Sygn. akt: KIO 2256/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu28 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Usług Handlu i Ochrony DES-SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Płocku oraz Agencja Detektywistyczna i Ochrony „JOKER" sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Płocku z siedzibą w Płocku (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Przystępujący")

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 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 2256/24

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy w Płocku z siedzibą w Płocku(dalej: „Zamawiający" lub „Sąd Okręgowy")prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Usługa ochrony osób i mienia na terenie Sądu Okręgowego w Płocku oraz Sądu Rejonowego w Gostyninie" (Nr referencyjny: OG.261.6.2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 kwietnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00291226/01.

28 czerwca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Usług Handlu i Ochrony DES-SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Płocku oraz Agencja Detektywistyczna i Ochrony „JOKER" sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu(dalej: „Odwołujący" lub „Konsorcjum") wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Agencja Ochrony");

2)zaniechaniu odrzucenia oferty Agencji Ochrony.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Ochrony, w sytuacji gdy:

1)wykonawca ten złożył błędną kalkulację stawki godzinowej stanowiącą Załącznik nr 2.2. do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ");

2)cena oferty oraz koszty oferty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)dokonanie ponownej oceny ofert;

3)odrzucenie oferty Agencji Ochrony;

4)wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum podniosło, że Agencja Ochrony złożyła błędną kalkulację stawki godzinowej stanowiącą Załącznik nr 2.2. do SWZ. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny zobowiązał wykonawców do uwzględnienia następujących składników kalkulacji stawki godzinowej:

- minimalne wynagrodzenie brutto,
- dodatek za godziny nocne,
- składki na ubezpieczenie społeczne,
- składki na ubezpieczenie społeczne od godzin nocnych,
- ekwiwalent za urlop (wynagrodzenie pracownika zastępującego),
- składki na ubezpieczenie społeczne od ekwiwalentu,
- wynagrodzenie chorobowe za 10 dni,
- inne koszty.

Konsorcjum zaznaczyło, że wszystkie oferty złożone w Postępowaniu za wyjątkiem oferty Agencji Ochrony zawierają koszty 10 dni wynagrodzenia chorobowego. Oferta wyżej wymienionego wykonawcy zawiera bowiem 2 dni wynagrodzenia chorobowego. Odwołujący nadmienił, że przyjęcie innych składowych ceny niż te, do których zobowiązał Zamawiający prowadzi do sytuacji, że ofert tych nie można ze sobą porównać, a co za tym idzie Sąd Okręgowy taką ofertę powinien odrzucić. Konsorcjum podkreśliło, że ma świadomość, iż część tych kosztów jest fakultatywna, przykładowo niektóre ze składek na ubezpieczenie społeczne nie występują (np. składka na Fundusz Pracy przy zatrudnieniu powyżej 65 lat). Odwołujący wskazał, że to samo ma miejsce przy wynagrodzeniu chorobowym. Trudno określić ile pracownik będzie w trakcie roku chorował. Dlatego też przyjęcie dla wszystkich uczestników postępowania jednakowej ilości dni chorobowych daje możliwość porównania ofert, podczas gdy Agencja Ochrony poprzez przyjęcie kalkulacji niezgodnej z warunkami SWZ w konsekwencji przedłożyła ofertę, która została sporządzona niezgodnie z zapisami Postępowania, a także zawiera rażąco niską cenę. Konsorcjum podniosło, że cena oferty oraz koszty oferty Agencji Ochrony są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zauważył, że w wyniku przyjętego innego niż określił Zamawiający wymiaru wynagrodzenia chorobowego oferta Agencji Ochrony została zaniżona o wartość około 0,40 zł na każdej godzinie ochrony. Konsorcjum wskazało następujące wyliczenia:

Minimalne wynagrodzenie 4 300,00 zł

- dodatek na pracę w nocy 287,81 zł
- składki na ubezpieczenie społeczne 628,99 zł

Podstawa 4 300,00 zł +287,81 zł – 628,99 zł = 3 958,82 zł : 30 dni x 80% = dzienna stawka 105,57 zł

Koszt 10 dni wynagrodzenia chorobowego – 105,57 zł x 10 dni : 12 m-cy = 87,97 zł

Koszt przyjęty przez Agencję Ochrony wynosi 20,00 zł tj. 4-krotnie niższy.

Odwołujący podniósł, że powyższy 4-krotnie niższy koszt przyjęty przez Agencję Ochrony bezpośrednio wynika z błędnej kalkulacji tj. przyjęcia 2 dni wynagrodzenia chorobowego do wyliczenia kosztów, podczas gdy wprost Sąd Okręgowy określił, że wykonawcy mają przyjąć w kalkulacji 10 dni wynagrodzenia chorobowego.

Konsorcjum podkreśliło, że cena zaoferowana przez wykonawcę Agencję Ochrony oraz koszt oferty nie mają charakteru rynkowego, a Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Agencję Ochrony przedmiotową kalkulacją, która została sporządzona niezgodnie z warunkami określonymi przez Sąd Okręgowy. Odwołujący nadmienił, że wykonawca w celu wykazania prawidłowości ceny i kosztu powinien przedstawić szczegółową kalkulację, która sporządzona powinna być zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, co w niniejszej sprawie i w stosunku do Agencji Ochrony nie nastąpiło, albowiem wykonawca ten przyjął odmienne warunki kalkulacji niż te wymagane przez Sąd Okręgowy. Konsorcjum podkreśliło, że wykonawca Agencja Ochrony poprzez swoje zachowanie dopuścił się naruszenia zasady równości (konkurencyjności) i uczciwej konkurencji wobec pozostałych oferentów.

12 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W piśmie z dnia 10 lipca 2024 r. Agencja Ochrony wniosła o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia na terenie Sądu Okręgowego w Płocku oraz Sądu Rejonowego w Gostyninie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SWZ (Rozdział III ust. 1 SWZ).

W myśl postanowień Rozdziału VIII ust. 1 pkt 1.1. oraz pkt 1.8. SWZ:

„1. Wykonawca składając ofertę zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy podpisane przez osoby uprawnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub osobistym dokumenty:

1.1. Formularz ofertowy wypełniony przez Wykonawcę przy pomocy interaktywnego „Formularza ofertowego" (Zamawiający udostępni formularz oferty na Platformie e-Zamówienia i będzie on stanowił załącznik nr 2 do SWZ) oraz Formularz ofertowy, dodatkowe informacje (załącznik nr 2.1 do SWZ).

(…);

1.8. Kalkulacja stawki godzinowej (załącznik nr 2.2. do SWZ);

(…)".

W udostępnionym przez Sąd Okręgowy Załączniku nr 2.2. do SWZ pn. „Kalkulacja stawki godzinowej" Zamawiający wskazał, co następuje:

„**W wyliczeniu stawki godzinowej wykonawca zobowiązany jest uwzględnić następujące składniki:**

Minimalne wynagrodzenie brutto

Dodatek za godziny nocne

Składki na ubezpieczenie społeczne

(…)

Pozostałe

(…)

Składki na ubezpieczenie społeczne godziny nocne

(…)

Pozostałe

(…)

Ekwiwalent za urlop (wynagrodzenie pracownika zastępującego)

Składki na ubezpieczenie społeczne od ekwiwalentu

(…)

Pozostałe

(…)

Wynagrodzenie chorobowe za 10 dni

Inne koszty

(…)".

Stosownie do brzmienia postanowienia Rozdziału XV ust. 2 SWZ „Cena ofertowa ustalona przez Wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z niniejszej SWZ, z uwzględnieniem postanowień wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ".

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 29 kwietnia 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych 6 ofert:

1)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk KM sp. z o.o. z siedzibą w Grójcu – cena oferty brutto: 3 065 179,31 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 38,46 zł;

2)oferta wykonawcy Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – cena oferty brutto: 2 787 830,79 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 34,98 zł;

3)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Przedsiębiorstwo Usług Handlu i Ochrony DES-SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Płock oraz Agencja Detektywistyczna i Ochrony „JOKER" sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – cena oferty brutto: 2 825 288,78 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 35,45 zł;

4)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu, Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – cena oferty brutto: 2 938 459,73 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 36,67 zł;

5)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CTG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP SECURITY PARTNER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „DERSŁAW" sp. z o. o. z siedzibą w Połańcu oraz 7 M sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy – cena brutto oferty: 2 833 258,57 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 35,55 zł;

6)oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMPEL SECURITY SOLUTIONS sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel FM Contractor sp. z o.o. z siedzibą w Opolu – cena oferty brutto: 2 779 064,03 zł, cena 1 roboczogodziny netto – 34,87 zł.

Przystępujący w „Kalkulacji stawki godzinowej" (Załącznik nr 2.2. do SWZ) w swoich wyliczeniach stawki godzinowej uwzględnił koszty 2 dni wynagrodzenia chorobowego. Pozostałych 5 wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w kalkulacjach stawki godzinowej przyjęli koszty wynagrodzenia chorobowego za 10 dni.

Pismem z dnia 7 maja 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Agencji Ochrony o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zawartej w złożonej ofercie i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na rzeczone wezwanie Przystępujący przedłożył Sądowi Okręgowemu wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz z załącznikami.

24 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz o odrzuceniu 2 ofert – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk KM sp. z o.o. z siedzibą w Grójcu (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMPEL SECURITY SOLUTIONS s z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel FM Contractor sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (…); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (..)".

Art. 239 ustawy Pzp stanowi:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem".

Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy oraz treść wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego przyjęcie przez Przystępującego do wyliczeń stawki godzinowej błędnych założeń tj. wynagrodzenia chorobowego za 2 dni, zamiast wskazanych przez Zamawiającego w SWZ – 10 dni, które zobowiązany był ująć każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu celem wyceny stawki godzinowej pokazało, że Agencja Ochrony – działając wbrew wymaganiom określonym przez Sąd Okręgowy – postawiła się w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców, w konsekwencji czego złożona przez nią oferta jest nieporównywalna, a zaoferowana stawka netto za 1 roboczogodzinę i następczo całkowita cena oferty została zaniżona. Koniecznym jest

bowiem podkreślenie, że z postanowienia Rozdziału VIII ust. 1 pkt 1.8. SWZ w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynika, iż wykonawca składając ofertę zobowiązany był złożyć kalkulację stawki godzinowej – Załącznik nr 2.2. do SWZ. Z kolei zgodnie z wzorem rzeczonego załącznika udostępnionym przez Zamawiającego „W wyliczeniu stawki godzinowej wykonawca zobowiązany jest uwzględnić następujące składniki: (…) Wynagrodzenie chorobowe za 10 dni". Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego jest, że Przystępujący uwzględnił w swojej kalkulacji stawki godzinowej koszty 2 dni wynagrodzenia chorobowego, zamiast wymaganych 10 dni. Co znamienne pozostałych 5 wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w kalkulacjach stawki godzinowej przyjęli koszty 10 dni wynagrodzenia chorobowego, czyli zgodnie z warunkami wskazanymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Należy zauważyć, że Odwołujący w przedstawionych w odwołaniu wyliczeniach wykazał, że w wyniku przyjęcia innego niż określił Sąd Okręgowy wymiaru wynagrodzenia chorobowego oferta Agencji Ochrony została zaniżona o około 0,40 zł na każdej godzinie ochrony. Konsorcjum trafnie podniosło, że koszt wynagrodzenia chorobowego przyjęty przez Przystępującego w kwocie 20,00 zł jest 4-krotnie niższy od oszacowanego kosztu 10 dni wynagrodzenia chorobowego. Powyższa różnica wynika z błędnego przyjęcia przez Agencję Ochrony w kalkulacji stawki godzinowej 2 dni wynagrodzenia chorobowego do wyliczenia kosztów, podczas gdy Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny zobowiązał wszystkich wykonawców do uwzględnienia w kalkulacji kosztu wynagrodzenia chorobowego za 10 dni, aby mieć możliwość porównania złożonych ofert. Przywołana okoliczność potwierdza, że Przystępujący przedłożył kalkulację niezgodną z warunkami zamówienia tj. nie uwzględnił w wyliczeniach pełnych kosztów związanych z wynagrodzeniem chorobowym (10 dni), co miało bezpośrednie przełożenie na cenę usługi. Tymczasem Sąd Okręgowy w Rozdziale XV ust. 2 SWZ wyraźnie wskazał, że cena ofertowa ustalona przez wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z SWZ. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy należało uznać za nieuprawnione twierdzenia Agencji Ochrony wyrażone w pkt 3 pisma procesowego z dnia 10 lipca 2024 r., iż brak jest podstaw, aby Przystępujący zakładał w kalkulacji 10 dni wynagrodzenia chorobowego, jeśli taki koszt u niego nie występuje, a ponadto, że treść formularza ofertowego z SWZ należy przyjąć jedynie za sugestię jakie ewentualnie koszty i w jakiej wysokości powinny zostać poniesione. Po raz kolejny zasadnym jest bowiem podkreślenie, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił składniki, jakie potencjalni wykonawcy zamówienia mieli uwzględnić w wyliczeniu stawki godzinowej (Załącznik nr 2.2. do SWZ). Postanowienia SWZ w tym zakresie mają charakter ostatecznych i są wiążące zarówno dla Zamawiającego, wykonawców biorących udział w Postępowaniu jak i Izby. Przyjęcie przez wszystkich wykonawców jednakowej ilości dni chorobowych daje Zamawiającemu możliwość porównania złożonych ofert. Zauważenia wymaga, że art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego". W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do art. 226 ustawy Pzp czytamy: „Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: (…), 2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający (…)" (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729, art. 226 ustawy Pzp). Dla zastosowania podstawy do odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)". W przedmiotowym Postępowaniu Sąd Okręgowy w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości wskazał, że wymaga uwzględnienia w wyliczeniu stawki godzinowej „wynagrodzenia chorobowego za 10 dni", a zatem Przystępujący przedłożył kalkulację niezgodną z treścią Załącznika nr 2.2. do SWZ.

Biorąc pod uwagę okoliczności rozpoznawanej sprawy – w ocenie Izby –Zamawiający powinien był odrzucić

ofertę Agencji Ochrony z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i w konsekwencji jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Skład orzekający wskazuje, że w stanie faktycznym tej sprawy zaniechanie przez Sąd Okręgowy czynności odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten przyjął do wyliczeń inne składowe ceny niż te, do których Zamawiający zobowiązał w Załączniku nr 2.2. do SWZ, co skutkowało zaniżeniem ceny usługi, podczas gdy inny wykonawcy dopełnili tego obowiązku, godziło w podstawową zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że dokonanie rzetelnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu zgodnie z regułami przyjętymi w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw, jest przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na Zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia Postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Agencji Ochrony.

Kończąc, należy podkreślić, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej, przy czym tę pierwszą można wywieść z uzasadnienia faktycznego, podczas gdy braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne. To uzasadnienie faktyczne wyznacza zakres rozpoznania odwołania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 r. o sygn. akt KIO 1102/17). W doktrynie wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym wskazanie w odwołaniu niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego oraz wyczerpujące przedstawienie uzasadniających je okoliczności faktycznych, nawet bez zidentyfikowania właściwych przepisów ustawy Pzp, umożliwia Izbie dokonanie subsumpcji stanu faktycznego pod właściwą normę prawną (Izba nie jest związana kwalifikacją prawną podnoszonych w odwołaniu naruszeń) (tak: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 516 ustawy Pzp; por. J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 516 ustawy Pzp). Taki pogląd znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 805/19 stwierdziła bowiem, że „(…) Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy. Zatem Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie przepisów prawnych, które powinny być zastosowane, jako mające oparcie w ustalonych faktach, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną, wskazaną przed odwołującego (…)". Z kolei w wyroku z dnia 30 maja 2017 r. o sygn. akt KIO 993/17 Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ZamPublU. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów" (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 2 sierpnia 2017 r. o sygn. akt KIO 1488/17, z dnia 10 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1370/18, z dnia 26 czerwca 2018 r. o sygn. akt KIO 1075/18 oraz wyroki: Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r. o sygn. akt XII Ga 739/17, Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 czerwca 2018 r. o sygn. akt XIII Ga 546/18, Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18 kwietnia 2012 r. o sygn. akt I Ca 117/12 oraz Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. o sygn. akt X Ga 110/09). Pomimo że przywołane orzeczenia zostały wydane na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – w ocenie składu orzekającego – przytoczone tezy wciąż pozostają aktualne.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba ustaliła, że choć Odwołujący nie wskazał w petitum odwołania ani w całym odwołaniu wprost na jednostki redakcyjne ustawy Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1) to podniósł m.in., że: „(…) Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (…); (…) Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter wątpliwy (…); (…) wykonawca Agencja Ochrony Eskort Sp. z o.o. poprzez przyjęcie kalkulacji niezgodnej z warunkami SWZ w konsekwencji przedłożył ofertę, która została sporządzona niezgodnie z zapisami postępowania (…); (…) Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Agencję Ochrony Eskort Sp. z o.o. przedmiotową kalkulacją, która została sporządzona niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego (…)". W ocenie składu orzekającego opisane w treści uzasadnienia odwołania okoliczności faktyczne poddają się kwalifikacji

przez pryzmat wyżej wymienionych przepisów.

Biorąc pod uwagę przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....