Sygn. akt: KIO 2711/22

WYROK

z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MJK sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MJK sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MJK sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

MJK sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 2711/22

U z a s a d n i e n i e

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „usługa ochrony osób, mienia i obiektów Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., Sądu Rejonowego w Międzyrzeczu, Sądu Rejonowego w Strzelcach Kraj., Sądu Rejonowego w Sulęcinie.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 września 2022 r., nr 2022/BZP 00344940.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 14 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MJK sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa sp. z o.o. w Warszawie, Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty złożonej przez wykonawcę wybranego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. oraz Vigor Security Sp. z o.o. (dalej też jako „Emporio") i wykonawcę Orion Next Sp. z o.o. (dalej też jako "Orion") nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty są niezgodne z warunkami zamówienia i zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. ofert;

3. art. 239 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowana przez „Emporio" oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, a zaproponowane przez „Emporio" warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską cenę zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji zamówienia, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do oferty wybranej przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie

części II, III, IV zamówienia oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie części II, III i IV zamówienia;

b) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „Emporio" w zakresie części II, III i IV zamówienia w związku z faktem, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jego cena jest rażąco niska;

c) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „Orion" w zakresie części II, III zamówienia w związku z faktem, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jego cena jest rażąco niska;

d) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołujących w zakresie części II, III i IV zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest „Usługa Ochrony Osób, Mienia i Obiektów Sądu Okręgowego w Gorzowie WLKP., Sądu Rejonowego w Międzyrzeczu, Sądu Rejonowego w Strzelcach Kraj., Sądu Rejonowego w Sulęcinie" (dalej też jako „Ogłoszenie"), w podziale na następujące części zamówienia:

a) Część I: Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp.

b) Część II: Sąd Rejonowy w Międzyrzeczu,

c) Część III: Sąd Rejonowy w Strzelcach Kraj.

d) Część IV: Sąd Rejonowy w Sulęcinie

Odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej też jako „SWZ") — w sekcji V pkt 5-8, że wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę w trakcie realizacji zamówienia na podstawie stosunku pracy osoby, które będą wykonywać czynności związane z realizacją zamówienia. Zatrudnienie przy realizacji zamówienia tych osób powinno trwać w całym okresie wykonywania zamówienia, a w przypadku rozwiązania stosunku pracy przez osobę zatrudnioną na umowę o pracę lub przez pracodawcę przed zakończeniem tego okresu, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia na to miejsce na podstawie umowy o pracę innej osoby do czasu zakończenia realizacji zamówienia. Nie dotyczy to jedynie przypadków, gdy Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca osobiście wykonuje czynności związane z realizacją zamówienia (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, wspólnicy spółki cywilnej). Natomiast zatrudnienie na umowę o pracę obejmować musi okres realizacji całego zamówienia w zakresie określonym przez Zamawiającego tj. w okresie 12 miesięcy od 31.10.2022 r. do 30.10.2023 r.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r., na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, od dnia 1 stycznia 2022 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł. Natomiast zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r., na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, od dnia 1 stycznia 2023 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł, a od dnia 1 lipca 2023 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł.

Odwołujący wskazał także, że realizując zamówienie przy pomocy osób niepełnosprawnych należy wziąć też pod uwagę, że zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym.

W przypadku natomiast pracy w godzinach nadliczbowych, pracownikowi oprócz normalnego wynagrodzenia przysługuje dodatek w wysokości:

1) 100% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających:

a) w nocy,

b) w niedziele i święta niebędące dla pracownika dniami pracy, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy,

c) w dniu wolnym od pracy udzielonym pracownikowi w zamian za pracę w niedzielę lub w święto, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy;

2) 50% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających w każdym innym dniu niż określony w pkt 1.

Odwołujący wskazał również, że w postępowaniu w zakresie części nr II zamówienia, oferty złożyło czterech wykonawców. Konsorcjum „Emporio" zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, „Orion" cenę 46.439,39 zł, Sekret Sp. z o.o. cenę 56.362,54 zł, a Odwołujący podali cenę w wysokości:

50.138,74 brutto.

W postępowaniu w zakresie części nr III zamówienia, oferty złożyło pięciu wykonawców. Konsorcjum „Emporio" zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, „Orion" cenę 46.439,39 zł, Sekret Sp. z o.o. cenę 47.376,94 zł, Fosa Ochrona Sp. z o.o. cenę 56.379,83 zł, a Odwołujący podali cenę w wysokości: 47.157,71 zł brutto.

W postępowaniu w zakresie części nr IV zamówienia, oferty złożyło trzech wykonawców.

Konsorcjum „Emporio” zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, „Orion” cenę 46.439,39 zł, a Odwołujący podali cenę w wysokości: 46.349,60 zł brutto.

Następnie odwołujący podniósł, że zaoferował najniższą możliwą cenę w postępowaniu w zakresie części nr II, III i IV zamówienia za usługę biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, długości i kosztów urlopu wypoczynkowego, kosztów pracy w godzinach nadliczbowych jak również wymagania zamawiającego zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia. Zdaniem odwołującego, zrealizowanie więc zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania za cenę niższą niż zaoferowaną przez niego, nie jest możliwe. Z uwagi na to, że zamawiający wymagał wraz ze złożeniem oferty, złożenia również załącznika stanowiącego kalkulację usługi, odwołujący wskazał, że nie wnosił o złożenie wyjaśnień, gdyż wszystkie wyliczenia wynikały z ww. załącznika.

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę dokonane przez Emporio wyliczenia w postępowaniu w zakresie części II, III i IV zamówienia należy wziąć pod uwagę co następuje.

Emporio założyło, że zatrudni 8 kwalifikowanych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin z zachowaniem równoważnego czasu pracy.

1. Biorąc pod uwagę powyższe, pracownik na etacie może przepracować 168 godzin.

8 pracowników x 168 godzin = 1.344 godzin w miesiącu

Zamawiający zgodnie z SWZ wymagał, aby usługa świadczona była przez 2 pracowników całodobowo, co daje łączną liczbę godzin: 1460.

Wykonawca Emporio nie uwzględnił więc 116 godzin w wyliczeniach.

Biorąc pod uwagę nawet błędne wyliczenia kosztu etatu przyjętego przez Wykonawcę

4.666,92 zł: 168 godzin = 27,78 zł koszt 1 godziny pracy

27,78 zł x 116 godzin 3.222,48 zł

Dodatkowo godziny przepracowane ponad godziny etatowe są godzinami nadliczbowymi i przysługuje do nich dodatek w wysokości 50% lub 100% wynagrodzenia podstawowego, co również nie zostało uwzględnione.

Błędnie przyjęta liczba godzin powoduje rażąco niską cenę. Wykonawca w takiej sytuacji zmuszony będzie dokładać do kontraktu.

2. Zgodnie z załączonymi wyliczeniami Wykonawca Emporio nie uwzględnił:

- albo godzin nocnych,

- albo kosztu urlopu,

- albo nie uwzględnił minimalnego wynagrodzenia o pracę w roku 2023, które wynosić będzie:

3.490,00 od 01.01.2023 do 30.06.2023,

3.600,00 zł od 01.07.2023.

3. Wykonawca nie uwzględnił również kosztów zastępstwa.

4. Wykonawca nie uwzględnił również dodatkowego urlopu w wymiarze dodatkowych 10 dni dla pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę dokonane przez Orion wyliczenia w postepowaniu zakresie części II, III i IV należy wziąć pod uwagę co następuje.

Wykonawca Orion w załączonej przez siebie kalkulacji uwzględnił koszty wynagrodzeń: ok. 22 650,00 zł (po uwzględnieniu dofinansowania z PFRON). Natomiast wszyscy płatnicy zgodnie z kodeksem pracy odprowadzają te same składki, które stanowią konkretne kwoty. Nie jest więc dopuszczalne wskazywanie w kosztach wynagrodzeń przybliżonych kwot tj. około. Bezwzględnie należy podać konkretne kwoty, tym bardziej, że są one możliwe do wyliczenia.

Dla Wykonawcy Orion średni koszt wynagrodzeń wynosi:

27.150,00 zł — koszt wynagrodzeń: 8 pracowników = 3.393,75 zł koszt wynagrodzenia jednego pracownika (brak doliczonych składek pracodawcy, to jest tylko wynagrodzenie brutto pracownika (nawet i nie, bo Wykonawca jak sam pisał, przyjął do wyliczeń kwotę brutto: 3.490,00 zł).

3.397,50 zł — koszty urlopu = 424,69 zł na pracownika-średni koszt urlopu wynosi 515,01 zł w trakcie trwania kontraktu (przy 26 dniach), a przy dodatkowym urlopie dla pracowników niepełnosprawnych (36 dni) wynosi: 628,88 zł.

1.359,00 zł — koszty godzin nocnych i koszty nadgodzin = 169,88 zł na pracownika - średni koszt godzin nocnych wynosi 229,78 zł w trakcie trwania kontraktu.

SUMA KOSZTÓW WYNAGRODZEŃ WYKONAWCY ORION: 31.906,50 zł: 8 pracowników = 3.988,31 zł

Wykonawca Orion źle więc wyliczył koszty wynagrodzeń, koszty urlopu oraz koszty godzin nocnych.

Wykonawca Orion przyjął do kalkulacji minimalne wynagrodzenie o pracę obowiązujące tylko od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r., a usługa będzie świadczona do 30.10.2023 r. i za 4 miesiące tj. od 01.07.2023 r. do 30.10.2023 r. powinien przyjąć minimalne wynagrodzenie w wysokości 3.600,00 zł brutto.

Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z zapisami SWZ w sekcji XVII Sposób obliczania ceny, pkt 1,2,3:

1. Wykonawca określi cenę ofertową brutto zgodnie ze wzorem interaktywnego Formularza Ofertowego, udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia.

2. Cenę ofertową należy podać w złotych polskich (PLN) brutto z uwzględnieniem zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku 2023 oraz należnego podatku, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów przedmiot zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług. Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT należy do wykonawcy.

3. Cena ofertowa brutto, która jest ceną ryczałtową musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego wszystkie prace i czynności wynikające ze wzoru umowy oraz dokumentów załączonych do niniejszej SWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca „Orion" w załączniku nr 7 do SWZ Kalkulacja usługi wszędzie podaje cenę netto. Nigdzie nie podał prawidłowej stawki podatku VAT, a tym samym zgodnie z wymogiem zamawiającego nie podał ceny ofertowej brutto.

Zdaniem odwołującego oferty złożone więc przez Wykonawców „Emporio" i „Orion" w żaden sposób nie zawierają więc nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji Zamówienia, nawet z jednoczesną możliwością skierowania do realizacji zamówienia osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Odwołujący wskazał, że on sam, w złożonym przez siebie załączniku nr 7 do SWZ Kalkulacja usługi na część nr II, III i IV Zamówienia wskazał wyliczenia uwzględniające wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę jako wartość przyjętą do ustalenia ceny oferty, zgodnie z ustalonymi, wyżej wskazanymi stawkami minimalnego wynagrodzenia i z uwzględnieniem zmian tych stawek w poszczególnych okresach roku.

Odwołujący podniósł, że pomimo to, zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i za najkorzystniejszą w zakresie zarówno części II, III jak i IV uznał ofertę Wykonawcy „Emporio", który w każdej z tych części uzyskał punktację łączną po 100 punktów.

Zdaniem odwołującego, w świetle określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań oraz przedstawionych przez odwołującego wyliczeń, ceny zaproponowane w ofertach przez pozostałych wykonawców są rażąco niskie. Ustawa Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez Zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż cena winna znacząco odbiegać od cen przyjętych, wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Odwołujący podkreślał, iż przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji. Zaistnienie powyższych przesłanek związane jest również z zagrożeniem nienależytego wykonania lub niewykonaniem zobowiązania w przyszłości. Ponadto, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotowego zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Zdaniem odwołującego, informacje i dane zawarte w złożonych załącznikach nr 7 do SWZ Kalkulacja usługi, pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że zrealizowanie zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania w oparciu o zaprezentowane zarówno przez Wykonawcę „Emporio", jak i Wykonawcę „Orion" wyliczenia nie jest możliwe. Ww. Wykonawcy złożyli bowiem oferty nieodpowiadające treści SWZ tj.: uwzględnili bowiem koszty wykonania zamówienia poniżej ustawowych, minimalnych kosztów wynagrodzenia, kosztów urlopu i godzin nadliczbowych. Przy uwzględnieniu warunków postawionych przez zamawiającego oraz biorąc pod uwagę, że Odwołujący zaoferowali najniższą cenę z uwzględnieniem przepisów o płacy minimalnej, oferty pozostałych Wykonawców nie zawierają nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, nawet z jednoczesną możliwością skierowania do realizacji zamówienia osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w

szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do

odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty

złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „usługa ochrony osób, mienia i obiektów Sądu Okręgowego w Gorzowie WLKP., Sądu Rejonowego w Międzyrzeczu, Sądu Rejonowego w Strzelcach Kraj., Sądu Rejonowego w Sulęcinie”.

Ustalono, że zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na następujące części zamówienia:

a) część I: Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp.

b) część II: Sąd Rejonowy w Międzyrzeczu,

c) część III: Sąd Rejonowy w Strzelcach Kraj.

d) część IV: Sąd Rejonowy w Sulęcinie.

Ustalono również, że w rozdziale XVII ust. 2 SWZ zamawiający wskazał, że:

Cenę ofertową należy podać w złotych polskich (PLN) brutto z uwzględnieniem m.in. należnego podatku, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów przedmiot zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług. Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT należy do wykonawcy.

Ustalono ponadto, że zgodnie z pkt 35.9. SWZ zamawiający wskazał, że wykonawca wraz z formularzem ofertowym zobowiązany jest złożyć:

35.9. Wypełnioną kalkulację usługi (poprzez przedstawienie kalkulacji usługi w szczególności koszty wynagrodzeń pracowników, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za godzinę pracy oraz powinny uwzględniać koszty administracyjne i koszty nadzoru) według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ.

Ustalono również, że we wzorze załącznika nr 7 do SWZ (kalkulacja usługi) zamawiający wskazał:

W niniejszym dokumencie Wykonawca przedstawia kalkulację usługi w szczególności koszty wynagrodzeń pracowników, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie lub minimalne wynagrodzenie za godzinę pracy oraz uwzględniać koszty administracyjne i koszty nadzoru Wykonawca w kalkulacji usługi musi przedstawić wynagrodzenie wszystkich pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, koszty pracodawcy, urlopy, zastępstwa, koszty umundurowania, zysk oraz inne koszty mogące mieć wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Wartość wynikająca z kalkulacji musi być równa cenie wymienionej w Formularzu Ofertowym.

Ustalono także, że w postępowaniu w zakresie części nr II zamówienia, oferty złożyło czterech wykonawców:

a) konsorcjum „Emporio” zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, a łącznie 482.495,54 zł brutto,

b) wykonawca „Orion” zaproponował cenę netto za jeden miesiąc: 37.755,60 zł, 557.272,66 zł netto, nie ujawnił stawki podatku VAT,

c) wykonawca Sekret Sp. z o.o. zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 56.362,54 zł, a łącznie 676.350,48 zł brutto,

d) odwołujący zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 50.138,74 brutto, łącznie

601.664,88 zł brutto.

W postępowaniu w zakresie części nr III zamówienia, oferty złożyło pięciu wykonawców:

a) konsorcjum „Emporio” zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, a łącznie 482.495,54 zł brutto,

b) wykonawca „Orion” Next sp. z o.o. zaproponował cenę netto za jeden miesiąc: 37.755,60 zł netto, a łącznie 557.272,66 zł netto, nie ujawnił stawki podatku VAT,

c) wykonawca Sekret Sp. z o.o. zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 47.376,94 zł, a łącznie 568.523,28 zł brutto,

d) wykonawca Fosa Ochrona Sp. z o.o. zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 56.379,83 zł, a łącznie 676.557,92 zł brutto,

e) odwołujący zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 47.157,71 zł brutto, a łącznie -

565.892,52 zł brutto.

W postępowaniu w zakresie części nr IV zamówienia, oferty złożyło trzech wykonawców:

a) konsorcjum „Emporio" zaproponowało cenę brutto za jeden miesiąc: 40.207,96 zł brutto, a łącznie 482.495,54 zł brutto,

b) wykonawca „Orion" Next sp. z o.o. zaproponował cenę netto za jeden miesiąc: 37.755,60 zł netto, a łącznie 557.272,66 zł netto, nie ujawnił stawki podatku VAT,

c) odwołujący zaproponował cenę brutto za jeden miesiąc: 46.349,60 zł brutto, łącznie

556.195,20 zł brutto.

Wykonawcy złożyli wraz z ofertami wypełniony załącznik nr 7 do SWZ - kalkulacja usługi. (por. informacja z otwarcia ofert, oraz oferty wykonawców, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp (okoliczność niesporna).

Następnie ustalono, że pismem z 11 października 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze następujących ofert jako najkorzystniejszych:

1) w zakresie części II zamówienia - oferty złożonej przez konsorcjum „Emporio",

2) w zakresie części III zamówienia - oferty złożonej przez konsorcjum „Emporio",

3) w zakresie części IV zamówienia - oferty złożonej przez konsorcjum „Emporio".

Oferta wykonawcy Orion Next sp. z o.o. w zakresie części 2 i 3 została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum Emporio w zakresie części 2-4 oraz wykonawcy Orion Next sp. z o.o. w zakresie części 2-3, które miały zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa"). Stanowisko Trybunału znalazło odzwierciedlenie w przepisach art. 69 aktualnie obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że:

1. Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.

3. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.

4. Jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwa, może odrzucić taką ofertę na tej podstawie jedynie po konsultacji z oferentem, gdy oferent nie jest w stanie udowodnić w wystarczającym terminie wyznaczonym przez tę instytucje zamawiającą, że pomoc ta była zgodna z zasadami rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 107 TFUE. W przypadku gdy instytucja zamawiająca odrzuca ofertę w takich okolicznościach, powiadamia o tym fakcie Komisję.

Powyższe wymagania dyrektywy i orzecznictwa Trybunału znalazły odbicie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”.

Znalazło to także odbicie w przepisie art. 224 ust. 6 Pzp, który definiuje, kiedy oferta podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi bowiem, że 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.

Co istotne, ww. przepis krajowy znajduje zastosowanie nie tylko do postępowań powyżej progów unikanych, ale z mocy art. 266 Pzp, także do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne.

Na obowiązek poprzedzenia ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej postępowaniem wyjaśniająco-dowodowym, prowadzonym w trybie art. 224 Pzp, wskazuje się także w piśmiennictwie.

Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Ponadto przepis wprowadza m.in.: obligatoryjny wymóg wezwania o wyjaśnienia, w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp oraz otwarty katalog okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia itp. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jeśli zamawiający nie przeprowadzi postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 Pzp. Podobnie, fikcyjnie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, np. w sposób, w którym zamawiający wyznaczy nieracjonalnie krótki termin na przedłożenie wyjaśnień i przekazanie dokumentów (uniemożliwiający rzeczywiste odniesienie się do uwag), nie może stanowić podstawy do późniejszego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający, żądając wyjaśnień, zobowiązany jest ponadto wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, a jeżeli wątpliwości dotyczą składowych ceny lub kosztu, powinien wskazać te składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które aspekty jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego. (por. Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją H.N. M.W., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 720-721).

Przede wszystkim zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl musi być poprzedzone wyczerpaniem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 224 ust. 4 PrZamPubl. Procedura wyjaśniająca nie może być pominięta przez zamawiającego (tak wyr. TSUE z 22.6.1989 r., w sprawie C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, Legalis). Podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu stosowania rażąco niskiej ceny jest możliwe jedynie, gdy:

1)wykonawca nie złożył wyjaśnień lub

2)dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. art. 224 ust. 6 PrZamPubl).

W sytuacji gdy wykonawca przedstawi obiektywne przyczyny stosowania ceny kwalifikowanej przez zamawiającego jako rażąco niskiej lub rażąco niskiego kosztu, które

następnie zostaną zaaprobowane (przyjęte) przez zamawiającego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty. (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, dr hab. M. S., komentarz do art. 224 , za Legalis).

Izba stwierdziła, że okoliczność, iż zamawiający w pkt 35.9 specyfikacji zażądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionej kalkulacji usługi, nie wyłączała obowiązywania przepisu art. 224 ustawy Pzp. Po pierwsze, zamawiający poprzez zapisy SWZ nie może uchylać obowiązywania przepisów ustawy Pzp. Ponadto zakres kalkulacji wymaganej przez zamawiającego do złożenia wraz z ofertą nie pokrywał się z zakresem procedury wyjaśniającej z art. 224 ustawy Pzp, która jest o wiele obszerniejsza. Jak wynika bowiem z art. 224 ust. 3 Pzp, wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 (Dz.U. z 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto kolejną, zasadniczą różnicą jest to, że w ramach procedury z art. 224 Pzp, zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawców do złożenia nie tylko wyjaśnień, ale także dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Procedura z art. 224 Pzp jest zatem procedurą wyjaśniająco-dowodową.

W zaistniałej sytuacji, prawidłowym działaniem odwołującego powinno być zatem postawienie zamawiającemu w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia wobec obu wykonawców procedury wyjaśniającej i wnioskowania do Izby o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Jednakże takiego zarzutu w odwołaniu odwołujący nie przedstawił. Zgodnie natomiast z przepisem art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Przeciwnie, odwołujący w odwołaniu wskazał wprost wskazał, że Z uwagi na to, że Zamawiający wymagał wraz ze złożeniem oferty, złożenie również załącznika stanowiącego kalkulację usługi, Odwołujący nie wnosili o złożenie wyjaśnień, gdyż wszystkie wyliczenia wynikały z ww. załącznika. Jak wynikało z przytoczonego fragmentu odwołania, odwołujący świadomie żądał automatycznego odrzucenia ofert obu wykonawców z powodu zaoferowania rażąco niskich cen, bez wszczęcia obowiązkowej procedury wyjaśniająco - dowodowej z art. 224 ust. 1 Pzp.

Tymczasem, jak wskazano wcześniej, niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ustawy Pzp. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał konsorcjum Emporio ani wykonawcy Orion Next sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako zawierających rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Znalazł potwierdzenie zarzut niezgodności oferty wykonawcy Orion Next sp. z o.o. z postanowieniem zawartym w rozdziale XVII ust. 2 SWZ. W postanowieniu tym zamawiający wskazał, że Cenę ofertową należy podać w złotych polskich (PLN) brutto z uwzględnieniem m.in. należnego podatku, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów przedmiot zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług. Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT należy do wykonawcy.

Wykonawca Orion Next sp. z o.o. złożył ofertę w której treści, w kalkulacji znajdującej się w załączniku nr 7 do SWZ, podał jedynie cenę ofertową miesięczną netto oraz wartość oferty netto.

Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca ten nie ujawnił jednak wysokości przyjętej przez siebie stawki podatku VAT, co słusznie odwołujący podniósł w odwołaniu jako uchybienie wprost sprzeczne z postanowieniem przywołanego przez siebie rozdziału XVII ust. 2 SWZ. Z postanowienia tego wynikało bowiem, że w ofercie należy podać cenę brutto, z uwzględnieniem należnego podatku od towarów i usług.

Zapytany w trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, że wysokość stawki podatku od towarów i usług nie wynikała z treści oferty wykonawcy Orion Next sp. z o.o. Zamawiający odpowiedział, że samodzielnie założył, iż wykonawca przyjął stawkę podatku VAT na poziomie 23%. Zdaniem Izby, powyższe działanie zamawiającego okazało się sprzeczne z postanowieniem rozdziału XVII ust. 2 SWZ, w którym zamawiający wyraźnie wskazał, że ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT należy do wykonawcy.

Treść oferty wykonawcy Orion Next sp. z o.o. okazała się zatem sprzeczna z postanowieniem rozdziału XVII ust. 2 SWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli jako oferta sprzeczna z warunkami zamówienia. Jednakże naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Orion Next sp. z o.o. z powodu sprzeczności z postanowieniem rozdziału XVII ust. 2 SWZ, nie prowadziło do uwzględnienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie ulegało zaś wątpliwości, że ww. naruszenie nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Przez wynik postępowania w rozumieniu ww. przepisu rozumienie się wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. Tymczasem stwierdzone naruszenie dotyczyło oferty wykonawcy Orion Next sp. z o.o., która w częściach 2, 3 zamówienia nie była wybrana jako oferta najkorzystniejsza, lecz sklasyfikowana na drugim miejscu. Pomimo zatem stwierdzonego naruszenia wynik postępowania nie ulegnie zmianie, gdyż w dalszym ciągu jako najkorzystniejsza w zakresie części 2, 3 zamówienia pozostaje oferta złożona przez konsorcjum Emporio. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w całości.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei

w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" J.J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D.W., J.J., S.M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt 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: .....