

Sygn. akt: KIO 2551/24

KIO 2747/24
KIO 2758/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.....w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z

o.o. z siedzibą

w Słupnie

B.....w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę „AJW WARDEX” Sp.

z o.o. z siedzibą

w Słupnie

C.....w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę A.R.J. prowadzącą

działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO – J” A.R.J. w Siemiatyczach

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2551/24, KIO 2747/24 oraz KIO 2758/24 - wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

KIO 2551/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie na rzecz zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 2747/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie na rzecz zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 2758/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę A.R.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe

„MPO – J” A.R.J. w Siemiatyczach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A.R.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO – J” A.R.J. w Siemiatyczach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

i Autostrad w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy A.R.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO – J” A.R.J. w Siemiatyczach na rzecz zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2551/24, KIO 2747/24, KIO 2758/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi utrzymania estetyki pasów drogowych i obiektów inżynierskich dróg krajowych na terenie Oddziału w Białymstoku w podziale na 6 części (znak postępowania: O/BI.D-3.2421.9.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2024 r. pod numerem 150124-2024.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2551/24

W dniu 22 lipca 2024 r. wykonawca „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie [dalej „Odwołujący 1” lub „Wardex”] wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 2.1.6.4 (str. 14 lit. a) opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Tom III Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. obowiązkiem posiadania przez ZABERD lub/i wskazanego przez ZABERD w wyjaśnieniach z dnia 5 czerwca 2024 r. podwykonawcy aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej przez ministra spraw wewnętrznych;

2. art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odstąpienia i udostępnienia Odwołującemu załączników do odpowiedzi ZABERD z dnia 5 czerwca 2024 r. na wezwanie do

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy ZABERD nie wykazał spełnienia ustawowych przesłanek umożliwiających zachowanie w poufności określonych dokumentów i informacji przedsiębiorstwa – ani w zakresie dotyczącym wartości gospodarczej, ani w zakresie odnoszącym się do działań podejmowanych przez tego wykonawcę w celu ochrony swoich tajemnic handlowych.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty ZABERD jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty złożonej przez ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
3. odtajnienie załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. złożonych przez wykonawcę ZABERD;
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 sierpnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania. Co do zarzutu nr 2 odwołania Zamawiający wskazał, iż w dniu 23 lipca 2024 r. przekazał wszystkim uczestnikom postępowania komplet dokumentacji złożonej przez wykonawcę ZABERD. W związku z tym wskazał, iż w zakresie zarzutu nr 2 należy umorzyć postępowanie odwoławcze jako bezprzedmiotowe.

Pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący ZABERD wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 oraz umorzenie postępowania odwoławczego co do zarzutu nr 2 w związku z udostępnieniem Odwołującemu przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. do akt sprawy replikę złożył Odwołujący 1.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2747/24

W dniu 22 sierpnia 2024 r. wykonawca „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie [dalej „Odwołujący 2” lub „Wardex”] wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ZABERD nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym ZABERD nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez ZABERD cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (w tym przede wszystkich związanych z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego);
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, bowiem cena ofertowa nie uwzględnia (i) pełnych kosztów pracy

(w tym wynikających z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego), (ii) kosztów wykonania zamówienia w zakresie dotyczącym ochrony MOP-ów wraz z budynkami sanitariatów i konieczności posłużenia się firmą, która dysponuje koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych, (iii) kosztów robocizny bezpośredniej związanej z zimowym utrzymaniem MOP-ów (np. kierowców i operatorów ZUD).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty ZABERD jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty złożonej przez ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący ZABERD wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. do akt sprawy replikę złożył Odwołujący 2.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2758/24

W dniu 2 sierpnia 2024 r. wykonawca A.R.J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO – J” A.R.J.

w Siemiatyczach [dalej „Odwołujący 3” lub „MPO-J”] wniósł odwołanie w zakresie części 3 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, podczas gdy oferta ZABERD powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, podczas gdy oferta ZABERD powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 3 wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty ZABERD;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 sierpnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący ZABERD wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący Wardex oraz MPO-J wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Przystępujący” lub „ZABERD”] zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami, oferty wykonawcy ZABERD wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania skierowane do ww. Wykonawcy oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lipca 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 sierpnia 2024 r.

Do akt sprawy o sygn.: KIO 2551/24/24 oraz KIO 2747/24 Izba włączyła wnioski dowodowe Odwołującego Wardex złożone przy piśmie z dnia 26 sierpnia 2024 r., tj.:

1. wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 PZP z dnia 1 lipca 2024 r.,

nr postępowania O/BI.D-3.2421.24.2024;

2. akt notarialny z dnia 4 października 2021 r., Rep. A Nr 7575/2021;
3. korespondencja e-mailowa wraz z pismem z dnia 29 lipca 2024 r. z Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji;
4. wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (pierwsze 3 strony), Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-10.10.01.e V.1 - Utrzymanie MOP-ów, parkingów (w tym

parkingów przy SPO, PPO), informacja z otwarcia ofert z dnia 9 lutego 2024 r. (dotyczy postępowania nr O.Ki.D-3.2421.34.2023.mj);

5. wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (pierwsze 3 strony), Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-10.10.01.e - Utrzymanie MOP-ów, informacja z otwarcia ofert z dnia 30 czerwca 2022 r. (dotyczy postępowania nr O/PO.D-3.2421.15.2022);

6. wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (pierwsze 3 strony), Opis Przedmiotu Zamówienia (dotyczy postępowania nr O.KR.D-3.2421.20.2023);

7. wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (pierwsze 3 strony), Opis Przedmiotu Zamówienia (dotyczy postępowania nr O.ZG.D-3.2413-7.2021);

8. wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (pierwsze 3 strony), Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-10.10.01.e V.1 - Utrzymanie MOP-ów, parkingów (w tym

parkingów przy SPO, PPO), informacja z otwarcia ofert z dnia 22 października 2021 r.,

informacja o wyborze oferty z dnia 4 listopada 2021 r. (dotyczy postępowania nr O.WR.D-3.2413-73.2021);

9. umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 23 października 2023 r.;

10. korespondencja e-mailowa wraz z pismem z dnia 29 lipca 2024 r. z Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji;

11. wyjaśnienia „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z dnia 4 czerwca 2024 r. w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej dla Części II. Rejon w Białymstoku – w aktach postępowania;

12. wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z trybie art. 224 PZP z dnia 1 lipca 2024 r. (x2), zawiadomienie z dnia 13 sierpnia 2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty — Część I, II, III, IV, V, VI, nr postępowania O/BI.D-3.2421.24.2024;

13. print screen informacji o pliku JPG z podpisem i pieczęcią Podwykonawcy FERENC.

W sprawie o sygn. akt: KIO 2551/24 Izba włączyła do akt wniosek dowodowy ZABERD stanowiący umowę z dnia 31 października 2023 r., a w sprawie o sygn. akt: KIO

2747/24 wniosek dowodowy Zamawiającego w postaci wydruku właściwości pliku rnc_białystok_estetyka wyjaśnienia ZABERD.

Ponadto w sprawie o sygn. akt: KIO 2758/24 Izba włączyła wnioski dowodowe Odwołującego MPO-J złożone w toku rozprawy, tj.:

1. kalkulację specjalisty ds. kadr i płac dotyczącą stawki roboczogodziny;
2. opinię p. P.G. z dnia 30 lipca 2024 r.
3. kalkulację Odwołującego dotyczącą ręcznego i mechanicznego koszenia trawa i chwastów wraz grabieniem i utylizacją;
4. dokumentację fotograficzną (2 zdjęcia);
5. pismo GDDKiA z dnia 2 lipca 2024 r. wraz z załącznikiem.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania estetyki pasów drogowych i obiektów inżynierskich dróg krajowych na terenie Oddziału w Białymstoku w podziale na 6 części: Część I. Rejon w Augustowie, Część II. Rejon w Białymstoku, Część III. Rejon w Bielsku Podlaskim, Część IV. Rejon w Łomży, Część V. Rejon w Suwałkach, Część VI. Rejon w Zambrowie.

Zgodnie z pkt 6.5 IDW SWZ, Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań.

Zgodnie z punktem 8.2.2 IDW SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Nie dotyczy.

Projektowane Postanowienia Umowy [dalej „PPU”] stanowiły Tom II Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z § 13 ust. 2 PPU: Jeżeli w trakcie wykonywania umowy zajdzie potrzeba wykonania przedmiotu umowy przy udziale Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, Wykonawca nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania prac, przedłoży bezpośrednio Zamawiającemu nazwę, dane kontaktowe oraz przedstawicieli Podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację prac. „Umowa o podwykonawstwo” oznacza umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą a Podwykonawcą, a także

między Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą lub między dalszymi Podwykonawcami, na mocy której odpowiednio Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część określonych prac stanowiących przedmiot niniejszej Umowy.

Opis przedmiotu zamówienia stanowił Tom III Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z pkt 2.1.6.4 (str. 14 lit. a) Tomu III SWZ obejmującym Ogólne zasady wykonywania fizycznej ochrony osób i mienia:

a) Ochrona obiektów i mienia może być realizowana przez Wykonawcę posiadającego aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2142 z późn. zm.).

Termin składania ofert upłynął w dniu 26 kwietnia 2024 r. W zakresie części 2 zamówienia oferty złożyło 4 wykonawców:

1. USŁUGI KOMUNALNE „DUDA” T.D. z ceną 25 050 232,61 zł;
2. GARDEN-COM Sp. z o.o. z ceną 28 704 029,09 zł;
3. ZABERD Sp. z o.o. z ceną 21 666 308,81 zł;
4. „AJW WARDEX” Sp. z o.o. z ceną 23 610 100,02 zł.

W zakresie części 3 zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Usługowe „MPO – J” A.R.J. z ceną 29 382 600,85 zł;
2. GARDEN-COM Sp. z o.o. z ceną 30 728 758,72 zł;
3. ZABERD Sp. z o.o. z ceną 24 945 918,67 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek VAT w przypadku części 2 zamówienia wynosiła 40 203 816,76 zł, a w przypadku części 3 - 39 691 800,12 zł.

Pismem z dnia 17 maja 2024 r. Zamawiający działając w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i ust. 3 pkt 4) i 6) w zw. z ust. 4 ustawy Pzp w zakresie części 2 i 3 zamówienia wezwał wykonawcę ZABERD, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

- 1) 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 poz. 2207 t.j) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie:

- 1) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji całodobowe utrzymanie czystości w budynkach sanitariatów na MOP-ach?
- 2) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji konieczność całodobowej ochrony nieruchomości MOP?
- 3) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji konieczność utrzymania MOP-ów w okresie zimowym w tym odśnieżanie i likwidację śliskości nawierzchni dróg na terenie MOP i ciągów pieszych?
- 4) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji minimum 2 osobowy skład zespołu pracowników w brygadzie patrolowo-interwencyjnej?
- 5) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji posiadanie minimum 1 mobilnej przyczepy VMS?
- 6) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji koszt posiadania na drogach dwujezdniowych pojazdów bezpośrednio zabezpieczających pracowników wyposażonych w elementy energochłonne lub równoważne, zamontowane na nich lub doczepione jako przyczepki posiadające odpowiednią ocenę techniczną wystawioną w kraju producenta przez akredytowaną jednostkę badawczą uznaną w UE zgodnie z Zarządzeniem nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 26 lipca 2022 r.?
- 7) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji ilość brygad patrolowo-interwencyjnych gwarantujących realizację poleceń Zamawiającego w określonym przez Zamawiającego czasie reakcji?

- 8) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji konieczność zimowego utrzymania obiektów inżynierskich?
- 9) Czy Wykonawca ujął w kalkulacji konieczność zebrania i usunięcia skoszonej trawy w miejscowościach?

Pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. wykonawca ZABERD złożył stosowne wyjaśnienia ceny oferty w zakresie części 2 i 3 zamówienia wraz z dowodami. Załączone do wyjaśnień dowody zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 10 lipca 2024 r. za najkorzystniejszą w części 2 i 3 zamówienia Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ZABERD. W części 2 zamówienia na drugim miejscu rankingu uplasowała się oferta Wardex. Z kolei w części 3 zamówienia na drugim miejscu rankingu ofert znalazła się oferta MPO-J.

W dniu 23 lipca 2024 r. Zamawiający uznał za bezskutecznie zastrzeżone przez ZABERD jako tajemnica przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożone przy piśmie z dnia 5 czerwca 2024 r. i udostępnił je obu Odwołującym.

Izba zważyła, co następuje:

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionych odwołań należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- zgodnie z 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;

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

- zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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;

- zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- zgodnie z 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;

- zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2551/24

Na wstępie Izba wskazuje, iż wobec ustalenia, iż załączniki do wyjaśnień ceny oferty ZABERD złożone przy piśmie z dnia 5 czerwca 2024 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zostały udostępnione wykonawcy Wardex w dniu 23 lipca 2024 r., co Strony zgodnie potwierdziły w toku posiedzenia, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk określonego w punkcie 2. petitum odwołania, podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W niniejszej sprawie zarzucane przez Odwołującego

1 naruszenie przepisów ustawy Pzp zostało usunięte wobec przekazania Odwołującemu kompletu załączników złożonych przez ZABERD w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przestał tym samym istnieć substrat zaskarżenia, który legł u podstaw sformułowania zarzutu nr 2.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Za bezzasadny Izby uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

wnikającymi z pkt 2.1.6.4 (str. 14 lit. a) opisu przedmiotu zamówienia, tj. obowiązkiem posiadania przez ZABERD lub/i wskazanego przez ZABERD w wyjaśnieniach z dnia 5 czerwca 2024 r. podwykonawcę aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej przez ministra spraw wewnętrznych.

Odwołujący 1 w zakresie postawionego zarzutu stał na stanowisku, iż oferta ZABERD w części 2 zamówienia jest niezgodna z wymogiem określonym w pkt 2.1.6.4 opisu przedmiotu zamówienia, bowiem ani ZABERD ani jego podwykonawca Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o. z siedzibą w Długoborzu, którego wyceną i ofertą ZABERD posłużył się kalkulując cenę swojej oferty oraz wyjaśniając Zamawiającemu m.in. czy oferty ZABERD uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji, nie dysponują koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia. W konsekwencji takiego stanu rzeczy – w ocenie Odwołującego 1 – zobowiązanie ZABERD objęte ofertą nie odpowiadało zobowiązaniu określonymu w SWZ. Prezentowane stanowisko Odwołujący 1 oparł na treści wezwania Zamawiającego z dnia 17 maja 2024 r. skierowanego do wykonawcy ZABERD oraz udzielonych przez tego Wykonawcę wyjaśnieniach. Ponadto Odwołujący 1 wywodził zarzut z analizy danych zawartych w KRS wykonawcy ZABERD oraz podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o. wskazując, że przedmiot działalności obu spółek nie obejmuje usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej lub w formie zabezpieczenia technicznego (lub innych podobnych).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 1 uznając w konsekwencji, że czynność wyboru oferty ZABERD jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia nie naruszała zarzucanych przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego 1 po pierwsze zdaniem składu orzekającego wskazać należy, iż okolicznością bezsporną między Stronami było, że

Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie skonkretyzował warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Z dokumentów zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia, nie wynika, aby Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia na moment złożenia oferty. W punkcie 2.1.6.4 (str. 14 lit. a) Tomu III SWZ Zamawiający wskazał jedynie, że ochrona obiektów i mienia może być realizowana przez Wykonawcę posiadającego aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2142 z późn. zm.). Powyższe postanowienie specyfikacji jednoznacznie referuje do etapu realizacji zamówienia i wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, w świetle wiążących postanowień dokumentów zamówienia, brak było podstaw do legitymowania się przez ZABERD lub jego podwykonawcę, na etapie badania oferty, decyzją w przedmiocie udzielenia rzeczowej koncesji. Wykonawca ZABERD w złożonej ofercie oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania, a zatem zobowiązał się do zapewnienia ochrony obiektów i mienia przez podmiot posiadający koncesję. Na obecnym etapie postępowania żaden dokument powyższemu nie zaprzecza.

Po drugie, Izba wskazuje, iż argumentacja Odwołującego 1 nie znajduje uzasadnienia w treści wezwania Zamawiającego z dnia 17 maja 2024 r. skierowanego do ZABERD. Zauważyć należy, iż przedmiotowe wezwanie zostało skierowane w trybie art. 224 ust. 1 i n. ustawy Pzp, a jego celem było ustalenie, czy oferta ZABERD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający żądał od ZABERD wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponadto Zamawiający oczekiwał złożenia przez ZABERD wyjaśnień w zakresie dziewięciu pytań, w tym w ramach pytania nr 2, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie „Czy Wykonawca ujął w kalkulacji konieczność całodobowej ochrony nieruchomości MOP?”. Zdaniem składu orzekającego stanowisko Odwołującego 1 jakoby, w świetle pytania nr 2, na wykonawcy ZABERD albo jego podwykonawcy, spoczywał obowiązek przedstawienia decyzji w przedmiocie koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, było nietrafione. Z pytania nr 2 nie wynika oczekiwanie Zamawiającego co do złożenia wyjaśnień, czy ZABERD posiada koncesję w zakresie wymaganym opisem przedmiotu zamówienia, a tym bardziej przedmiotowe pytanie nie nakładało na ZABERD obowiązku jej złożenia wraz z wyjaśnieniami poziomu ceny. Dalej

podkreślenia wymaga, iż złożona wraz z wyjaśnieniami ceny oferta potencjalnego podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o. dotyczyła całego zakresu zamówienia obejmującego utrzymanie MOP-ów, a nie jedynie usług ich ochrony i miała na celu wykazanie rzetelności kalkulacji. Odwołujący 1 pomija, że zasadniczym celem procedury uruchamianej przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest wyjaśnienie poziomu ceny lub kosztu oferty lub ich istotnych części składowych. Tym samym dowody składane przez wykonawcę w ramach owej procedury mają na celu wykazanie, że oferta wykonawcy została prawidłowo skalkulowana. Oczywistym jest, że badanie ceny oferty pod kątem jej zaniżenia jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia, dlatego też nie budzi wątpliwości składu orzekającego wskazany na wstępie pisma z dnia 17 maja 2024 r. cel wezwania (m.in. ustalenie czy oferta ZABERD uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ). W dalszej jego części Zamawiający skonkretyzował elementy kalkulacyjne ceny oferty ZABERD wymagające wyjaśnień, w tym dotyczące m.in. objęcia wyceną całodobowej ochrony nieruchomości MOP. Wynikający z punktu 2.1.6.4 Tomu III SWZ wymóg świadczenia usług ochrony obiektów i mienia przez wykonawcę posiadającego aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia z całą pewnością nie był jednak w sferze zainteresowania Zamawiającego w ramach pytania nr 2. Uzupełniająco Izba wskazuje, iż bez znaczenia dla przedmiotu sporu były czynione przez Wardex odesłania do czynności Zamawiającego dokonanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wezwań kierowanych do ZABERD. Zadaniem Izby jest ocena okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, a nie porównywanie

intencji Zamawiającego wywodzonych przez wykonawców z czynności mających miejsce w różnych postępowaniach. Oddaleniu podlegał tym samym wniosek dowodowy nr 1 załączony przy piśmie Wardex z dnia 26 sierpnia 2024 r.

Po trzecie, skład orzekający stwierdził, iż w rozpoznawanej sprawie Odwołujący 1 pominął akcentowaną przez przeciwników procesowych kwestię dopuszczalności powierzenia przez ZABERD usług ochrony MOP-ów koncesjonowanej firmie ochroniarskiej, czy też możliwości powierzenia tych usług spółce Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o., która z kolei ich świadczenie zleciłaby dalszemu podwykonawcy. Odwołujący 1 nie przeczył stanowisku Zamawiającego oraz Przystępującego, iż powierzenie przez ZABERD usług ochrony MOP-ów podwykonawcy byłoby zgodne z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na informacyjny charakter treści dotyczących części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia w dokumentach zamówienia tej części usługi do osobistego wykonania przez wykonawcę (por. 6.5 IDW SWZ). Powyższe oznacza, że wskazany w ofercie ZABERD zakres podwykonawstwa może ulec zmianie. Decyzję o powierzeniu realizacji części zamówienia wykonawca może podjąć również w toku realizacji zamówienia. Co więcej, możliwość wprowadzenia podwykonawcy

na etapie realizacji umowy została przewidziana przez Zamawiającego w § 13 ust. 2 PPU. Odwołujący 1 nie podjął polemiki z kluczową, w okolicznościach sprawy, argumentacją Zamawiającego oraz ZABERD w ww. zakresie, a Izba nie znalazła podstaw do jej podważenia. Irrelevantna tym samym była podnoszona przez Odwołującego 1 kwestia, iż przedmiot działalności obu spółek według Polskiej Klasyfikacji Działalności nie obejmuje usług ochrony osób i mienia.

W wyniku dokonanych powyżej ustaleń Izba uznała, iż złożone przez Odwołującego 1 przy piśmie z dnia 26 sierpnia 2024 r. wnioski dowodowe nr 2 - 10 były nieprzydatne do rozpoznania istoty sporu, toteż podlegały oddaleniu.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy nie zasługiwał na uwzględnienie. Tym samym wniesione odwołanie podlegało oddaleniu, czemu Izba dała wyraz w punkcie 2. sentencji.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2747/24

W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, poczynionych ustaleń faktycznych oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ZABERD nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym ZABERD nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez ZABERD cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (w tym przede wszystkich związanych z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego).

W zakresie zagadnienia będącego przedmiotem sporu przypomnienia wymaga, iż z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

W tym miejscu należy poczynić generalną uwagę w zakresie kwestionowanych przez Wardex elementów składowych oferty ZABERD wskazując, że ocena składanych przez wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny determinowana jest przede wszystkim treścią wezwania zamawiającego i wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. Oczekiwania wykonawcy co do sposobu prezentacji przez konkurenta wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zakresu dowodzenia winny zostać skonfrontowane zasadniczo z treścią wezwania zamawiającego. Innymi słowy, to wezwanie skierowane do wykonawcy wyznacza granice oceny, czy wykonawca sprostą ciążącemu na nim obowiązкови wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zawsze bowiem można byłoby znaleźć taki aspekt wyjaśnień ceny rażąco niskiej, który w opinii danego wykonawcy, winien zostać lepiej wyjaśniony czy udowodniony.

Izba wskazuje, że w okolicznościach sprawy poza sporem było, że wobec oferty ZABERD została spełniona przesłanka wskazana w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem ceny oferty ZABERD w części 2 i 3 zamówienia są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wykonawca ZABERD został zatem wezwany w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) i ust. 3 pkt 4) i 6) w zw. z ust. 4 ustawy Pzp w zakresie części 2 i 3 zamówienia, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający żądał od ZABERD wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Jednocześnie Zamawiający sformułował 9 pytań, w których zwrócił się o wyjaśnienie przez ZABERD, czy Wykonawca ujął w kalkulacji koszty danego rodzaju. Pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. ZABERD złożył stosowne wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami, które nie budziły wątpliwości Zamawiającego.

Zdaniem Izby przedstawione przez wykonawcę ZABERD wyjaśnienia ceny oferty w części 2 zamówienia były adekwatne do treści wezwania, jakie skierował do Wykonawcy Zamawiający, a ich treść wraz z dowodami pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny, że cena zaoferowana przez ZABERD w zakresie kwestionowanym odwołaniem nie stanowiła ceny rażąco niskiej. Odwołujący Wardex nie przedstawił twierdzeń i dowodów, które mogłyby poddać w wątpliwość fakt, iż za zaoferowaną przez ZABERD cenę w części 2 zamówienia nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Przyjmując systematykę odwołania Izba wskazuje, iż po pierwsze, wykonawca Wardex kwestionował załączoną do wyjaśnień ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. ofertę podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o., która w ocenie Odwołującego 2, nie jest wystarczająca do wykazania, że oferta ZABERD została skalkulowana w sposób prawidłowy i uwzględniła wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący 2 twierdził, że ani ZABERD ani ww. podwykonawca nie dysponują koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydaną przez właściwego ministra, przez co nie sposób uznać, iż oferta podwykonawcy potwierdza, że „kalkulacja uwzględnia wszystkie aspekty utrzymania MOP-ów”. Według Wardex oferta podwykonawcy została przygotowana wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień poziomu ceny. Jednocześnie zdaniem Odwołującego 2 ZABERD nie posiada możliwości wprowadzenia do realizacji zamówienia podwykonawcy, który będzie w stanie zagwarantować Zamawiającemu należyłą realizację zamówienia, ani nie poprzedza swoich czynności związanych z kalkulowaniem ceny, jakimikolwiek analizami rynkowymi czy negocjacjami cenowymi. W powyższym aspekcie Wardex przedstawił również argumentację na s. 52 odwołania (według systematyki odwołania „po piąte”), której treść była zasadniczo zbieżna z wcześniejszym stanowiskiem.

Odnosząc się do powyższego wątku skład orzekający stwierdził, iż Wardex nie podważył w sposób merytoryczny oferty podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o., a jedynie od strony formalnej próbował zakwestionować jej wiarygodność. Wskazać należy, iż wykonawcy posiadają swobodę w doborze dowodów składanych wraz z wyjaśnieniami poziomu ceny, tym samym inicjatywa co do rodzaju składanych dowodów leży w gestii wykonawcy. Przystępujący ZABERD w rozpoznawanej sprawie za najbardziej adekwatny uznał dowód m.in. w postaci oferty podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o., a Odwołujący 2 nie podważył jej wiarygodności, ani rynkowego charakteru wyceny dokonanej przez partnera biznesowego ZABERD. Wskazać należy, iż co do zasady oferty podwykonawcze składane przez wykonawców celem wykazania prawidłowości kalkulacji cenowej należy uznać za wiarygodne, zwłaszcza w sytuacji gdy dane podmioty współpracują ze sobą przy realizacji analogicznych zamówień publicznych, co też ma miejsce w okolicznościach sprawy. Wiarygodności oferty podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o. nie podważa okoliczność, że ww. podmiot nie dysponuje aktualną koncesją na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydaną przez właściwego ministra. Zdaniem Izby Odwołujący Wardex z faktu złożenia przez ZABERD w ramach procedury rażąco niskiej ceny oferty ww. podwykonawcy wyciągnął zbyt dalekie wnioski. Po pierwsze, podnieść należy, że oferta ww. podwykonawcy została złożona jako jeden z dowodów wskazujących na to, iż ZABERD jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną przez siebie cenę. Po drugie, rzeczona oferta

obejmowała swoim zakresem cały zakresu zamówienia dotyczący utrzymania MOP-ów, a z wyjaśnień ZABERD nie wynika, że ww. podwykonawcy zamierza powierzyć usługi ochrony MOP-ów. Po trzecie, Odwołujący Wardex pomija prawną możliwość powierzenia przez ZABERD usług ochrony MOP-ów koncesjonowanej firmie ochroniarskiej, czy też powierzenia tych usług spółce Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o., która z kolei ich świadczenie uprawniona byłaby zlecić dalszemu podwykonawcy. W powyższym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 2551/24 i niezasadne jest jej powielanie. Wiarygodności oferty podwykonawcy Usługi Kamieniarsko – Budowlane F. Sp. z o.o. nie podważa również okoliczność, iż dokument zawierający ofertę ww. podwykonawcy został utworzony w dniu 4 czerwca 2024 r., a zatem dzień przed upływem terminem złożenia wyjaśnień. Nie budzi wątpliwości Izby okoliczność, że wykonawcy posiadają pewne wypracowane, długotrwałe relacje handlowe z podwykonawcami, na podstawie których są w stanie ustalić przewidywany poziom kosztów kalkulując cenę oferty. Nie zawsze te ustalenia przyjmują sformalizowaną postać przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący 2 próbował również zakwestionować ofertę ww. podwykonawcy z tej przyczyny, iż jak wskazał w odwołaniu „autorem tego pliku nie był ww. podwykonawca (lub jego przedstawiciel), a Pan R.P., który z kolei w ZABERD zajmuje stanowisko Dyrektora Handlowego Regionu Południowo – Wschodniego.” Nie zostało jednak podważone przez Wardex stanowisko przeciwników procesowych, poparte dowodem Zamawiającego, wskazujące, iż samo zapisanie pliku otrzymanego od nadawcy powoduje, iż plik na twardym dysku został utworzony w dacie zapisania, a osoba która go zapisała to osoba wpisana w systemie danego komputera jako użytkownik. Tym samym informacje zawarte we właściwościach pliku zawierającego ofertę podwykonawcy nie stanowią dowodu na okoliczność, iż została ona przygotowana przez pracownika ZABERD. Ponadto argumentacja Wardex zawarta w piśmie z dnia 26 sierpnia 2024 r. na s. 37 jakoby plik JPG z podpisem i pieczęcią podwykonawcy F. powstał ponad 2 godziny po stworzeniu pliku przez p. R.P. nie została ujęta w odwołaniu, toteż musiała zostać przez Izbę pominięta. Jednocześnie za gołosłowną i opartą na przypuszczeniu Izba uznała argumentację Wardex jakoby ZABERD nie poprzedzał czynności związanych z kalkulacją ceny oferty analizami rynkowymi czy negocjacjami. Izba nadto zważyła, iż bez znaczenia dla osi sporu był przywołany przez Wardex wyrok KIO z dnia 22 maja 2024 r. sygn. akt: KIO 1496/24, wydany w innym stanie faktycznym, niemającym żadnego przełożenia na okoliczności niniejszej sprawy.

Po drugie i trzecie wykonawca Wardex wskazał, iż ZABERD w swojej ofercie wadliwie skalkulował cenę jednostkową za kompleksowe utrzymanie MOP-ów oraz za brygadę patrolowo – interwencyjną. Wardex przedstawił w odwołaniu obszerne kalkulacje referujące do wyliczeń i założeń ZABERD, w szczególności załącznika nr 1 obejmującego m.in. Tabelę

stawki roboczegodziny z narzutami, załącznika nr 7 pn. Uproszczona tabela kosztów MOP, załącznika nr 8 pn. Kalkulacja MOP robocizna, załącznika nr 14 pn. Uproszczona tabela kosztów Patrol oraz załącznika nr 15 pn. Kalkulacja

brygada robocizna. Dokonując analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ZABERD pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. Odwołujący 2 wskazał w pierwszym rzędzie, że ZABERD w załączniku nr 1 do wyjaśnień wadliwie przyjął do obliczeń 168 h, bowiem winien przyjąć 167,34 h. Dostrzeżony przez Wardex błąd powodował dalsze konsekwencje rachunkowe w kalkulacji ZABERD, z których Odwołujący 2 wywodził negatywne dla Przystępującego skutki prawne. Następnie Wardex wskazał błąd w kalkulacji ZABERD polegający na nieuwzględnieniu w kosztach bezpośrednich robocizny (R) kosztów składek ZUS przedstawiając dwa warianty obliczeń. Zdaniem Wardex ceny zaoferowane przez ZABERD za utrzymanie MOP oraz brygadę -patrolową interwencyjną w Rejonie Białostok są rażąco niskie, nie zawierają wszystkich kosztów i nie uwzględniają wszystkich wymagań zawartych w SWZ w szczególności w zakresie zgodności z przepisami prawa pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Po czwarte Wardex wskazał, iż ZABERD przyjął za niską (28,50 zł), względem minimalnej, stawkę rbh w kalkulacji ZUD obiekty i koszenia z grabieniem (winno być 31,40 zł bez urlopów). W ww. kalkulacjach ZABERD przyjął ten sam mechanizm kosztów pośrednich jak dla MOP-ów i Patroli.

Odnosząc się do kwestii przyjęcia przez ZABERD wadliwej średniomiesięcznej liczby godzin wskazać należy, iż Wardex nie umotywował szerzej swojego stanowiska. W szczególności nie zostało wyjaśnione dlaczego zdaniem Odwołującego 2, przyjęta przez ZABERD do obliczeń liczba 168 h (zamiast 167,34 h wg Wardex) była nieprawidłowa. Wskazać należy, iż dla całego przedmiotu zamówienia ZABERD przyjął uśrednioną stawkę godzinową, obliczoną na podstawie własnych założeń. Tabela, na którą powołał się Odwołujący 2 dotyczyła średniej miesięcznej liczby godzin czasu pracy osoby zatrudnionej na pełen etat w roku 2024, która wynosiła 167,34 h. Z kolei jako podstawę obliczenia roboczogodziny od 1 lipca 2024 r. ZABERD przyjął 168 h. Nie budzi wątpliwości iżby stanowisko ZABERD wyrażone w piśmie z dnia 26 sierpnia 2024 r., iż „pracownicy pracują w systemie godzinowym (nie minutowym, czy sekundowym) np. 8 godzinnym i stąd zaokrąglenie i przyjęcie 168 godzin, co zresztą jest powszechnie przyjęte (...)”. Ewentualnych nieprawidłowości w działaniu ZABERD można byłoby upatrywać, gdyby Wykonawca przyjął do obliczeń znacząco zaniżoną czy zawyżoną liczbę roboczogodzin, a nie w przypadku ujęcia w kalkulacji 168 h. Bez znaczenia dla istoty sporu była tym samym dalsza argumentacja Wardex stanowiąca konsekwencje rachunkowe dostrzeżonego przez Wykonawcę „błędu” polegającego na przyjęciu wadliwej liczby godzin pracy w ciągu miesiąca.

Nie zasługiwała na aprobatę zdaniem składu orzekającego także argumentacja Odwołującego 2 dotycząca błędu w kalkulacji ZABERD polegającego na nieuwzględnieniu w kosztach bezpośrednich robocizny kosztów składek ZUS. Bezspornie w wyjaśnieniach z dnia 5 czerwca 2024 r. wykonawca ZABERD odnośnie stawki roboczogodziny wskazał m.in., że „Ustalona podstawowa stawka Roboczogodziny w niniejszej kalkulacji to 28 złotych i 50 groszy. Stawka ta nie obejmuje pełnych opłat, które pracodawca winien ponieść w związku z funkcjonowaniem kontraktu (np. opłaty ZUS jakie winien ponieść pracodawca, praca w godzinach nocnych i inne) dlatego też Wykonawca założył dodatkowe koszty pośrednie w wysokości 20% od robocizny to jest 5 złotych 70 groszy, które pokrywają pozostałe niezbędne wydatki związane z kosztami pracy. Kwota ta jest wystarczająca do pokrycia kosztów albowiem średnia wartość roboczogodziny (roboczogodzina wraz z pracą nocną oraz wartością roboczogodziny bez pracy nocnej) to 32,31 zł. Dodatkowo Wykonawca założył 5% kosztów pośrednich związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa (od robocizny i sprzętu), które w sposób dodatkowy zabezpieczają ewentualne nieprzewidziane ryzyka.” Z powyższego wynika, iż ZABERD przyjął właściwe wykonawcy założenia dotyczące kalkulacji stawki roboczogodziny, w tym część kosztów robocizny ujął w kosztach pośrednich (stawka roboczogodzina powiększona o koszty pośrednie (20%) została oszacowana na kwotę 34,20 zł i była wyższa niż zawarta w załączniku nr 1 do wyjaśnień, gdzie uśredniona stawka godzinowa dla całego przedmiotu zamówienia została obliczona na kwotę 33,60 zł). Jednocześnie ZABERD przewidział dodatkowe zabezpieczenie na ewentualne nieprzewidziane ryzyka. Podjętą przez Odwołującego 2 próbę narzucenia sposobu kalkulacji ceny oferty Izba uznała za nieuzasadnioną. Zauważyć należy, iż prezentowany przez Odwołującego 2 sposób kalkulacji ceny oferty nie wynika z dokumentów zamówienia. Zamawiający nie wymagał od wykonawców kalkulacji ceny oferty w oparciu o normy i zasady wynikające z KNR. Okoliczność, iż Wardex kalkuluje cenę oferty według zasad kosztorysowania dla robót budowlanych nie oznacza, że tożsamą metodykę winien przyjąć ZABERD. Każdy wykonawca kalkuluje bowiem cenę oferty w oparciu o własne założenia, z uwzględnieniem własnych doświadczeń, specyfiki rynku, dostępności materiałów, podwykonawców oraz szeregu czynników, które nie muszą znaleźć zastosowania w przypadku innych wykonawców.

Ponadto gdyby nawet hipotetycznie uznać, iż kalkulacja ZABERD została obarczona drobnymi omyłkami czy błędami kalkulacyjnymi (których w ocenie Izby Odwołujący 2 w niniejszej sprawie nie wykazał), niewpływającymi na ogólny odbiór wyjaśnień, to powyższe nie powinno stanowić podstawy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Za wyrokiem KIO z dnia 7 lutego 2024 r. sygn. akt: KIO 146/24 wskazać należy, iż „Przepisy dotyczące ceny rażąco niskiej nie służą temu by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś brakami, a temu by chronić zamawiających

i interes publiczny przed narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty. Dlatego też zdaniem Izby instytucja zamawiająca, która zidentyfikuje nieścisłości w wyjaśnieniach powinna w pierwszej kolejności ocenić czy wpływają one na ogólny ich odbiór, tj. czy powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w dostatecznym stopniu. Jeśli faktycznie charakter błędów jest na tyle istotny, że poddaje w wątpliwość całość złożonych wyjaśnień, sankcja odrzucenia oferty jest uzasadniona.” Powyższe tym bardziej nabiera istotnego znaczenia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, co z kolei akcentował Zamawiający. W niniejszej sprawie kwestionowane przez Odwołującego 2 pozycje kosztorysowe, tj. dotyczące utrzymania MOP-ów oraz brygady patrolowo – interwencyjnej zostały ukształtowane jako pozycje ryczałtowe, a dokonana przez Wykonawców ich wycena była na zbliżonym poziomie (por. odpowiedź na odwołanie s. 9). Wskazać należy, iż w przypadku ceny ryczałtowej wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jest niezmienna. Co więcej, sama struktura elementów ceny nie ma zasadniczego znaczenia, bowiem wykonawca zobowiązany będzie wykonać zamówienie za umówioną cenę i co do zasady nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia. Oczywiście jest, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie

stanowi przeszkody badania oferty danego wykonawcy pod kątem jej zaniżenia. Niemniej jednak istotne jest, czy za zaoferowaną przez wykonawcę cenę możliwe będzie należyte wykonanie przedmiotu świadczenia. W rozpoznawanej sprawie argumentacja Odwołującego 2 nie doprowadziła łączy do przekonania, iż nie będzie to możliwe.

Jednocześnie Izba zważyła, iż jakkolwiek Odwołujący 2 przedstawił w odwołaniu liczne kalkulacje, to jednak nie zostało wykazane jaki był – zdaniem Wardex – faktyczny poziom zaniżenia ceny oferty ZABERD w części 2 zamówienia. Nie sposób również nie zauważyć, że Odwołujący 2 nie odniósł się do podnoszonej przez Zamawiającego kwestii, czy cena oferty ZABERD jako całość mogłaby zostać uznana za cenę rynkową, czy też nie. Odwołujący 2 mimo, że argumentował w odwołaniu, iż o cenie rażąco niskiej można mówić w sytuacji, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne, to jednak powyższej okoliczności nie wykazał. Odwołujący 2 pominął przy tym, iż cena jego oferty (23 610 100,02 zł) nieznacznie odbiegała od ceny oferty ZABERD (21 666 308,81 zł). Jednocześnie oferta ZABERD wynosiła 88% średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części 2 zamówienia, co stanowi wiarygodny miernik rynkowego charakteru oferty Wykonawcy.

Po szóste Wardex podniósł, iż ZABERD udzielił lakonicznych wyjaśnień, mało konkretnych lub nie wyjaśnił w ogóle zagadnień poruszonych przez Zamawiającego. W szczególności twierdził, iż ZABERD nie udzielił wyjaśnień w zakresie pytania nr 3, 7, 8.

Ponadto wskazał, iż z załączników nr 2 – 6 do wyjaśnień ZABERD z dnia 5 czerwca 2024 r. wynika, iż średni rabat ZABERD na paliwo to 4,2%, podczas gdy w swoich wyjaśnieniach ZABERD powołuje się i przyjmuje wyższy rabat, tj. w wysokości 4,5%.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż twierdzenia Wardex w zakresie w jakim referują do wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. są spóźnione. Odwołujący 2 dysponował treścią wyjaśnień ceny ZABERD niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, którym nastąpił w dniu 10 lipca 2024 r., mógł zatem w odwołaniu z dnia 22 lipca 2024 r. rozpoznanym pod sygn. akt: KIO 2551/24 podnieść zarzuty w zakresie w jakim czyni to obecnie. Okolicznością nową, nieznaną Wardex na moment wyboru oferty najkorzystniejszej była wyłącznie treść załączników do wyjaśnień ceny ZABERD, które zostały udostępnione Wykonawcy w dniu 23 lipca 2024 r. Tym samym w ramach odwołania z dnia 2 sierpnia 2024 r. Wardex uprawniony był kwestionować czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez ZABERD załączników do wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż twierdzenia Wardex jakoby ZABERD nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień na pytania nr 3, 7 i 8 nie znajdują potwierdzenia w piśmie z dnia 5 czerwca 2024 r. W ocenie łączy oczekiwania Odwołującego 2 co do sposobu wyjaśnienia kwestii, czy ZABERD ujął w kalkulacji: - konieczność utrzymania MOP-ów w okresie zimowym w tym odśnieżanie i likwidację śliskości nawierzchni dróg na terenie MOP i ciągów pieszych (pyt. nr 3), ilość brygad patrolowo-interwencyjnych gwarantujących realizację poleceń Zamawiającego w określonym przez Zamawiającego czasie reakcji (pyt. Nr 7) oraz konieczność zimowego utrzymania obiektów inżynierskich (pyt. nr 8) są wyższe nie wymagał tego sam Zamawiający w skierowanym do Przystępującego wezwaniu. Wskazać należy, iż pytania Zamawiającego miały charakter zamknięty i w istocie wymagały od wykonawcy potwierdzenia ujęcia w kalkulacji danego rodzaju kosztu, czy to w sposób opisowy, czy w formie kalkulacji. Wykonawca ZABERD udzielił Zamawiającemu adekwatnych wyjaśnień, które nie budziły jego wątpliwości, w tym nie uzasadniały kontynuowania procedury badania ceny oferty. Co do kwestii rabatu na paliwo wskazać należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 5 czerwca 2024 r. ZABERD podał, iż „Wykonawca posiada stały dostęp paliwa ze znacznymi upustami, co przekłada się na zakup paliwa poniżej ceny hurtowej ogłaszanej przez Orlen Paliwa oficjalnie na swojej stronie. Zakup ten oscyluje w granicach 4-5% poniżej ceny hurtowej.” Nietrafione jest zatem stanowisko Wardex, iż w wyjaśnieniach ZABERD powołuje się na wyższy rabat (4,5%) niż wynikający z załączników nr 2-6.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że Wardex nie podważył wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD, w tym szczegółowych kalkulacji

oraz złożonych dowodów, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy z uwagi na rażące zaniżenie elementów składowych przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 229 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZABERD w postępowaniu, podczas gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Powyższy zarzut oparty został na tożsamy okolicznościach faktycznych co zarzut dotyczący ceny rażąco niskiej, który został szeroko omówiony powyżej i z tych względów niezasadne jest powielanie argumentacji. Izba stwierdziła tym samym, że w przedmiotowej sprawie czynność wyboru oferty ZABERD w części 2 zamówienia nie naruszała zarzucanych przez Odwołującego 2 przepisów ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2758/24

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów wyznaczonych treścią odwołania, doprowadziły łączy do przekonania o bezzasadności wniesionego środka ochrony prawnej.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia w części 3 zamówienia oferty ZABERD.

W ocenie łączy w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadnione jest przedstawienie uwag natury ogólnej dotyczących konstrukcji zarzutów odwołania. Izba wskazuje, iż odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Wniesiony środek ochrony prawnej powinien konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań,

wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. W szczególności odwołanie zawierające zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty konkurenta z powodu rażąco niskiej ceny powinno jednoznacznie precyzować przedmiot zaskarżenia, w tym referować do złożonych wyjaśnień, dowodów czy kalkulacji. Tymczasem kompleksowa lektura wniesionego odwołania doprowadziła Izbę do wniosku, że stanowisko Odwołującego 3 w zakresie podniesionego zarzutu w dużej mierze sprowadzało się do lakonicznych twierdzeń uniemożliwiających merytoryczną polemikę.

W istocie z wniesionego odwołania nie wynika nawet, które konkretnie pozycje kosztorysu ofertowego ZABERD w zakresie części 3 zamówienia zostały zaniżone oraz jaki jest realny poziom zaniżenia ceny oferty ZABERD w tej części. Powyższe jest tym bardziej istotne, że MPO-J mając dostęp do pełnej treści wyjaśnień poziomu ceny oraz dowodów złożonych przez ZABERD nie zadał sobie trudu by wskazać, które konkretnie kalkulacje czy dowody kwestionuje oraz z jakich przyczyn. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący MPO-J podjął merytoryczną próbę zakwestionowania złożonych przez ZABERD załączników do wyjaśnień ceny dotyczących wysokości stawki roboczogodziny oraz kalkulacji skoszonej trawy, składając wnioski dowodowe na okoliczność błędnych założeń kalkulacyjnych ZABERD, co należy uznać za działanie spóźnione (arg. z art. 555 ustawy Pzp). Argumentacja Odwołującego 3 uzupełniona dopiero na etapie postępowania odwoławczego musiała zostać przez Izbę pominięta.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego MPO-J zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje, co następuje.

Odwołujący 3 wskazał w odwołaniu, iż „do wyjaśnień ceny rażąco niskiej ZABERD nie przedłożył wszystkich wymaganych przez Zamawiającego wycień i dowodów” (pkt 2.5 odwołania), co zdaniem Wykonawcy było wystarczające do odrzucenia oferty ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nadto w punkcie 2.22 odwołania Odwołujący 3 stwierdził „również wycięcia przedstawione przez ZABERD w treści wyjaśnień nie są realne lub zostały przedstawione w sposób nieprawidłowy”. Stanowisko Odwołującego 3 było hasłowe. Wykonawca nie wyjaśnił, w zakresie których zagadnień objętych wezwaniem Zamawiającego z dnia 17 maja 2024 r. ZABERD nie przedstawił stosownych wycień. Z treści odwołania nie sposób również wywieść, które kalkulacje przedstawione przez ZABERD nie są realne lub zostały przedstawione w sposób nieprawidłowy (poza kwestionowaną stawką roboczogodziny oraz kalkulacją dotyczącą skoszonej trawy, które zostaną omówione poniżej).

Dalej w pkt. 2.7 odwołania Odwołujący 3 podniósł, że „wykonawca ZABERD składając wyjaśnienia dołącza do nich ogólne dowody, a twierdzenia zawarte w tych wyjaśnieniach są ewidentnie gołosłowne lub wskazują realizację zamówienia niezgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia”. Nie zostało jednak przez Odwołującego 3 wyjaśnione, które dowody złożone przez ZABERD - w ocenie Wykonawcy - cechowały się ogólnością oraz z jakich przyczyn.

Kolejno Odwołujący 3 wskazywał na braki dowodowe w zakresie kosztów pracy (pkt 2.9). Jednocześnie w pkt. 2.11 i 2.13 odwołania Odwołujący 3 odwołał się do wyjaśnień treści ZABERD z dnia 5 czerwca 2024 r. i wskazał, że wynika z nich, że ZABERD przyznał się, iż wskazana stawka roboczogodziny jest zaniżona (28,50 zł) i nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów pracowniczych, skoro w wyjaśnieniach Wykonawca wprost wskazuje, że

średnia wartość roboczogodziny wystarczająca do pokrycia kosztów to 32,31 zł. Odwołujący 3 dostrzegł nadto, że ZABERD przyznał się do „ukrycia” pewnych kosztów w innych elementach cenotwórczych oraz przenoszenia kosztów między pozycjami (pkt 2.12). Kwestionował również stały charakter wynagrodzenia wszystkich osób wyznaczonych przez ZABERD do realizacji zamówienia (pkt 2.15). W końcowej części odwołania MPO-J wskazał natomiast, iż „ZABERD zaniechał również skalkulowania elementów kosztotwórczych w zakresie wynagrodzenia osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – nie wskazał bowiem, że skalkulowane zostały koszty urlopów czy zwolnień lekarskich. Zgodnie z przepisami działanie w tym zakresie spowodowałoby, że cena ZABERD winna być wyższa o kilkaset złotych (tylko dla jednej osoby), tylko z samego tego powodu. Nie można pominąć również kosztów szkolenia BHP, badań z zakresu medycyny pracy czy kosztów ubrań dla pracowników, a także prania tych ubrań czy ich dezynfekcji.” (pkt 2.23).

Odnosząc się do powyższego wątku Izba wskazuje, iż twierdzenia MPO-J w zakresie referującym do części opisowej wyjaśnień ceny oferty ZABERD z dnia 5 czerwca 2024 r. są spóźnione. Odwołujący 3 dysponował wyjaśnieniami poziomu ceny ZABERD po wyborze oferty najkorzystniejszej mającym miejsce w dniu 10 lipca 2024 r., toteż w odwołaniu z dnia 12 lipca 2024 r. rozpoznanym pod sygn. akt: KIO 2454/24 mógł sformułować zarzuty w zakresie w jakim podnosi je obecnie. Okolicznością nową, nieznaną Odwołującemu 3 na moment wyboru oferty najkorzystniejszej była wyłącznie treść załączników do wyjaśnień ceny ZABERD, które zostały udostępnione MPO-J w dniu 23 lipca 2024 r. Co przy tym istotne, z lektury wniesionego odwołania nie wynika, aby Odwołujący 3 wprost podważał założenia kalkulacyjne zawarte w załączniku nr 1 do wyjaśnień ZABERD stanowiącym kalkulację stawki roboczogodziny. Próbę ich podważenia Odwołujący 3 podjął dopiero w toku rozprawy przed Izbą, podpierając prezentowaną argumentację opinią specjalisty ds. kadr i płac z dnia 26 sierpnia 2024 r., co jest działaniem nieuprawnionym.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący 3 wybiórczo czyta wyjaśnienia ZABERD, wyciągając w konsekwencji błędne i pobieżne wnioski. Odwołujący 3 pomija, że z pisma z dnia 5 czerwca 2024 r. wynika, iż do stawki 28,50 zł wykonawca ZABERD doliczył koszty pośrednie w wysokości 20% od robocizny to jest 5 złotych 70 groszy, które pokrywają pozostałe niezbędne wydatki związane z kosztami pracy. Ponadto ZABERD założył 5% kosztów pośrednich związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa (od robocizny i sprzętu), które w sposób dodatkowy zabezpieczają

ewentualne nieprzewidziane ryzyka. Nieuprawnione są tym samym twierdzenia Odwołującego 3 jakoby ZABERD przyznał się do zaniżenia stawki roboczogodziny. Za gołosłowne i lakoniczne należało również uznać twierdzenia MPO-J co do „ukrycia” przez ZABERD pewnych kosztów w innych elementach cenotwórczych oraz ich przenoszenia między pozycjami. Nie jest Izbie wiadome, ponieważ Odwołujący 3 tego nie wyjaśnił, jakie „pewne koszty” miał na względzie

Wykonawca oraz w zakresie których pozycji doszło do ich przeniesienia. Umknęło również Odwołującemu 3, że w załączniku nr 1 do wyjaśnień ZABERD uwzględnił dodatkowe elementy cenotwórcze w zakresie wynagrodzenia osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, tj. ew. urlop, nadgodziny, L-4, tym samym argumentacja jakoby ZABERD nie skalkulował ww. kosztów jest nietrafiona. Co do kwestii stałego poziomu wynagrodzenia osób dedykowanych do wykonania zamówienia wskazać należy, iż Zamawiający przewidział w § 5 PPU procedurę waloryzacji wynagrodzenia, w tym m.in. w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W świetle powyższych okoliczności Izba nie znalazła podstaw do podważenia stawki roboczogodziny przyjętej przez ZABERD w ramach kalkulacji ceny oferty. W szczególności nie zostało wykazane, iż przyjęta przez ZABERD stawka roboczogodziny narusza przepisy ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący 3 stawiając zarzut w tym zakresie nie podjął nawet próby wskazania jaki poziom roboczogodziny w realiach niniejszego zamówienia byłby prawidłowy. Z kolei samą okoliczność braku udowodnienia przez ZABERD, iż wykonawca posiada już zawarte umowy pozwalające na zapewnienie kosztów wynagrodzenia pracowników na przyjętym poziomie Izba uznała za niewystarczającą do uwzględnienia zarzutu, skoro nie zostało wykazane, iż poziom wynagrodzenia pracowników narusza przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący 3 wskazywał następnie na dalsze braki dowodowe w wyjaśnieniach ZABERD w zakresie kosztu zakupu i amortyzacji nowej mobilnej przyczepy typu VMS (pkt 2.17.1) oraz nowej przyczepy energochłonnej (pkt 2.17.2). Odwołujący 3 oczekiwałby od wykonawcy ZABERD udowodnienia, na podstawie jakich informacji i danych ZABERD zaoferował stosowne kwoty za powyższe składniki cenotwórcze. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż wykonawca ZABERD w zakresie przyczepy typu VMS oraz przyczepy energochłonnej złożył adekwatne wyjaśnienia do pytań nr 5 i 6 zawartych w wezwaniu z dnia 5 czerwca 2024 r. Wyjaśnienia ZABERD potwierdzają, że w kalkulacji ujęto koszty posiadania 1 mobilnej przyczepy VMS oraz pojazdów bezpośrednio zabezpieczających pracowników doposażonych w elementy energochłonne lub równoważne, zamontowane na nich lub doczepione jako przyczepki (...). W zakresie przyczepy VMS ZABERD wyjaśnił, iż koszt miesięczny przyczepy został proporcjonalnie rozliczony w kosztach pośrednich usług – danego miesiąca, wliczony do każdej pozycji w przedmiarze. Niezależnie od powyższego Wykonawca wyjaśnił, że posiada szereg przyczep typu VMS całkowicie lub częściowo zamortyzowanych co pozwala mu na dodatkowe obniżenie kosztów. Podobnie w przypadku przyczepy energochłonnej ZABERD wyjaśnił, że koszt w tym zakresie został proporcjonalnie rozliczony w kosztach pośrednich usług – danego

miesiąca, wliczony do każdej pozycji w przedmiarze. Ponadto ZABERD złożył przykładową kalkulację amortyzacji przyczep, która nie została przez Odwołującego 3 zakwestionowana. Z kolei przywołane przez Odwołującego 3 w treści odwołania linki do stron internetowych zawierające oferty sprzedaży nowej mobilnej naczepy typu VMS oraz używanej przyczepy energochłonnej nie zostały przez Izbę wzięte pod uwagę. Jak wskazał w wyroku z dnia 14 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt. III FSK 3121/21 Naczelny Sąd Administracyjny „strona internetowa, jako nośnik informacji podlegający zmianom w czasie, nie spełnia przesłanek umożliwiających uznanie jej za dokument. Dowód taki byłby dopuszczalny, gdyby treść strony internetowej na określoną datę została ustalona w sposób wiarygodny, np. przez wydrukowanie treści strony internetowej (jej zrzutu ekranowego).” Odwołujący 3 nie przedstawił do akt sprawy wydruku z treści stron internetowych wskazanych w odwołaniu, zatem okoliczności, na które zostały one przywołane Izba uznała za nieudowodnione.

Odwołujący 3 w pkt. 2.18 odwołania zakwestionował także założenia ZABERD dotyczące wywożenia skoszonej trawy do składowiska w Pile, które znajduje się kilkaset kilometrów (ok. 550 km w jedną stronę) od miejsca świadczenia usługi oraz przyjętej wagi skoszonej trawy stwierdzając, iż wyjaśnienia ZABERD zawierają zaniżone wartości, co przekłada się na znaczące zaniżenie ceny oferty. Stanowisko Odwołującego 3 również w tym aspekcie jawi się jako szczątkowe. Odwołujący 3 poza tym, że wskazał, iż ZABERD przyjął znacząco zaniżone wartości dotyczące wagi skoszonej trawy oraz kosztów jej transportu, to nie podał jakie założenia byłyby prawidłowe oraz w jaki sposób przekładałyby się na kalkulację ceny oferty ZABERD. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący 3 przedstawił wnioski dowodowe w postaci ekspertyzy p. P.G. z dnia 30 lipca 2024 r. oraz analizy własnej obejmującej prawidłowe założenia według odtajnionych wyjaśnień zawierające konkretne dane i wyliczenia zmierzające do podważenia prawidłowości kalkulacji ZABERD zawartej w załączniku nr 19 do wyjaśnień, co należało uznać za działanie spóźnione (arg. z art. 555 ustawy Pzp). Oddaleniu podlegały również wnioski dowodowe Odwołującego 3 w postaci dokumentacji fotograficznej złożone na okoliczność zaniżenia przez ZABERD ilości skoszonej trawy. Nie sposób zdaniem składu orzekającego uznać, iż dowód ten potwierdza tezę dowodową na jaką został złożony.

Na końcu Izba wskazuje, iż złożony przez MPO-J wniosek dowodowy w postaci pisma GDDKiA z dnia 2 lipca 2024 r. wraz z załącznikiem był nieprzydatny do rozpoznania istoty sprawy. Złożony dowód nie potwierdza, że cena ZABERD w części 3 zamówienia nie została skalkulowana prawidłowo. Co więcej, przedmiotem sporu nie była ocena rzetelności wykonawcy ZABERD pod kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia dotyczących nienależytego wykonania umowy.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że Odwołujący

MPO-J nie podważył wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. w zakresie części 3 zamówienia, w tym szczegółowych kalkulacji oraz złożonych dowodów, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy z uwagi na rażące zaniżenie ceny oferty.

Oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD.

Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego 3 jakoby w rozpoznawanej sprawie zachodziła przesłanka odrzucenia oferty ZABERD określona art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty ZABERD z powodu rażąco niskiej ceny, ma hasłowy charakter, pozbawiony jakiejkolwiek merytorycznej argumentacji umożliwiającej rzeczową polemikę. Co więcej, niniejszy zarzut jest do tego stopnia ogólny, że w istocie nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie, czy postawiony zarzut Odwołujący 3 wywodził z udostępnionych Wykonawcy w dniu 23 lipca 2024 r. załączników do wyjaśnień ceny oferty ZABERD, czy też z treści wyjaśnień poziomu ceny z dnia 5 czerwca 2024 r. udostępnionych MPO-J niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący 3 ograniczył się w istocie do twierdzenia, że w treści złożonych wyjaśnień dotyczących ceny ZABERD wskazał na 1) zaoferowanie ceny za roboczogodzinę świadczenia usługi poniżej kosztów, 2) dokonanie manipulacji (inżynierii) cenowej w celu zaniżenia części kosztów. Odwołujący 3 nie wyjaśnił jednak na czym miała polegać manipulacja cenowa wykonawcy ZABERD oraz jakimi ewentualnie kosztami ZABERD manipuluje. Nie został również omówiony wpływ owej manipulacji na interesy innych wykonawców czy wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie nie została podważona stawka roboczogodziny świadczenia usługi przyjęta przez ZABERD do kalkulacji ceny z przyczyn omówionych powyżej, zatem w okolicznościach sprawy nie sposób mówić o świadczeniu usług objętych zamówieniem poniżej kosztów.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie mógł zostać uznany za zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2551/24, KIO 2747/24 oraz KIO 2758/24 Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 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). Wobec powyższego Izba zasądziła od Wardex (KIO 2551/24, KIO 2747/24) oraz MPO-J (KIO 2758/24) na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: