52; Pozycja 25. Obiekty związane z przesyłem wody pitnej - patrolowanie 26 609, 39; Pozycja 26. Obiekty związane z oczyszczaniem ścieków i z utrzymaniem drożności sieci kanałowej - patrolowanie 33 866,49
Już proste porównanie powyższych pozycji w kwestionowanych przez odwołującego ofertach wskazuje, że w pozycji 24 różnica wynosi 5,16 % w stosunku do oferty odwołującego. A pozycja 25 w ofercie ERA jest wyższa od oferty odwołującego, a pomiędzy ofertą DGP wynosi 24% od ceny pozycji z oferty odwołującego, więc nie może być rażąco niska.

Jeżeli chodzi o pozycję 26 , to różnica pomiędzy ofertą firmy Era i Seris wynosi 78,88% , ale w pozycjach nr 25 i 26 usługa realizowana jest przez ten sam Patrol Zmotoryzowany, który dokonuje objazdu obiektów związanych z przesyłem wody pitnej jak i obiektów związanych z oczyszczaniem ścieków i utrzymaniem drożności sieci kanałowej. Informacje te przekazywał zamawiający podczas objazdu obiektów w ramach przetargu w którym udział wzięli wszyscy wykonawcy zaproszeni do składania ofert, usługa realizowana jest łącznie, a rozdzielenie pozycji potrzebne jest wyłącznie do celów księgowych m.in. ujmowania w koszty działalności taryfowej WMK S.A. Po zsumowaniu tych pozycji cena nie jest w żaden sposób rażąco niska Pozycja 25.

Obiekty związane z przesyłem wody pitnej - patrolowanie

ERA 48 570,00

DGP 20 211,66

SERIS 26 609,39

26. Obiekty związane z oczyszczaniem ścieków i z utrzymaniem drożności sieci kanałowej -

patrolowanie

ERA 7 150,00

DGP 25 665,60

SERIS 33 866,49

SUMA:

ERA 55 720,00

DGP 45 877,26

SERIS 60 475,88

Różnica wynosi pomiędzy ofertą firmy Era , a Seris 7,86 %.

Odpowiedzi na pytania, na które powołuje się odwołujący w uzasadnieniu dotyczyły ilości kilometrów do przejechania w ramach świadczenia usługi dla pozycji 25 i 26, pojazdów do objazdu (samochód z napędem 4 x 4), oraz zakazu łączenia funkcji Patrolu Zmotoryzowanego i Grupy Interwencyjnej. Już sama treść pytań i udzielanych odpowiedzi wskazuje, że wykonawcy doskonale zdawali sobie sprawę z łącznego świadczenia tej usługi dla obiektów wodociągowych i kanalizacyjnych, trasa objazdu jest jedna i na niej rozlokowane są obiekty i wodociągowe i kanalizacyjne.

Cenę rażąco niską można przypisać ofercie wówczas, gdy w sposób widoczny, nieodparcie nasuwający takie wnioski, da się wykazać, iż za taką cenę nie jest możliwe należyte wykonanie oznaczonego zamówienia, bez poniesienia przez wykonawcę straty lub konieczności częściowego sfinansowania kosztów z innych źródeł, niż z wynagrodzenia za dany kontrakt. Przy czym badanie ceny pod względem jej ewentualnie rażąco niskiego charakteru - nie może być oderwane od istniejących realiów rynkowych i wszelkich uwarunkowań postawionych przez zamawiającego w SIWZ. Skoro wykonawcy są uprawnieni do swobodnego kalkulowania swych zysków, to działanie zgodne z ich uprawnieniem nie może stanowić podstawy do

stwierdzenia naruszenia przez nich przepisów prawa. (...) nierównomierne rozłożenie zysku,

nie jest czynem nieuczciwej konkurencji (KIO 2588/17).

Zamawiający zwrócił również, uwagę na treść uzasadnienia do odwołania w pkt. 13 , w którym sam odwołując wskazuje „ Izba nie uwzględni zarzutów dotyczących zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Konsorcjum ERA i Konsorcjum DGP, koniecznym i zasadnym jest wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty". Powyższe w opinii zamawiającego pokazuje rzeczywiste intencje odwołującego, który aktualnie świadczy usługi na rzecz WMK S.A. , a z uwagi na charakter usługi wymagający koncesji, zamawiający nie ma wyjścia tylko musi do czasu rozstrzygnięcia przetargu kontynuować usługę u dotychczasowego wykonawcy zamówienia czyli odwołującego. Kontynuacja umowy tylko przez jeden miesiąc daje kwotę prawie 1 milion zł.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SWZ, złożonych oferty, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ zamawiający w pkt. III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE wskazał:

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi kompleksowej ochrony obiektów WMK S.A. , w ramach realizacji zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do:

- stałej ochronie fizycznej wskazanych obiektów, w tym obiektów podlegających obowiązkowej ochronie na podstawie art. 5 ustawy z dnia 22.8.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. 2018 poz. 2142),

- doraźnej ochronie fizycznej wskazanych obiektów przez Patrol Zmotoryzowany,

- stałego dozoru przez Uzbrojone Stanowisko Interwencyjne sygnałów alarmowych przesyłanych przez systemy elektronicznego zabezpieczenia anty-napadowego i anty-włamaniowego (SSWiN), zainstalowane w ochranianych obiektach,

- podejmowaniu stosownych działań ochronnych (interwencje, reakcja na wzbudzenie w obiekcie elektronicznego systemu alarmowego SSWiN) przez pracowników Grupy Interwencyjnej na terenie wszystkich obiektów WMK S.A. objętych przedmiotowym zamówieniem

publicznym.

Zamawiający informuje, że część obiektów objętych niniejszym postępowaniem podlega obowiązkowej ochronie, wobec powyższego Wykonawca musi mieć status SUFO.

2. Przedmiot zamówienia stanowią usługi społeczne, tj. usługi ochroniarskie które wymienione są w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SWZ - OPZ. Załącznik ten zostanie udostępniony wykonawcom zaproszonym do składania ofert. Z uwagi na charakter zamówienia informacje zawarte w OPZ mają charakter poufny i nie mogą być udostępniane przez Wykonawcę w jakiejkolwiek formie bez uprzedniej zgody Zamawiającego udzielonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Wykonawca w celu pozyskania tych informacji winien przekazać Zamawiającemu oryginał oświadczenia o zachowaniu poufności według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ. Zamawiający zaproszonym do złożenia ofert Wykonawcom przekaże hasło (kod) dostępu do treści objętych OPZ mailem lub telefonicznie łącznie z informacją o nazwie oprogramowania użytego do szyfrowania plików.

4. Oświadczenie należy złożyć: przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem kanału elektronicznej komunikacji pod adresem prowadzonego postępowania:
.

5. Wykonawca zobowiązany jest do zachowania w poufności treści zawartej w załączniku nr 2 -OPZ. Obowiązek zachowania poufności jest nieograniczony w czasie, a jego uchylenie może być dokonane wyłącznie przez Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zapewnienie wszelkich niezbędnych środków w celu dochowania poufności, w tym również przez osoby realizujące zamówienie, podmioty udostępniające swoje zasoby Wykonawcy, na zasadach określonych w art. 118 Ustawy oraz przez podwykonawców. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za nieuprawnione upublicznienie informacji zastrzeżonych przez Zamawiającego jako poufne. Wykonawca zobowiązuje się do wykorzystania ww. informacji wyłącznie w zakresie niezbędnym do przygotowania oferty oraz uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i niewykorzystywania ich w żadnym innym celu. W przypadku podpisania ww. Oświadczenia przez osobę lub osoby inne niż wymienione we właściwym dokumencie rejestrowym Wykonawcy jako osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy, należy przedłożyć oryginał pełnomocnictwa w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub jego uwierzytelnioną notarialnie kopię. Pełnomocnictwo winno wskazywać do jakich czynności pełnomocnik jest uprawniony.

18. Zamawiający wymaga na podstawie art. 95 ustawy Pzp, aby każda godzina pracy osób wykonujących zamówienie w ramach umowy na „Kompleksową ochronę obiektów Wodociągów Miasta Krakowa S.A.” była realizowana w ramach umowy o pracę (etatu). Zamawiający nie dopuszcza łączenia przez tą samą osobę funkcji Kierownika Zmiany, członka Grupy Interwencyjnej, członka Patrolu Zmotoryzowanego.

W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w usługi.

W pkt. XIII. OBLICZENIE CENY OFERTOWEJ zamawiający opisał zasady obliczenia ceny:

1. Cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie koszty i podatek VAT (z zastrzeżeniem przypadku, o którym mowa w ust. 8.

2. Wszystkie wartości cenowe należy podać w złotych (z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku).

3. W Formularzu oferty należy podać cenę brutto oferty (z podatkiem VAT). W przypadku, o którym mowa w ust 8. podana przez wykonawcę cena jako „cena brutto” nie może zawierać podatku VAT obowiązującego w Polsce.

4. Cena ofertowa stanowi wartość łączną całości zamówienia i obejmuje koszt wykonania usług wymienionych w rozdziale III SWZ p.t.: Opis przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie (jeśli wchodzą w zakres zamówienia), w tym np.: cła i wszelkie opłaty, koszty ubezpieczenia, a także wszelkie inne koszty dodatkowe, które należy ponieść w związku z realizacją niniejszego zamówienia.

5. Suma wszystkich wartości netto wyszczególnionych w druku Oferty musi odpowiadać łącznej cenie ofertowej brutto.

6. W druku Oferty należy wypełnić zamieszczony tam wzór. „Wartość” stanowi iloczyn „ceny

jednostkowej" i „ilości" podanej przez zamawiającego, a suma wartości stanowi cenę ofertową.

7. Cena podana w ofercie jest ostateczna i nie podlega negocjacjom. Należy ją traktować jako wynagrodzenie maksymalne wykonawcy zamówienia nie mogące zostać przekroczone w trakcie realizacji umowy.

W załączniku nr 2 zamawiający w zakresie spornym opisał przedmiot zamówienia przy czym objął ten załącznik klauzulą poufność. Izba ustaliła, że poz. 24 odpowiada pkt. 2.26 opisu, w którym zamawiający ujął rodzaj służby ochronne i wymagane uprawienia oraz uzbrojenie i wyposażenie. Określił sposób wykonania patrolu zmotoryzowanego i jego cel.

W pkt. 3.2. zamawiający określił zadania dla Kierownika Ochrony i Kierownika Zmiany;

W pkt. 4. Zamawiający wskazał, że ochronie przez Patrol Zmotoryzowany podlegają 143 obiekty.

W pkt. 5 określił sposób kontroli pracowników przez wykonawcę.

Wyjaśnienia 6 kwietnia 2022 r.

Pytanie 1:

Zgodnie z zapisem wzoru umowy §7, pkt 3 zamawiający wymaga monitorowania oraz podjazdu minimum raz na dobę patrolu zmotoryzowanego do 143 obiektów. Prosimy o określenie lokalizacji po przez podanie dokładnych adresów lub współrzędnych geograficznych. Informacja niezbędna jest do prawidłowego skalkulowania oraz zaplanowania logistycznego usługi.

Odpowiedź: Zamawiający przekazuje wykonawcom „Wykaz obiektów WMK S.A. podlegających ochronie przez Patrol Zmotoryzowany", który zawiera adresy wszystkich 143 obiektów.

Pytanie 2:

Zamawiający w treści załącznika do SWZ „formularz oferty" w pozycji 25, 26 wskazuje usługę wykonywaną przy pomocy zmotoryzowanego patrolu. Prosimy o doprecyzowanie których obiektów ma dotyczyć wskazany ryczałt. Prosimy o podanie wykazu obiektów z wyszczególnionym adresem oraz podziałem na pozycję 25,26.

Odpowiedź:

Zamawiający przekazuje wykonawcom „Wykaz obiektów WMK S.A. podlegających ochronie przez Patrol Zmotoryzowany", który zawiera adresy wszystkich 143 obiektów i wskazanie do jakiej pozycji kosztowej (25 lub 26) należy poszczególny obiekt.

Pytanie 3:

W treści formularza ofertowego w pozycji 24 zamawiający wymaga objazdu trasy rurociągu Raba I i Raba II. Prosimy o doszczegółowienie: jak długa jest trasa, ile zajmuje czasu jednorazowa kontrola wszystkich elementów, ilość elementów infrastruktury jakie wykonawca powinien skontrolować, czy usługa ma być realizowana za pomocą jednego pojazdu czy należy zaangażować większą ilość pojazdów. Czy do wszystkich elementów rurociągu wykonawca dojedzie utwardzoną gminną drogą ?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że jednorazowy objazd wszystkich elementów rurociągu Raba I i

Raba II wymaga pokonania trasy ok. 100 km.

Zamawiający wymaga by Wykonawca skontrolował każdy z 80 elementów rurociągu Raba I i Raba II minimum 4 razy w ciągu doby (tj. minimum 2 razy na każdej 12 godzinnej zmianie). Nie do wszystkich elementów rurociągu Raba I i Raba II można dojechać utwardzoną gminną drogą.

Zamawiający nie stawia szczególnych warunków Wykonawcy w zakresie liczby pojazdów (liczby patroli zmotoryzowanych) wykorzystywanych przez Wykonawcę do prawidłowego (zgodnego z SWZ) wykonania ochrony rurociągu Raba I i Raba II; ta kwestia należy do oceny i decyzji Wykonawcy.

Wyjaśnienia z dnia 11 kwietnia 2022r.

Pytanie 1:

Dot. Patrolu Zmotoryzowanego dla 143 obiektów (opis przedmiotu zamówienia pkt. 4.).
Odpowiedź:

Ilość kilometrów wykonywanych średniomiesięcznie przez Patrol Zmotoryzowany Wykonawca powinien wyliczyć na podstawie przekazanego wykonawcom przez Zamawiającego wykazu 143 obiektów z podanymi adresami ich lokalizacji.

Zamawiający nie narzuca dokładnych godzin ani kolejności wykonywania usługi Patrolu Zmotoryzowanego dla poszczególnych 143 obiektów. Wykonawca sam zorganizuje i zaplanuje przebieg trasy patrolu zmotoryzowanego po obiektach wskazanych w opisie.

Ile czasu zajmie wykonanie jednego patrolu wszystkich obiektów, Wykonawca powinien wyliczyć na podstawie przesłanego wykonawcom przez Zamawiającego wykazu 143 obiektów z podanymi adresami ich lokalizacji.

Zadania Patrolu Zmotoryzowanego oraz częstotliwość kontroli każdego obiektu (min. 1 raz na dobę) zostały określone w „Opisie przedmiotu zamówienia" (pkt 3.1.4 - „Patrol Zmotoryzowany").

Patrol Zmotoryzowany nie będzie wysyłany w trybie alarmowym na interwencje do ochranianych obiektów - to jest zadanie dla Grupy Interwencyjnej.

Pytanie 2:

Dot. ochrony obiektów wymienionych w pkt. 2.24 tj.: „Obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II- na odcinku od Dobczyc do Krakowa"

Odpowiedź:

Patrol Zmotoryzowany ochraniający obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II nie realizuje innych zadań ochronnych poza tymi, które wskazano w pkt. 2.24 „Opisu przedmiotu zamówienia".

Jednorazowy przejazd (w ramach kontroli) po wszystkich obiektach wchodzących w skład rurociągu Raba I i Raba II (w tzw. pętli) wymaga pokonania trasy o długości ok. 100 km.
Pytanie 3:

Dot. Kierownika Ochrony i Kierownika Zmiany - proszę o informacje czy Zamawiający wymaga dedykowanych kierowników zmiany do obiektów Zamawiającego, przebywających stale na obiektach Zamawiającego w określonych godzinach?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wymaga dedykowania kierownika ochrony czy kierownika zmiany do obiektów Zamawiającego, przebywających stale na obiektach Zamawiającego w określonych godzinach. Mogą być to kierownicy nadzorujący również obiekty innych Zamawiających.
Wyjaśnienia z dnia 11 kwietnia 2022 r. cd:

Pytanie 2:

Dotyczyło rodzaju pojazdu, którym należy wykonać usługę w poz. 24, 25 i 26

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga aby patrole zmotoryzowane dysponowały pojazdami, które są w stanie dojechać do obiektów, do których prowadzą drogi nieutwardzone. Dobór odpowiedniego pojazdu zdolnego poruszać się po drogach nieutwardzonych należy do Wykonawcy.

Pytanie 3:

Proszę o potwierdzenie, iż czynności określone dla patroli zmotoryzowanych nie może wykonywać grupa interwencyjna.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że czynności określone dla patroli zmotoryzowanych nie może wykonywać Grupa Interwencyjna.

Pytanie 7:

Proszę o doprecyzowanie, jakie jest wymagane wyposażenie patrolu zmotoryzowanego.
Odpowiedź:

Wykonawca pyta o wyposażenie i uzbrojenie Patrolu Zmotoryzowanego ochraniającego obiekty i urządzenia wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II, a odnosi się do wyposażenia i uzbrojenia Patrolu Zmotoryzowanego ochraniającego 143 obiekty WMK S.A(...). Należy podkreślić, że Zamawiający w przedmiotowym zamówieniu publicznym oczekuje m.in. wystawienia w systemie całodobowym, przez wszystkie dni tygodnia, dwóch patroli zmotoryzowanych opisanych w pkt. 2.24. OPZ (Patrol Zmotoryzowany - do ochrony rurociągu Raba I i Raba II) oraz w pkt. 3.1. 4) (Patrol Zmotoryzowany - do ochrony 143 obiektów).

Z formularza ofertowego wynika, że

W pkt. 24 wykonawcy mieli wycenić obiekty i urządzenia techniczne wchodzące w skład rurociągu Raba I i Raba II na odcinku Dobczyce - Kraków
W pkt. 25 obiekty związane z przesyłaniem wody pitnej - patrolowanie
W Pkt. 6 obiekty związane z oczyszczaniem ścieków i utrzymaniem drożności sieci kanałowej - patrolowanie.

Ze złożonych ofert wynika, że

DGP złożyło ofertę na kwotę 23 155 137,89zł., w tym

Poz. 24 - 1 101 061, 44zł

Poz. 25 - 485 079,84zł.

Poz. 26 - 615 974, 40zł.

Ekotrade złożyło ofertę na kwotę 24 935 452, 48zł., w tym

Poz. 24 - 1 116 000zł.,

Poz. 25 - 588 000zł.

Poz. 26 - 588 000zł.

ERA złożyła ofertę na kwotę 23 082 248, 88zł. w tym

Poz. 24 - 1 228 800zł

Poz. 25 - 1 165 680zł.

Poz. 26 - 171 600zł.

Impel złożył ofertę na kwotę 24 321 477, 82zł., w tym

Poz. 24 - 1 010 904zł.

Poz. 25 - 445 905, 60zł.

Poz. 26 - 564 998, 40zł.

Seris złożyło ofertę na kwotę 23 932 155, 65zł., w tym

Poz. 24 - 1 295 628, 48zł.

Poz. 25 - 638 625, 36zł.

Poz. 26 - 812 795,76zł.

Solid złożył ofertę na kwotę 31 779 360,43zł., w tym

Poz. 24 - 2 563 226,88zł.

Poz. 25 - 1 785 600zł.

Poz. 26 - 2 332 800zł.

Według odwołującego ceny pozycji po przemnożeniu przez 24 miesiące powinny wynosić

minimalnie:

Poz. 24 bez ZUS - 47 764,24 x 24 = 1 146 341,76

Poz. 24 z ZUS - 53 867,04 x 24 = 1 292 808, 96

Poz. 25 bez ZUS 22 897,87 x 24 = 549 548,88

Poz. 25 z ZUS 25 583,10 x 24 = 613 994,40

Poz. 26 bez ZUS 29 142,75 x 24 = 699 426

Poz. 26 z ZUS 32 560,32 x 24 = 781 447, 68

Na podstawie dowodu dotyczącego odległości 327,5 km Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do odwołania na str. 5 tiret 2 odwołujący wskazywał na 143 obiekty wymagające objazdu 1 raz w ciągu doby , natomiast na str. 6 odwołujący powołał się na odpowiedź z dnia 6 września 2022 r. na pytanie 3 dotyczące 4 krotnego objazdu w ciągu doby 80 pkt. kontrolnych rurociągu (poz. nr 24), stąd nie można jednoznacznie przyjąć, której z pozycji dotyczy przedkładany dowód, jedynie na podstawie wykazu obiektów WMK można ustalić, że dowód ten dotyczy 143 obiektów, przy czym Izba ustaliła, że wskazane „nazwy drogi" dotyczą 429 punktów przejechanych w okresie 14 godzin (Strona pierwsza 32 wiersze, str. 2-11 - 35 wierszy i ostatnia strona 10 wierszy).

Dowód ten zatem nie pozwala na ustalenie w sposób jednoznaczny długości trasy koniecznej dla przejechania w celu objazdu 143 obiektów WMK.

Dowody w postaci wydruku z map google oraz dokumentacji zdjęciowej wskazują, że możliwe jest dojechanie do wszystkich punktów zlokalizowanych na mapie w ramach jednego przejazdu, choć część punktów będzie wymagała ponownego przejazdu tym samym odcinkiem. Z dokumentacji zdjęciowej wynika, że część dróg dojazdowych jest w złym stanie technicznym, część nie jest utwardzona, a dojazd do niektórych obiektów wymaga pojazdów z wysokim prześwitem.

Z oferty Juwentus wynika, że posiada ona Grupę Interwencyjną w Krakowie - koszt gotowości 120zł.

Z oferty Justus wynika, że może oferować standardowy abonament za SUFO w kwocie 250zł. 2 przejazdy w cenie kolejny 50zł., w przypadku obowiązkowej ochrony 300 - 2 - 60 Z oferty SolidSecurity wynika, że dla miejsca w Krakowie mają uzgodnioną stawkę 170zł., która działa w dwie strony.

Zestawienie ryczałtów miesięcznych dla poz. 24, 25 i 26 Izba oceniła, jako oświadczenie własne przystępującego oparte na danych zawartych w ofertach przetargowych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne, o których mowa w

art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum ERA do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 24 oraz 26 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności

wezwania Konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 24 oraz 25 i 26 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba dostrzega, że odpowiedź z dnia 6 kwietnia 2022 r. na pytanie nr 2 jest ściśle skorelowana z zapytaniem. Wykonawca, który składał zapytanie prosił o wykaz obiektów z wyszczególnieniem adresów oraz rozbiciem na poz. 25 i 26 i zamawiający do tego oczekiwania wykonawcy się dostosował. Jednak w ocenie Izby nie można tego utożsamić, jak chciałby odwołujący, z koniecznością wyceny ryczałtu miesięczne dla poz. 25 i 26 z uwzględnieniem przypisania obiektów do pozycji nr 25 czy 26. Z odpowiedzi zamawiającego, ale także z zapytania wykonawcy nie wynika, aby informacja, do której pozycji obiekt należy miała mieć wpływ na sposób kalkulacji miesięcznego ryczałtu w tych pozycjach. Słusznie zauważył również przystępujący, że nie tylko on, ale również wykonawca Ekotrade nie odczytał odpowiedzi na pytanie nr 2 w taki sposób jak odwołujący. Izba dała również wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że patrolowanie obiektów z poz. 25 i 26 będzie odbywać się w ramach 1 przejazdu na dobę przez wszystkie te lokalizacje przez jeden patrol zmotoryzowany. Również ten fakt potwierdza dowód z wydruku z google maps, jak również (niezależnie od wątpliwości Izby, co do przydatności tego dowodu) dowód z przejazdu przez obiekty, z którego wynika, że obiekty dla poz. 25 i poz. 26 były realizowane w ciągu jednego objazdu trwającego 14 godzin w jednym dniu i jednym pojazdem. Tym samym Izba dała wiarę zamawiającemu i przystępującemu ERA, że z jednej strony zamawiający nie sprecyzował, że rozbicie wykazu na obiekty przypisane do poz. 25 i 26 ma służyć czemuś więcej niż zadośćuczynieniu wnioskowi wykonawcy, z drugiej rozliczenie umowne jest rozliczeniem ryczałtowym miesięcznym obliczonym jako suma wszystkich pozycji od 1 - 26 formularza ofertowego. Co więcej w odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2022 r. na pytanie nr 1 zamawiający wprost wskazał, że ilość kilometrów wykonywanych średniomiesięcznie przez Patrol Zmotoryzowany Wykonawca powinien wyliczyć na podstawie przekazanego wykonawcom przez Zamawiającego wykazu 143 obiektów z podanymi adresami ich lokalizacji.

Zamawiający nie narzuca dokładnych godzin ani kolejności wykonywania usługi Patrolu Zmotoryzowanego dla poszczególnych 143 obiektów. Wykonawca sam zorganizuje i zaplanuje przebieg trasy patrolu zmotoryzowanego po obiektach wskazanych w opisie.

Ile czasu zajmie wykonanie jednego patrolu wszystkich obiektów, Wykonawca powinien wyliczyć na podstawie przesłanego wykonawcom przez Zamawiającego wykazu 143 obiektów z podanymi adresami ich lokalizacji.

Odpowiedź ta wskazuje, że zamawiający przewidywał jeden patrol dla wszystkich 143 obiektów, ani nie narzucił wykonawcom przebiegu trasy, nie nakazał także osobnego patrolowania obiektów z poz. 25 i 26. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do ustalenie, że jedynym sposobem kalkulacji cen w poz. 25 i 26 był sposób przyjęty przez odwołującego w załączniku nr 1 do odwołania. Izba uznała za racjonalne i logiczne wyjaśnienia zamawiającego, co do tego, że suma poz. 25 i 26 u przystępującego Era powoduje, że wartość oferty w tych pozycjach nie odbiega rażąco od ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Izba dostrzegła podnoszoną przez przystępującego Era znaczącą rozbieżność pomiędzy ofertami ERA, DGP, Impel, Ekotrade i Odwołującego, a ofertą Solid Security i z tego względu analizę cen w tym postępowaniu skupiła na cenach pierwszych pięciu wykonawców.

Izba ustaliła, że ERA dla poz. 24 uplasowała się pod względem ceny na poz. 4, za Impel, DGP i Ekotrade, DGP na poz. 2 za Impel, Era dla poz. 25 była ofertą 5 pod względem ceny, droższą od oferty odwołującego, przy czym cena zbliżyła się znacząco do oferty Solid Security, której ceny były mocno podwyższone w stosunku do pozostałych wykonawców, a oferta DGP znalazła się na drugim miejscu za Impel, Era dla poz. 26 byłą ofertą najtańszą, a DGP znalazło się dopiero na czwartej pozycji po Erze, Impel i Ekotrade. Wbrew stanowisku odwołującego odnoszenie się do ofert złożonych w danym postępowaniu jest prawidłowe i uprawnione. Należy dostrzec, że sam ustawodawca nakazał odnosić ceny ofert, czy podane w nich koszty do średniej arytmetycznej złożonych ofert, zatem uznał, że ceny w danym postępowaniu mogą odzwierciedlać wartości rynkowe. W ocenie Izby przystępujący ERA i zamawiający prawidłowo wskazali, że w poz. 24 oferta przystępującego Era nie odbiegała od innych ofert w sposób znaczący, również oferta DGP nie była ofertą najtańszą, a rozbieżności cenowe pomiędzy wykonawcami za wyjątkiem Solid Security nie były znaczące. Na rozprawie sam odwołujący wskazywał, że takie koszty jak nabycie/dzierżawa pojazdów, której przypisał wartość 1800zł./m-c mogą nie wystąpić w przypadku każdego wykonawcy, nie muszą także, według stanowiska odwołującego, wystąpić koszty umundurowania na około 160zł., co powoduje, że różnica 2 286, 04zł. pomiędzy wartością oferty ERA, a kalkulacją odwołującego w wariancie B zmniejsza się do około 300zł., a w przypadku DGP z prawie 8 tys. do około 6 tys., zaś w wariancie A praktycznie nie występuje (różnica pomiędzy ofertą DGP 45 877,56,

a wariantem A odwołującego 47 764,24zł. wynosi około 2000zł., a więc wartość kosztów, które według odwołującego nie muszą wystąpić u każdego wykonawcy. Podobnie sytuacja ma się z poz. 25 u DGP, tu również odwołujący stwierdził, że koszty nabycia/dzierżawy pojazdów i koszt umundurowania można pominąć. Różnica pomiędzy DGP, a wariantem A to 2 686,21zł., a porównują z wariantem B, to 5 372 w zaokrągleniu do pełnych złotych. W poz. 26 Izba dała wiarę zamawiającemu, że z uwagi na łączne świadczenie usługi z poz. 25 - jeden patrol, jednak trasa, należy ocenić różnice pomiędzy poszczególnymi ofertami w sumach poz. 25 i 26 i tak Era w sumie tych pozycji zaoferowała cenę 4 pod względem wysokości, a DGP drugą, co do wariantu A cena Ery jest wyższa, a porównując do wariantu B tańsza 2 423, 32zł. a pomijając nabycie pojazdów i umundurowania różnica pomiędzy tymi wartościami nie wskazuje na istotną różnicę w cenie.

Izba ustaliła, że pracownicy grupy interwencyjnej i patroli zmotoryzowanych mają posiadać uprawnienie kwalifikowanych pracowników ochrony, w tym zakresie Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego. Izba dała wiarę natomiast wyjaśnieniom przystępującego, co do możliwości ujęcia kosztów nadzoru przez kierownika zmiany, bo możliwość wykonania nadzoru - odpowiedź z dnia 11 kwietnia 2022 r. na pytanie 3 - zamawiający nie przewidział obowiązku zapewnienia dedykowanego kierownika na obiekt, dopuścił także świadczenie usług przez kierowników na rzecz innych zamawiającego.

Izba zwraca uwagę, że zarzut oparty na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu wynikającego z art. 537 ustawy, co oznacza, że to na odwołującym ciążył obowiązek wykazanie, że zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do realności cen zaoferowanych przez przystępującego Erę i DGP w poz. 24, 25 i 26. Odwołujący wykazał, że różnice w cenach rzeczywiście występują, ale nie wykazał, że takie różnice powinny powodować wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Co do argumentacji odwołującego o stałym wzroście cen paliwa, to Izba zauważa, że oferty powinny być oceniane na moment ich złożenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawodawca przewidział obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w kontraktach dłuższych niż 12 miesięcy. Z tego względu wzrost cen po złożeniu ofert nie powinien przesądzać o zasadności argumentacji odwołującego, gdyż będzie on mógł być ograniczony przez przyszłe zmiany umowy. Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe dla wszystkich 26 pozycji i nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji tych pozycji, natomiast przewidział rozliczenie ryczałtowe miesięczne jako sumę za wszystkie wynagrodzenia miesięczne w poz. od 1-26. Z wyjaśnień zamawiającego wobec treści SWZ wynika, że poz. 25 i 26 będą polegać na wspólnym dla obu pozycji patrolu po wspólnej trasie tym samym sposób rozdzielenia kosztów w tych pozycjach nie przesądza o nierealności ceny, pod warunkiem, że suma obu pozycji nie odbiega od wartości pozostałych ofert. Izba dostrzegła też, że przede wszystkim odwołujący nie podważył skutecznie cen złożonych w ofercie przystępującego Era, a w konsekwencji nie podważył prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, a skoro tak, to nie można uznać czynności zamawiającego związanych z tym wyborem za nieskuteczne.

Mając to na uwadze, zarzuty zasługiwały na oddalenie.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum DGP i Konsorcjum ERA do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych ofert w odniesieniu do sposobu realizacji zamówienia dotyczących części przedmiotu zamówienia wskazanych w poz. 24, 25 i 26 Formularza Cenowego

W ocenie Izby zarzut ewentualny nie potwierdził się. Przystępujący ERA podnosił, że niektóre wyliczenia odwołującego związane z najmem/nabyciem pojazdów, telefonów, radiotelefonów, czy uzbrojenia nie muszą być przez wszystkich wykonawców ponoszone, w sytuacji, kiedy dany wykonawca posiada już te rzeczy na własność, co również potwierdzało stanowisko odwołującego, co do pomijalności części kosztów. Co do poz. 24, to w ocenie Izby oferta Ery czwarta pod względem ceny nie wskazuje na pominięcie części przedmiotu zamówienia, również poz. 25 i 26 oferty Ery badane łącznie nie dają podstaw do takiego ustalenia. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania czynności wezwania z art. 223 ust. 1 ustawy w odniesieniu do oferty ERA. Izba dostrzegła, że przystępujący DGP wycenił ofertę we wszystkich pozycjach wymaganych przez zamawiającego i w żadnej z poz. 24 - 26 jego oferta nie była ofertą najtańszą, a różnice w cenie przy uwzględnieniu kosztów, które nie muszą wystąpić u wszystkich wykonawców nie wskazują na pominięcie konkretnych elementów zamówienia przy wycenie. Tym samym również i w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy przez zamawiającego. Zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór, jako najkorzyst-

niejszej, oferty Konsorcjum ERA, podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny ofert wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta odrzucona i to oferta odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, winna zostać uznana za najkorzystniejszą

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Skoro Izba nie dopatrzyła się po stronie zamawiającego zaniechań, a oferta przystępującego ERA była najkorzystniejsza w przyjętych kryteriach oceny ofert, to zamawiający dokonując jej wyboru nie naruszył art. 239 ust. 1 ustawy. Zarzut należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z

dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt.

rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego.

Przewodniczący:.....