

Sygn. akt KIO 3039/23

Sygn. akt: KIO 3039/23

WYROK

z dnia 8 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Wiktoria Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 3 listopada 2023r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2023 r.

przez odwołującego: Konsorcjum ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. (Lider), ANN-POL Inwestycje 12 Sp. z o.o. (Partner) na adres ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego: 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań

z udziałem przystępującego:

Z. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKOL- KOT Systemy Grzewcze ul. Wosia Budzysza 7, 80-612 Gdańsk po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie co do zadania nr 2 zamówienia – kotłownia w budynku nr 17 w Dolaszewie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań

i

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Konsorcjum ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. (Lider), ANN-POL Inwestycje 12 Sp. z o.o. (Partner) na adres ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole

4. zasądza od zamawiającego: 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań na rzecz odwołującego Konsorcjum: ANN-POL

Inwestycje 13 Sp. z o.o. (Lider), ANN-POL Inwestycje 12 Sp. z o.o. (Partner) na adres ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm. poz.1720) 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:.....

Uzasadnienie

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą” na:

„Usługa sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach administrowanych przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu”.

odwołanie

Działając w imieniu konsorcjum firm, niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, dotyczących zadanie nr 2 - kotłownia w bud. nr 17 w Dolaszewie, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na

1. bezpodstawnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ekol Kot

Systemy Grzewcze Z. N., (dalej: Ekol Kot),

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Ekol Kot pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską

cenę lub koszt;

3. zaniechaniu ponownego badania złożonych w postępowaniu ofert oraz wyborze

oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższymi odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ekol Kot, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt;
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ekol Kot, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy

Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w szczególności w wyniku błędnego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty Ekol Kot, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zadaniu 2 oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ekol Kot i tym samym zaniechanie wyboru złożonej przez odwołującego oferty jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;

ŻĄDANIA

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Ekol Kot w ww. postępowaniu ;
2. odrzucenia oferty Ekol Kot z uwagi na to, że nie sprostął ciążącego na nim obowiązku

wyjaśnienia, że jego oferta nie zawiera ceny lub kosztu rażąco niskich i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera błąd w obliczeniu ceny i zawiera rażąco niską cenę;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej.

INTERES PRAWNY

Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu w organizowanym przez Zamawiającego postępowaniu. Oferta odwołującego zajęła drugie miejsce rankingowe, zaraz za ofertą Ekol Kot Systemy Grzewcze Z.N. z siedzibą Wosia Budzysza 7; 80-612 Gdańsk. Odwołanie wnoszone jest przez podmiot, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty Ekol Kot a argumentacja do takiej dyspozycji zawarta jest w niniejszym odwołaniu, zostaje uznana za najkorzystniejszą i tym samym realizacja zamówienia publicznego przypada odwołującemu. Wobec czego interes prawny do wniesienia odwołania jest bezsprzeczny. Poprzez zaniechanie Zamawiającego polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Ekol Kot mimo iż ta zawiera rażąco niską cenę, odwołujący nie ma możliwości ażeby udzielone zostało mu zamówienie. Jednocześnie brak odrzucenia oferty Ekol Kot, powoduje stratę w postaci utraconych korzyści odwołującego i stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp i Uznk, co Izba winna sanować, by wyeliminować wadliwą czynność z obrotu prawnego.

UZASADNIENIE

- 1.1. Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą „Usługa sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni

celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach administrowanych przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu”.

Zamówienie zostało podzielone na 2 części :

Zadanie nr 1 - kotłownia w bud. nr 401 w Biedrusku Zadanie nr 2 - kotłownia w bud. nr 17 w Dolaszewie

1.2. Oferty w postępowaniu, na część 2 zostały złożone przez odwołującego oraz przez Ekol Kot. W dniu 14.09.2023 r. dokonano otwarcia ofert, i przekazano informację o cenach oferentów za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Poniżej znajdują się ceny oferentów z informacji z otwarcia ofert.

Zadanie nr 1 Zadanie nr 2

1. Ekol Kot Systemy Grzewcze 570 769,38 zł

Z. N. Wosia Budzysza 7; 80-612 Gdańsk województwo: pomorskie

2. Konsorcjum 339.985,53 zł 648.640,50 zł

ANN-POL INWESTYCJE 13 - Sp. z o.o. (Lider)

ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o.

województwo: opolskie

1.3. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie oferty Ekol Kot. Z przedłożonej dokumentacji bezspornie wynika, że wybrany oferent nie będzie zdolny do wykonania usługi w sposób należyty z uwagi na nieprawidłowe wyliczenia poszczególnych składników ceny, a w konsekwencji, cena oferowana nie pozwala na zaspokojenie wszelkich kosztów wynikających z realizacji kontraktu oraz uzyskania zysku. Zaproponowana cena spełnia wszelkie okoliczności aby uznać ją za cenę rażąco niską.

1.4. W treści SWZ Zamawiający zastrzegł kolejno :

ROZDZIAŁ XIV

OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

1. Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty obejmującą usługę określoną w rozdziale III niniejszej SWZ przez wypełnienie wszystkich pozycji wybranego formularza wyceny załączonego do SWZ (załącznika nr 2a - dot. Zadania nr 1 lub/i załącznika nr 2b -dot. Zadania nr 2).

2. Wykonawca w formularzu ofertowym załącznik nr 1 do SWZ winien przedstawić cenę ofertową netto oraz brutto w PLN z wyszczególnieniem podatku VAT, która musi wynikać ze ścisłego wypełnienia formularza wyceny stanowiącego załącznik nr 2 (2a lub 2b w zależności od zadania) do niniejszej SWZ.

3. Cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, jak również wszelkie koszty wynikające z umowy.

Formularz ofertowy dla zadania 2 zawierał poniższe pozycje :

Rodzaj kosztu Cena

jednostkowa netto zł/dzień Ilość dni obsługi Wartość netto w zł za cały okres obsługi

[kol.3x4] Wartość VAT (stawka VAT 23%) Wartość brutto w zł za cały okres obsługi

[kol.6+7]

1 2 3 4 5 6 7

Kotłownia parowa nr 17 Dolaszewo - miałowa o mocy 5,82 MW szt. 2

A nadzór i kierowanie pracą kotłowni;

- koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników
- prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni
- dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii cieplnej

199 0,00 0,00 0,00

B a) produkcja energii cieplnej;

- koszty osobowe
- zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, -

utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni;

1.1. W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć że zgodnie z orzecznictwem KIO w tym w wyroku z 24.9.2015 r., KIO 1955/15: „badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ZamPublU może być uzasadnione nie tylko w przypadku, kiedy

różnica w cenie w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przekroczy 30%, ale również przy mniejszych różnicach, jeżeli okoliczności występujące w sprawie budzą uzasadnione podejrzenie co do rzetelności kalkulacji i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami.” „Nie tylko gdy cena całkowita oferty, ale również ceny jednostkowe mogą być obarczone podejrzeniem rażąco niskiej wyceny poszczególnych pozycji objętych przedmiotem dostawy, uzasadniającym wezwanie do wyjaśnień, a w dalszej kolejności również odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ZamPublU. ”

1.2. Odwołujący zarzuca, że Ekol Kot zaoferowało rażąco niską cenę za pozycję ofertową B, czyli a) produkcja energii cieplnej;

- koszty osobowe zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji,
- utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni;
- dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła.

I chociaż cena całej oferty Ekol Kot nie podlega rygorowi z art. 224 ust. 2, to podlega rygorowi z art. 224 ust 1, związanemu z zaoferowaniem przez wykonawcę rażąco niskiej ceny jednostkowej.

1.3. Cena B, czyli produkcja energii jest główną usługą i stanowi podstawę dla udzielenia zamówienia. Zamawiający w treści SWZ wskazał wprost, wymaganą liczbę pracowników, których wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia realizacji usługi : Załącznik nr 4 do SWZ, nr 1 do umowy, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

1.VI . Do podstawowych obowiązków Wykonawcy w zakresie wykonywania obsługi kotłowni wraz z instalacjami i urządzeniami należy:

2. [...]]

3. 3. Zatrudnienie co najmniej 1 osoby do każdego zadania nadzorującej obsługę

kotłowni posiadającej Świadectwo Kwalifikacyjne Serii D, Grupa 2 oraz zatrudnienie do obsługi: - Zadanie I -[...]

4. - Zadanie II - co najmniej 10 palaczy oraz 3 osoby, będące w dyspozycji,

zapewniające utrzymanie w sprawności urządzenia kotłowni (obsługa, konserwacja, naprawa, usuwanie bieżącej awarii, regulacje) w okresie sezonu grzewczego posiadających stosowne Świadectwa Kwalifikacyjne Serii E, Grupa 2 pkt. 1, 2, 10. W sposób ciągły w kotłowni muszą przebywać co najmniej dwie osoby.

1.4. Ekol Kot tymczasem, za usługę produkcji energii cieplnej, zaoferował łącznie kwotę 155 144,38 złotych netto za 199 dni świadczenia usługi. Termin realizacji usługi Zamawiający określił na od 10.10.2023 r. do dnia 25.04.2024 r. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany do wyliczenia wszystkich niezbędnych kosztów realizacji usługi i prawidłowego wyliczenia stawek jednostkowych w formularzu ofertowym, w tym dla pozycji B - produkcja energii z uwzględnieniem zatrudnienia co najmniej 10 palaczy. Tymczasem, za 199 dni realizacji usługi Ekol Kot zaoferował cenę 155 144,38 złotych.

1.5. Zamawiający zobowiązał też wykonawców do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę : § 3 UMOWY O PRACĘ 1. Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę we własnym przedsiębiorstwie lub przez podwykonawcę osób mających realizować zamówienie, jeżeli zakres czynności tych osób polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320 z późn. zm.) - zgodnie z opisem zawartym w SWZ.

1.10 „W literaturze prawniczej i orzecznictwie przyjęło się, że za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać cenę, która odbiega od jego rzeczywistej wartości, natomiast różnica taka nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi konkretnemu wykonawcy bez poniesienia strat finansowych, takie zamówienie zrealizować. Rażąco niska cena to innymi słowy cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, która zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim rozumieniu nie jest ona ceną rynkową, tj. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są między innymi poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu makro i mikroekonomicznym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji ze strony podmiotów racjonalnie na nim działających.”

1.11. Odwołujący zaznacza, że zaoferowana przez Ekol Kot cena nie pokrywa kosztów zatrudnienia palaczy.

Odwołujący przedstawia wyliczenia zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę w 2 półroczu 2023 r. bez uwzględnienia wzrostu wynagrodzenia w roku 2024 r., ponieważ Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego. Do obliczeń oraz zobrazowania stanu faktycznego przyjęto minimalny koszt zatrudnienia pracownika.

a) Minimalne koszty zatrudnienia od lipca w roku 2023 wynoszą 3 600,00 zł brutto.

Poniżej przedstawiono koszty wchodzące w skład, jakie ponosi pracodawca zatrudniając palacza w wymiarze 1 etat (podstawa 3 600,00 zł brutto) od lipca w roku 2023.

Płaca zasadnicza 3600,00 zł brutto 3 600,00 zł + 20% dodatek nocny tj. 240,00 zł brutto

Ekwiwalent za urlop wypoczynkowy „EU”: (W 2023 współczynnik służący do obliczenia ekwiwalentu za 1 dzień urlopu wynosi 20,83). Podstawę wynagrodzenia tj. 3840,00 zł należy podzielić przez współczynnik ekwiwalentu, który wynosi 20,83. Następnie uzyskaną kwotę należy pomnożyć przez ilość dni przysługującego urlopu wypoczynkowego dla danego pracownika (przyjęto 26) oraz podzielić otrzymany wynik przez 12 miesięcy.

$EU = [(3\ 840,00\ \text{zł} / 20,83) \times 26] / 12 = 400,00\ \text{zł}$

ZUS 20,48% licząc od kwoty 4 240,00 zł tj. 868,35 zł brutto

PPK (1,5% podstawa + nocne + ekwiwalent) 4240 zł x 1,5% = 63,6 zł brutto

Zatem koszt zatrudnienia jednego pracownika z podstawą wynagrodzenia 3 600,00 zł brutto w

pełnym wymiarze czasu pracy to:

3 600,00 zł - podstawa wynagrodzenia

240.0 zł - dodatek nocny,

400.0 zł - wynagrodzenie urlopowe 868,35 zł - składki ZUS,

63,60 zł - PPK

Łącznie za 1 etat od lipca 2023: 5 171,95 zł brutto (tj. pełny koszt pracodawcy)

1.12. By udowodnić, że Ekol Kot zaoferował cenę rażąco niską, wystarczy koszt zatrudnienia pracownika, pomnożyć przez wymaganą liczbę palaczy (wg. SWZ 10 osób) w odniesieniu do dni obsługi w poszczególnych miesiącach dla poszczególnych miesięcy :

miesiąc	ilość dni	koszt
zatrudnienia 1 palacza	łączny koszt zatrudnienia palaczy	
paż.23 22	3 792,76 zł	37 927,63 zł
lis.23 30	5 171,95 zł	51 719,50 zł
gru.23 31	5 171,95 zł	51 719,50 zł
sty.24 31	5 171,95 zł	51 719,50 zł
lut.24 29	5 171,95 zł	51 719,50 zł
mar.24 31	5 171,95 zł	51 719,50 zł

kwi.24 25 4 309,96 zł 43 099,58 zł

łączne koszty zatrudnienia 339 624,72 zł

Z powyższego wynika, że minimalny koszt zatrudnienia wymaganej przez Zamawiającego ilości palaczy wynosi 339 624,72 złotych, tymczasem Ekol Kot zaoferował cenę 155 144,38 co stanowi cenę niższą od kosztu o 184 480,34 złotych.

1.13. Odwołujący wskazuje, że oprócz kosztów bezpośrednich wynagrodzeń pracowników, wykonawca ponosi również inne niezbędne koszty, których ponoszenie wynika z przepisów prawa i są to m.in. :

- Ubrania oraz środki ochrony indywidualnej dla pracowników, pranie odzieży;
- Obsługa kadrowa oraz księgowa, badania lekarskie;
- Szufle, taczki, sprzęt BHP oraz pierwszej pomocy, chemia gospodarcza itd.;
- Inne nieprzewidziane np. koszty chorobowe.

1.14 Ponieważ zaoferowana przez wykonawcę Ekol Kot cena za produkcję energii jest niższa od kosztów jej realizacji o ponad 100 %, tj. 184 480,34 złotych, to świadczy to o zaoferowaniu przez tego wykonawcę ceny dumpingowej, która na celu ma wyeliminowanie pozostałych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa zaoferowali swoją cenę.

1.15 W dniu 9.10.2023 Odwołujący otrzymał kopię korespondencji między Zamawiającym a Ekol Kot, w którym zawarte zostało wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny B z formularza ofertowego, czyli ceny za produkcję energii cieplnej :

Zamawiający [...] zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia rażąco niskiej ceny złożonej oferty w zakresie zadań 2 dotyczącej części składowej oferty: zadanie nr 2 wiersz poz. B:

Formularz cenowy- zadanie nr 2: Cena jednostkowa netto zł/dzień

Rodzaj kosztu

B a) produkcja energii 779,62

cieplnej; - koszty osobowe - zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, - utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni;

-dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła

W załączonym do oferty formularzu cenowym w zadaniu nr 2 wiersz poz. B załącznik nr 2a do SWZ- Wykonawca złożył ofertę na kwotę 779,62 zł netto za dzień „produkcji energii cieplnej; zapewnienia gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni oraz dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła”

Zamawiający zwraca się wnioskiem o wyjaśnienie ceny istotnej części składowej tej pozycji. Zaproponowana stawka „779, 62 zł” wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania usługi, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących tej części oferty. [...]

Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- 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;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;.

Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna i wiarygodna.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

Swoje wyjaśnienia Wykonawca powinien poprzeć dowodami. Wykonawca może powołać każdy dowód,

Powyższe wezwanie, stanowi to dowód potwierdzający zarzuty odwołującego, iż wykonawca zaoferował rażąco niską cenę jednostkową za produkcję energii cieplnej.

1.16 Ekol Kot złożył wyjaśnienia niespełniające warunków wprost wskazanych w ustawie a także nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającemu. Ekol Kot złożył następujące wyjaśnienia:

Wszystkie elementy zawarte w załączonym do oferty formularzu cenowym do zadania nr 2 takie jak:

A nadzór i kierowanie pracą kotłowni; - koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników - prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni - dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii cieplnej

B produkcja energii cieplnej; - koszty osobowe - zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, - utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni; -dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła C obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym przeglądy i konserwacja będą wykonywane przez tą samą kadrę pracowników zatrudnionych do obsługi kotłowni.

W związku z tym proporcjonalnie rozłożyłem wartości za cenę jednostkową netto zł/dzień po między pozycje A,B,C. (Każda pozycja A,B,C liczona jest od momentu rozpoczęcia sezonu grzewczego przez 199 dni do dnia zakończenia umowy).

Z treści samych wyjaśnień wykonawcy wynika, że zaoferował cenę niegodnie z SWZ a także niezgodnie z treścią ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym, Ekol Kot nieprawidłowo skalkulował pozycję B, nie przyjmując i nie uwzględniając, że Zamawiający do produkcji ciepłej wymagał od wykonawców zatrudnienia co najmniej 10 palaczy.

1.17 Zgodnie z treścią wyjaśnień Ekol Kot „proporcjonalnie rozłożyłem wartości za cenę jednostkową netto zł/dzień po między pozycje A,B,C.”. Takie działanie jest sprzeczne w treścią SWZ która wprost wskazuje w rozdziale XIV SWZ, która nakazuje wypełnienie wszystkich pozycji wybranego formularza wyceny, a wykonawca winien przedstawić cenę ofertową netto oraz brutto w PLN z wyszczególnieniem podatku VAT, która musi wynikać ze ścisłego wypełnienia formularza wyceny a cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, jak również wszelkie koszty wynikające z umowy. Ekol Kot świadomie nienależycie skalkulował ofertę cenową, rozkładając koszty proporcjonalnie pomiędzy wszystkie 3 pozycje ofertowe. Należy zauważyć jednak, że Zamawiający nie zobowiązał oferentów do przedstawienia 1 ceny ofertowej za realizację usługi, co jest wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach Ekol Kot, lecz Zamawiający wprost w treści SWZ i załącznikach wyodrębnił 3 różne pozycje cenowe, które są rozłączne i nie mogą być

traktowane jako jedna cena za realizację usługi. Na dowód powyższego twierdzenia można przywołać fakt, iż do produkcji ciepła Zamawiający wymaga zatrudnienia co najmniej 10 palaczy, a osobnym wymogiem jest zatrudnienie co najmniej 1 osoby do każdego zadania nadzorującej obsługę kotłowni posiadającej Świadectwo Kwalifikacyjne Serii D, co Zamawiający zawarł w pozycji ofertowej A - nadzór i kierowanie pracą kotłowni; - koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników - prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni - dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii ciepłej

1.18. Co więcej oferent Ekol Kot w swoich lakonicznych wyjaśnieniach wskazał wprost, że zamierza powierzyć czynności związane z dozorem pracownikom nie posiadającym uprawnień do tych czynności: „wszystkie elementy zawarte w załączonym do oferty formularzu cenowym do zadania nr 2 takie jak: A nadzór i kierowanie pracą kotłowni (...). B produkcja energii ciepłej (...), C obsługa serwisowa urządzeń i instalacji (...) będą wykonywane przez tą samą kadrę pracowników zatrudnionych do obsługi kotłowni”. Na dowód odwołujący wskazuje przedłożone przez oferenta Ekol Kot uprawnienia mające potwierdzić dysponowanie wykwalifikowaną kadrą pracowników (dowód 3). Wyłącznie jedna osoba posiada uprawnienia dozоровe, a co za tym idzie jest to sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego, gdyż pozostałe osoby, które miałyby dokonywać czynności związane z dozorem (według wyjaśnień złożonych w dniu 29.09.2023r. przez Ekol Kot) nie posiadają odpowiednich kompetencji w tym zakresie. Takie działanie narusza zapisy dokumentacji przetargowej, ustawy PZP oraz zasad uczciwej konkurencji, ponad to jest sprzeczne z zasadami BHP oraz wbrew zasadom Kodeksu Pracy.

1.19. W sytuacji w której Zamawiający wprost zobowiązał wykonawcę Ekol Kot do wyjaśnienia ceny ofertowej B, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami tego wykonawcy, nie można uznać, że dopełnił ciężącego na nim obowiązku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

1.20. Bez znaczenia w kontekście niniejszego postępowania jest fakt, że dla całości zamówienia zastosowano jednolitą stawkę podatku vat na poziomie 23 %. Wykonawcy zobowiązani są do rzetelnej i pokrywającej wszelkie koszty wyceny poszczególnych cen w formularzu ofertowym. Gdyby było inaczej, Zamawiający mógłby nie rozbijać ceny ofertowej na 3 zupełnie różne czynności i tym samym pozycje cenowe. Należy zwrócić bowiem uwagę, że każda z poszczególnych pozycji ofertowych, dotyczy zupełnie innego charakteru prac związanych z usługą sezonowej obsługi kotłowni : 1 dotyczy dozoru, 2 dotyczy produkcji ciepłej, 3 natomiast dotyczy serwisu. Wobec każdej z tych pozycji, Zamawiający wyznaczył inne warunki, których spełnienia przez wykonawcę wymaga, a także inne czynności składają się na poszczególne ceny ofertowe. Potwierdził to również sam Zamawiający, zwracając się

do Ekol Kot o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny B, a także zwracając się do odwołującego o wyjaśnienie cen A oraz C. (dowód nr 1)

1.21. Wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty związane z dozorem, produkcją energii oraz obsługi serwisowej i nie ma możliwości "przerzucania" danego kosztu pomiędzy usługami, bowiem są to samodzielne ceny, w oparciu o które będzie rozliczane wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia. Na potwierdzenie powyższej tezy, należy załączyć do dowodów w sprawie załącznik nr 3 do umowy - PROTOKÓŁ ODBIORU WYKONYWANEJ

USŁUGI Nr - w którym wprost wskazane jest rozliczenie poszczególnych usług osobno.

(dowód nr 2) Co więcej, z każdej usługi z osobna, Zamawiający ma możliwość potrąceń wpływających na wartość usługi.

1.22. Odwołujący dodatkowo zaznacza, że przedstawione skromne wyliczenia wykonawcy Ekol Kot są niekompletne i nierzetelne. Zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy, na podstawie art. 151.1. :

§ 1. Za pracę w godzinach nadliczbowych, 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.

Powyższe przepisy regulują dodatki za pracę w godzinach nocnych, pracę w niedziele i święta w wysokości 100 % podstawowego wynagrodzenia. W swoich wyjaśnieniach Ekol Kot nie uwzględnił tych dodatków, a należy przypomnieć, że obsługa kotłowni jest ciągłą i stałą, bez względu na porę dnia i dzień. Brak uwzględnienia powyższych dodatków do wynagrodzeń wynika z nienależytego przygotowania kalkulacji ofertowej i niedoszacowania lub też wynika ze świadomego nierespektowania przepisów prawa pracy i wykonawca nie przewiduje wypłacania dodatków przysługujących pracownikom prawem.

1.23. Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp dokonuje oceny złożonej przez wykonawcę oferty oraz wyjaśnień pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, co czego jest w pełni uprawniony. Wykonawca Ekol Kot w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie określił, w sposób nie pozostawiający wątpliwości, że zaoferowana cena nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca ten nieuprawnienie przerzuca koszty pomiędzy składnikami oferty. Cena, która nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia jest ceną rażąco niską, która grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

1.24. Zgodnie z orzecznictwem w wyroki KIO 109/23 „Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie oraz doktrynie, to na wykonawcy wezwanemu do złożenia takich wyjaśnień, spoczywa obowiązek przekonania zamawiającego, iż cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ponadto zawiera zysk. Tym samym, stwierdzić należało, iż odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień powinien złożyć zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące każdego aspektu ceny ofertowej wpływającej na jej wysokość. Nie jest możliwe pomijanie jakiegokolwiek elementu, który w następstwie dokonanej oceny powodowałby uznanie, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską.”

1.25. Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tej ustawy zostały przykładowo wymienione niektóre rodzaje czynów nieuczciwej konkurencji, tj. między innymi: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

1.26. Odwołujący wyjaśnia, że zarzut dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy, dotyczy zaoferowania przez Ekol Kot ceny oznaczonej w formularzu ofertowym jako B, jako niezawierającej wszelkich kosztów niezbędnych do jej realizacji i

wykonania, czyli poprzez zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia. Ekol Kot wprost stwierdził, że koszty „przerzucił” oferując cenę za produkcję energii nieuwzględniającą niezbędnych kosztów jej realizacji.

1.27. Zgodnie z wyrokiem KIO 51/23 „Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18 Sąd Najwyższy za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Na podstawie analizy literatury prawa zamówień publicznych oraz bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej można też wymienić przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji związane z przygotowywaniem ofert w postępowaniach przetargowych: 1) stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, 2) manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione

faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie -wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy), 3) podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, teza 8]. Ponadto w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji”.

1.28. Art. 224 ust. 5 ustawy PZP stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl art. 224 ust. 6 ustawy PZP 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.

Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233).

1.29. Pomimo ewidentnego niewywiązania się z obowiązku Ekol Kot do wyjaśnienia ceny B ze względu na przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi oferty, pozostałe wyjaśnienia są lakoniczne, niekonkretne i niepoparte żadnymi dowodami. Odwołujący wskazuje, że Ekol Kot nie wymienił żadnych składników, które w jego uzasadnieniu składają się na wynagrodzenie pracowników. Wskazał wyłącznie finalną kwotę wynagrodzenia pracownika, nie wskazując na czynniki, które wpływają na wielkość wynagrodzenia; m.in. wysokość składek na ubezpieczenie społeczne i wypadkowe, które są różne dla każdego przedsiębiorcy, PKK. W pozostałej części, w której wykonawca stwierdził, że ; „Doliczając do tego 25 000 zł na ubrania robocze, środki higieny itp. oraz inne koszty” nie wskazuje, jakie koszty mają wpływ na zaoferowaną przez niego wartość kosztów dla ceny B, pomija również istotne koszty które mają wpływ na wysokość kosztów: m.in. badania lekarskie, obsługa kadrowo-płacowa. Nie wskazuje również, jak te koszty wpływają na możliwość obniżenia ceny wobec cen rynkowych. zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp oraz 537 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, którego w niniejszej sprawie, wykonawca nie sprostował.”

Wobec tak przedstawionej argumentacji, wybór najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu obarczony jest poważnymi wadami i uchybieniami kwalifikującymi do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do dokonania ponownej oceny i badania ofert. Zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy która zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Wszystkie powyższe argumenty stanowią o nierównym traktowaniu wykonawców i pokazują jakich zaniechań dokonano w toku postępowania - decydują one o tym, iż wybór oferty został dokonany z naruszeniem przepisów prawa i Izba winna była odwołanie uznać i nałożyć na Zamawiającego obowiązek dokonania ponownej weryfikacji ofert zgodnie z ustawą.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie należy uznać za konieczne, a wnioski w nim zawarte za zasadne.

Odpowiedź zamawiającego

Odpowiedź na odwołanie i na przystąpienie do odwołania

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do niniejszego pisma, w wykonaniu wezwania KIO z dnia 26.10.2023 r. niniejszym składam „odpowiedź na odwołanie” i „odpowiedź na przystąpienie do odwołania” wniesione do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 13 października 2023 r. przez wykonawców działających wspólnie w konsorcjum: ANN-POL Inwestycje 13 sp. z o.o. i ANN-POL Inwestycje 12 sp. z o.o. ubiegających się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 14. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu (ul. Bukowska 34) na: usługę sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach administrowanych przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu" Nr sprawy: 40/z/2023, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający prawidłowo ocenił oferty. W aktach postępowania znajduje się wyjaśnienie zarówno Konsorcjum (Odwołującego) jak i EKOL-KOT Systemy Grzewcze (Przystępujący) dotyczące sposobu określenia ceny za usługę. Wskazać w tym miejscu należy, że każdy z Wykonawców samodzielnie skalkulował i przygotował ofertę zgodnie z SWZ. Podkreślenia wymaga, że różnica w ofercie obydwu oferentów wynika z różnicy w ilości osób potrzebnych do wykonania usługi. Zamawiający w SWZ nie wskazał, że Wykonawca ma obowiązek zatrudniać dane osoby na cały etat lecz jedynie aby były zatrudnione na podstawie umowy o pracę - możliwe jest więc zatrudnienie na części etatu na podstawie umowy o pracę - zgodnie z SWZ. Ponadto każdy z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu prawidłowo skalkulował wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od 1.01.2024 r. i od 1.07.2024 r. Prawidłowo także wykazano ww. stawki obowiązujące w roku bieżącym.

EKOL-KOT Systemy Grzewcze (Przystępujący) wykazał, że przy mniejszej liczbie pełnych etatów niż Odwołujący jest w stanie wykonać usługę i osiągnąć zysk. Wyliczenia Odwołującego zawarte w Odwołaniu dotyczą sytuacji, w której EKOL-KOT Systemy Grzewcze (Przystępujący) miałby identyczne zasoby osobowe co Odwołujący. Tymczasem z wyjaśnień EKOL-KOT Systemy Grzewcze (Przystępujący) znajdujących się w aktach postępowania wynikają różnice w liczbie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę na pełen etat - wszystko zgodnie z zapisami SWZ. Stąd też różnica w cenie pomiędzy ofertami przy jednoczesnym zachowaniu kryterium zysku Wykonawcy w postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, że nawet z wyliczeń Odwołującego zawartych w odwołaniu - s. 8 i s. 5 - wynika, że 339.624,72 zł to koszty osobowe - czyli wyższe od kosztów wynikających z oferty Odwołującego (należy wskazać równicę w cenie pomiędzy dwiema ofertami).

Co więcej - z wyliczeń Odwołującego przedstawionych w odwołaniu wynika wprost, że on również nie zastosował określonych przez samego siebie kosztów osobowych wykonania usługi.

Zdaniem Zamawiającego wszystkie koszty osobowe wskazane przez Odwołującego w odwołaniu dotyczą pełnych etatów. Co więcej - koszt urlopu został źle wyliczony bo czas wykonania usługi to nie pełen rok (czyli 20 lub 26 dni płatnego urlopu na pełnym etacie za cały rok). Mylnie wskazano także koszt PPK, które są dobrowolne i nie ma przymusu aby pracownik należał do PPK.

Odnosząc się do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego to w treści pisma poza uznaniem stanowiska Zamawiającego za prawidłowe nie ma żadnych rzeczy do których można się odnieść.

Na marginesie wskazuję również, iż podstawa prawna wezwania do złożenia „odpowiedzi na odwołanie” wskazana w piśmie KIO jest błędna:

- przepis art. 536 PZP dotyczy zobowiązania strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania
- przepis § 26 rozporządzenia w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) dotyczy zobowiązania strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, jak również zobowiązania do wymiany pism przez strony oraz uczestników, oznaczając porządek składania pism, terminy, w których pisma należy złożyć, i okoliczności, które mają być wyjaśnione.

To przepis art. 521 PZP daje Zamawiającemu możliwość wniesienia odpowiedzi na odwołanie aż do czasu rozpoczęcia rozprawy przed KIO. Żaden przepis PZP ani rozporządzeń wykonawczych nie daje możliwości składowi KIO przymuszenia Zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie w terminie wcześniejszym niż rozpoczęcie rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany, przestrzegając procedurę przewidzianą art. 525 Pzp. Zarówno odwołujący, jak i zamawiający do upływu terminu posiedzenia nie zgłosili opozycji

co do zgłoszonego przystąpienia w związku z art. 526 Pzp. W powyższym stanie rzeczy Izba uwzględniła jako skuteczne przystąpienie do sprawy wykonawcy wybranego.

Również zamawiający samodzielnie na posiedzeniu, wobec nieobecności przystępującego, prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenia, a który to wykonawca powiadomił Izbę o niemożności stawienia się w wyznaczonym terminie, nie zgłosił wniosku o odrzucenie odwołania. Izba nie stwierdzając podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art.528 Pzp skierowała sprawę do merytorycznego rozpoznania na rozprawie, w myśl art.530 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Usługi sezonowej obsługi kotłowni na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej w obiektach administrowanych przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu”. Nr ref.40/z/2023; ogłoszenie o zamówieniu w Dz. Urz. U. E. 2023/S 165-520659 z 29-08-2023

Postępowanie prowadzone jest dla dwóch kotłowni oznaczonych jako zadanie nr 1 i zadanie nr 2. Przy czym postępowanie na obsługę kotłowni oznaczonej jako zadanie nr 1 zostało unieważnione z powodu, że jedyna oferta jaka została złożona (oferta odwołującego) przekraczała kwotę jaką zamierza zamawiający przeznaczyć na zamówienie. W spornej części postępowania to jest na obsługę sezonową kotłowni wyznaczonej do zadania nr 2 zostały złożone dwie oferty to jest oferta odwołującego i oferta przystępującego to jest wykonawcy wybranego.

Oferta odwołującego nie została wybrana, zamawiający wybrał ofertę przystępującego po stronie zamawiającego. Zamawiający zanim dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, przy obowiązującym jedynym kryterium oceny ofert – cena, wezwał obydwu wykonawców do wyjaśnienia kalkulacji ceny, pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Przy czym odwołujący został wezwany do wyjaśnienia ceny w zakresie części usługi A i C to jest koszt nadzoru i kierowania pracą kotłowni (cz. A) i kosztu obsługi serwisowej urządzeń i instalacji, w tym przeglądy i konserwacja (cz. C). Natomiast wykonawca wybrany został wezwany do wyjaśnienia ceny w części B to jest kosztu produkcji energii cieplnej (dowód: formularz cenowy dla zadania 2 – dokumentacja zamawiającego, akta sprawy). Przy czym dla uściślenia co zamawiający oczekiwał w wycenie kosztów dla części A,B,C, Izba wskazuje:

- A) nadzór i kierowanie pracą kotłowni: koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników, prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni, dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii cieplnej;
- B) produkcja energii cieplnej: koszty osobowe, zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni, dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła;
- C) obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym przeglądy i konserwacja: bez wymaganej specyfikacji kosztów.

W tym miejscu Izba nadmienia, że ceny ofert obydwu wykonawców kształtowały się następująco: odwołujący – 648 640,50 zł. a przystępujący 570 769, 38 zł. (ceny brutto). Z powyższego zestawienia wynika, że oferta przystępującego była ofertą korzystniejszą. Obydwie oferty mieszczą się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie. Zamawiający postanowił wezwać obydwu wykonawców do wyjaśnienia ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Obydwaj wykonawcy udzielili wyjaśnień, po czym zamawiający wybrał ofertę korzystniejszą cenowo to jest ofertę przystępującego.

W związku z wyborem przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty, odwołujący złożył odwołanie, zaskarżając następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ekol

Kot/przystępującego,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Ekol Kot pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt;
3. zaniechanie ponownego badania złożonych w postępowaniu ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na podstawie powyżej opisanych czynności i zaniechań odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniżej wymienionych przepisów ustawy Pzp/Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ekol Kot, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.), przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ekol Kot, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w szczególności w wyniku błędnego i niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty Ekol Kot, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zadaniu 2 oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Ekol Kot i tym

samym zaniechanie wyboru złożonej przez odwołującego oferty jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;

W związku z powyżej sformułowanymi zarzutami odwołujący żąda:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Ekol Kot w ww. postępowaniu,
2. odrzucenia oferty Ekol Kot z uwagi na to, że nie sprostął ciążącego na nim obowiązku wyjaśnienia, że jego oferta nie zawiera ceny lub kosztu rażąco niskich i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera błąd w obliczeniu ceny i zawiera rażąco niską cenę;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jak Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, wykonawca wybrany został wezwany w dniu 26 września 2023r. przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wycięcia rażąco niskiej ceny złożonej oferty „w zakresie zadania 2 dotyczącej części składowej oferty: zadanie nr 2 wiersz poz. B: według obowiązującego Formularza cenowego- dla zadania nr 2: według rodzaj kosztu i Ceny jednostkowej netto zł/dzień to jest B rodzaj kosztu: produkcja energii cieplnej; - koszty osobowe - zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, - utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni; - dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła według podanej w ofercie stawki dziennej 779,62 zł. W związku z taką treścią w załączonym do oferty formularzu cenowym w zadaniu nr 2 wiersz poz. B załącznik nr 2a do SWZ- Wykonawca złożył ofertę na kwotę 779,62 zł netto za dzień „produkcji energii cieplnej; zapewnienia gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni oraz dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła”. Zamawiający zwraca się wnioskiem o wyjaśnienie ceny istotnej części składowej tej pozycji. Zaproponowana stawka „779, 62 zł” wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania usługi, zgodnie z wymaganiami

określonymi przez zamawiającego, lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących tej części oferty. Zaoferowana cena w części składowej złożonej przez Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz/lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, budząc tym samym wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności: możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z swz. Przedłożone wyjaśnienia

powinny dotyczyć w szczególności:- 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;-zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna i wiarygodna. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Swoje wyjaśnienia Wykonawca powinien poprzeć dowodami. Wykonawca może powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Nie złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, będzie skutkowało odrzuceniem oferty z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy”.

W dniu 29 września 2023 wykonawca wybrany złożył pisemne wyjaśnienia z których wynikało „Wszystkie elementy zawarte w załączonym do oferty formularzu cenowym do zadania nr 2 takie jak: A nadzór i kierowanie pracą kotłowni; koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii cieplnej B a) produkcja energii cieplnej; koszty osobowe - zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, -utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni; -dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła C obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym przeglądy i konserwacja będą wykonywane przez tą samą kadrę pracowników zatrudnionych do obsługi kotłowni. W związku z tym proporcjonalnie rozłożyłem wartości za cenę jednostkową netto zł/dzień po między pozycje A,B,C. (Każda pozycja A,B,C liczona jest od momentu rozpoczęcia sezonu grzewczego przez 199 dni do dnia zakończenia umowy). Jednocześnie w złożonych wyjaśnieniach wykonawca wybrany powołał się na postanowienia § 6 umowy do SWZ, gdzie mowa jest o zapłacie wynagrodzenia w łącznej wysokości. W związku z powyższym zapisem z umowy, podstawą do wypłaty pieniędzy za zrealizowaną usługę oraz do oceny czy oferta jest rażąco niska jest całościowa kwota podana w ofercie (570 769,38 zł brutto.) Biorąc pod uwagę: -średnią arytmetyczną złożonych

ofert $(570\,769,38 + 648\,640,50) / 2 = 609\,704,94$ zł - 30% = 426 793,49 zł brutto -kwotę jako zamawiający przeznaczył na zadanie: $675\,565,20$ zł - 30% = 472 895,64 zł, oferta złożona przez moją firmę nie podlega pod znamiona rażąco niskiej. Zamawiający w SWZ w rozdziale 6, zdolności zawodowej żąda aby spełnić warunek : „co najmniej 10 palaczy oraz 3 osoby, będące w dyspozycji, zapewniające utrzymanie w sprawności urządzenia kotłowni ..” Do wyliczeń założyłem, że będzie zatrudnionych: -10 palaczy na pełen etat, - 3 osoby do dyspozycji na 1/3 etatu. Czyli łączna ilość etatów będzie wynosiła: 11. Od 01.07.2023 najniższa krajowa wynosi 3600 zł brutto co daje koszt pracodawcy za jeden etat: 4321 zł. Do wyliczenia dniówki zawierającej koszty pracodawcy przyjąłem 4321 zł : 30 dni = 145 zł (zawyżona w górę na korzyść pracownika) Od rozpoczęcia sezonu grzewczego do końca roku (10.10.2023-31.12.2023) mamy 83 dni pracy kotłowni. $83 \text{ dni} \times 145 \text{ zł} \times 11 \text{ etatów}$ daje nam kwotę 132 385 zł + 13 464 zł ekwiwalentu za urlop(okres 10.10-31.12.23)= 145 849 zł kosztów jaki ponosi pracodawca zatrudniając pracowników na najniższą krajową na umowę o pracę w okresie 10.10.23-31.12.23. Od 01.01.2024 najniższa krajowa wyniesie będzie 4242 zł brutto co daje koszt pracodawcy za jeden etat: 5092 zł. Do wyliczenia dniówki zawierającej koszty pracodawcy przyjąłem 5092 zł : 30 dni = 170 zł (zawyżona i zaokrąglona w górę na korzyść pracownika) Od 01.01.2024 do końca sezonu grzewczego (25.04.2024) mamy 116 dni pracy kotłowni. $116 \text{ dni} \times 170 \text{ zł} \times 11 \text{ etatów}$ daje nam kwotę 216 920 zł + 23 716 zł ekwiwalentu za urlop(okres 01.01-25.04.24)= 240 636 zł kosztów jaki ponosi pracodawca zatrudniając pracowników na najniższą krajową na umowę o pracę w okresie 01.01.2024-25.04.2024. Całkowity koszt zatrudnienia 11 pracowników na umowę w okresie 10.10.2023-25.04.2024 wyniesie 386 485 zł. Doliczając do tego 25 000 zł na ubrania robocze, środki higieny itp. oraz inne koszty całkowity koszt obsługi kotłowni wyniesie 411 485 zł, co przy naszej ofercie 464 040,14 zł netto (570 769,38) daje mojej firmie 52 555,14 zł netto zysku za całą realizację zamówienia. Jak widać z wszystkich wyliczeń oferta złożona przez moją firmę jest rentowna oraz nie jest rażąco niska”.

Izba powyżej przedstawiła dosłowne brzmienie wezwania do wyjaśnień jak i udzieloną odpowiedź przez wykonawcę wybranego. Należy również nadmienić, że sam odwołujący, co przywołuje w odwołaniu, również był wezwany do wyjaśnień, ale w zakresie części A i części C Formularza cenowego, które nie dotyczyły części niewrażliwych/zasadniczych zamówienia czyli produkcji energii cieplnej tylko nadzoru (cz. A) i serwisu (cz. C w tym przeglądy i konserwacja). W poczet materiału dowodowego odwołujący złożył szereg dokumentów w postaci formularzy cenowych z innych postępowań, gdzie podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy wyceniali podobne zakresu świadczenia. Ze złożonych formularzy cenowych wynika, że koszty nadzoru, czy też serwisu są nieznacznymi kosztami w stosunku do kosztu produkcji energii cieplnej. Izba przyjęła kwestionowane przez

zamawiającego dokumenty, w poczet materiału dowodowego, ale na zasadzie porównania w celu ustalenia, że praktyką notoryjną w tego rodzaju usługach są stosowane zbieżne podziały na nadzór, produkcję i serwis, a także na okoliczność

znaczących różnic wyceny poszczególnych części usługi. O rozstrzygnięciu niniejszej sprawy decyduje treść wezwania zamawiającego, który od wykonawcy wybranego żąda wyjaśnienia wyceny tylko jednej z trzech części usługi to jest produkcji energii cieplnej. Kwestiami niespornymi dla Izby są takie okoliczności jak, że do produkcji zachodzi potrzeba zatrudnienia 10 pracowników, a dla nadzoru i serwisu łącznie 1 etat z podziałem na 3 pracowników po 1/3 etatu. Co do ilości etatów sam wykonawca wybrany tę ilość potwierdza w swoich wyjaśnieniach („Do wyliczeń założyłem, że będzie zatrudnionych: -10 palaczy na pełen etat, - 3 osoby do dyspozycji na 1/3 etatu. Czyli łączna ilość etatów będzie wynosiła: 11). Zasadnie wykonawca wybrany wyjaśniał, że zamawiający tylko żądał, aby pracownicy byli zatrudnieni na umowę o pracę, nie wyznaczając liczby etatów do wykonania usługi. Sam wykonawca wybrany przyznaje w wyjaśnieniach, że na łącznie 11 etatów, 10 etatów stanowią pracownicy-palacze, czyli do cz. B – produkcji energii cieplnej. Dla Izby powyższe niesporne okoliczności stanowią o rozkładzie kosztów na poszczególne części (A,B,C) usługi zgodnie z przedmiotem zamówienia dostawą energii cieplnej. Natomiast sam wykonawca wybrany składając szczegółowe i precyzyjne wyjaśnienia, potwierdzające prawidłowość wyliczenia ceny całkowitej stwierdza, że tak ustalone koszty ciągłej obsługi kotłowni w sezonie grzewczym, podzielił proporcjonalnie na cz. A,B,C („W związku z tym proporcjonalnie rozłożyłem wartości za cenę jednostkową netto zł/dzień pomiędzy pozycje A,B,C”). Reasumując Izba stwierdza, że w ten sposób złożony z ofertą formularz cenowy na zadanie nr 2 świadczy o nieprawidłowym wyliczeniu zasadniczej części ceny jaką jest produkcja energii cieplnej (część B formularza cenowego). W tym miejscu pozostaje Izbie przywołać art. 224 ust.1 Pzp co do „jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający żąda wyjaśnień”. W przedmiotowej sprawie zamawiający od wykonawcy wybranego zażądał wyjaśnień co do jednej z części zamówienia i to bezspornie najistotniejszej kosztowo (produkcja energii cieplnej) i uzyskał wyjaśnienie, z którego wynika, że istotna część składowa kosztu/ceny nie została prawidłowo wyceniona. Zatem odwołujący słusznie wskazał na naruszenie przez zamawiającego zasad co do oceny złożonych wyjaśnień, a co ma wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym załączony do oferty wykonawcy wybranego formularz cenowy w części B (produkcja energii cieplnej), wskazuje na rażąco niską cenę istotnej części składowej ceny/kosztu.

Reasumując Izba na podstawie art. 554 ust.1 pkt 1) Pzp uwzględniła odwołanie i nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i ponowne badanie, ocenę i wybór

najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) 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 art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie faktury vat.

Przewodniczący: