

WYROK

Warszawa, dnia 13 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach

Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawca Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – we wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie części od 1 do 10 - oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Skarb Państwa - 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego: wykonawcę Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego: Skarbu Państwa - 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach na rzecz wykonawcy Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem 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:.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach, zwany dalej: „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Świadczenie usług utrzymania czystości i odśnieżania powierzchni zewnętrznych oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach w podziale na 10 części”, numer referencyjny: 4WOG-1200.2712.103.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12.01.2024 r., numer: 23982-2024 (numer wydania: S: 9/2024). Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 kwietnia 2024 roku wykonawca: Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o.o. (dalej: „BOS”) – we wszystkich częściach,

ewentualnie

2) dokonaniu czynności poprawienia innych omyłek, zamiast dokonania czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił 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 zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BOS, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty BOS z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej – we wszystkich częściach;

2) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie czynności poprawienia innych omyłek w ofercie wykonawcy BOS (w części 5), podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o rozpatrzenie odwołania przez Izbę i jego uwzględnienie w całości, a także o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy BOS we wszystkich częściach, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie BOS (w części 5).

Ponadto, Odwołujący wnosil o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosil co następuje.

Zarzut naruszenia 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:

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że oferta wykonawcy BOS zawiera rażąco niską cenę, a BOS w ramach udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowodniło, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w dniu 19.03.2024 roku zwrócił się do BOS z wezwaniem, na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Następnie Odwołujący stwierdził, iż wystosowanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciążało BOS, co wynika wprost z przepisu art. 224 ust. 5 Pzp. Wykonawca domniemania tego nie obalił.

Odwołujący zwrócił uwagę na kluczowe – w jego ocenie - elementy treści wezwania do wyjaśnień ceny oferty, tj. na:

- 1) przedstawienie szczegółowej kalkulacji elementów cenotwórczych – na podstawie tabeli wraz z właściwościami określonymi przez Zamawiającego;
- 2) dołączenie dowodów na potwierdzenie argumentacji i kalkulacji.

Odwołujący podniósł, że wykonawca BOS nie wypełnił w sposób prawidłowy żadnego z w/w punktów wezwania. Zdaniem Odwołującego, było to istotne, gdyż sam Zamawiający w treści wezwania podkreślał ten wymóg. Odwołujący powołał się na takie cytaty z wezwania do wyjaśnień jak:

- 1) „do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny”;
- 2) „zatem Zamawiający żąda udzielenia dokładnego wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny”;
- 3) „jednocześnie Zamawiający informuje, że celem złożenia wyczerpujących wyjaśnień konieczne jest jednoznaczne i konkretne wskazanie elementów, w tym przedstawienie dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia”;
- 4) „złożone wyjaśnienia muszą być konkretne, przekonujące oraz w sposób nie budzący wątpliwości pozwalać na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny, a także winny być poparte dowodami. Dowodami mogą być dokumenty potwierdzające treść wyjaśnień, jak również informacje zawarte w samych wyjaśnieniach (np. szczegółowe obliczenia), które dowodzą prawdziwości i prawidłowości zawartych w nich twierdzeń”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca BOS złożył wyjaśnienia w dniu 25.03.2023 r. Do tych wyjaśnień BOS nie przedłożył żadnych dowodów, a jedynie przedstawił swoje uzasadnienie dla przyjętej kalkulacji dotyczącej możliwości „obniżenia” kosztu pracy przy wykorzystaniu dofinansowania z PFRON oraz wskazał (bez podania podstaw) na niektóre koszty. W ocenie Odwołującego, już tylko z samego tego powodu należałoby uznać, że oferta wykonawcy BOS winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż wyjaśnienia nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami i nie dotyczą okoliczności, które zostały wskazane przez Zamawiającego w treści wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2023 roku, sygn. akt: KIO 359/23. I dalej przypomniał, że celem złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest

uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia.

Reasumując swoje wywody w tym zakresie Odwołujący stwierdził, że w kontekście wskazanych braków dowodowych nie można także uznać złożonej kalkulacji za wiarygodny dowód. W konsekwencji wyjaśnienia należało ocenić jako lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte wiarygodnymi dowodami.

Ponadto, Odwołujący podkreślił, że mimo tak ogólnikowych wyjaśnień, ich okrojona treść budzi wiele wątpliwości. W konsekwencji – według Odwołującego - nie sposób uznać, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że wykonawca BOS w złożonych wyjaśnieniach powołał się na następujące okoliczności:

- 1) możliwość skorzystania z dofinansowania PFRON;
- 2) posiadanie potencjału technicznego.

Odwołujący zauważył, że w żadnym z tych punktów wykonawca BOS nie złożył jakiegokolwiek dokumentu – są to tylko wyłącznie oświadczenia tego wykonawcy. W odniesieniu do konieczności poparcia wyjaśnień ceny oferty dowodami Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 sierpnia 2023 roku, sygn. akt: KIO 2363/23. Zdaniem Odwołującego, szczególnie istotne są braki dowodowe z zakresu kosztów pracy – na to bowiem szczególną uwagę zwrócił nie tylko ustawodawca w treści art. 224 ust. 4 Pzp, ale również Zamawiający w treści wystosowanego przez siebie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny do wykonawcy BOS. Odnośnie kwestii wyjaśnień w zakresie kalkulacji kosztów pracy Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 marca 2023 roku, sygn. akt: KIO 500/23 oraz z 27 lutego 2023 roku, sygn. akt: KIO 388/23.

W ocenie Odwołującego wynagrodzenie osób mających wykonywać przedmiot zamówienia nie zostało udowodnione przez wykonawcę BOS i pozostaje wyłącznie jego gołosłownym twierdzeniem.

Następnie Odwołujący przyznał, iż nie jest konieczne, aby każdy argument lub każda teza w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny poparte były dowodami. Niemniej jednak, przedstawienie wyłącznie minimalnej liczby dowodów nie może pozwolić na pozytywną ocenę takich wyjaśnień, gdyż nie jest wówczas możliwa rzetelna ocena przedstawionych informacji, danych i wyliczeń.

Odwołujący stwierdził ponadto, że skoro wykonawca BOS powołał się na możliwość skorzystania z dofinansowania PFRON, to taką okoliczność winien udowodnić w ramach składanych przez siebie wyjaśnień. Tymczasem wykonawca ten wskazał w treści wyjaśnień, że każdy podmiot spełniający określone wymogi, w tym BOS, może skorzystać z dofinansowania PFRON, to czym miałyby się objawiać przewaga cenowa wykonawcy BOS.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BOS nie zostały w odpowiedni sposób udowodnione, a przez to oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, iż wyliczenia przedstawione przez wykonawcę BOS w treści wyjaśnień nie są realne lub zostały przedstawione w sposób nieprawidłowy. Dla przykładu Odwołujący wskazał na kwestię kalkulacji kosztów pracy. Odwołujący podniósł, że stawka wynagrodzenia osób mających wykonywać pracę przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia została przez BOS ustalona na kwotę 5.079,37 zł brutto miesięcznie, co jest nieprawidłowe, albowiem zgodnie z przepisami od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 roku, całkowity koszt zatrudnienia pracownika wyniesie 5.080,64 zł brutto, natomiast od 1 lipca do 31 grudnia 2024 roku koszt ten wzrośnie do 5.150,11 zł.

W opinii Odwołującego powyższe oznacza, że wykonawca BOS nie zamierza wykonywać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami dotyczącymi wynagrodzenia minimalnego za pracę, co już samo w sobie stanowi powinno podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący zwrócił też uwagę, że usługa ma być realizowana przez okres dłuższy niż do dnia 30.06.2024 roku, a przyjęta do kalkulacji kwota powinna być co najmniej taka sama, jak wynagrodzenie minimalne. Odwołujący dodał również, że wykonawca zaniechał również skalkulowania elementów kosztotwórczych w zakresie wynagrodzenia osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w postaci kosztów urlopów czy zwolnień lekarskich, jak również kosztów szkolenia BHP, badań z zakresu medycyny pracy czy kosztów ubrań dla pracowników, a także prania tych ubrań czy ich dezynfekcji.

W dalszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, iż z żadnego elementu wyjaśnień w zakresie ceny nie wynika, dlaczego BOS przyjął określone wysokości kosztów wskazanych w treści wyjaśnień, tj.:

- 1) kosztów administracyjnych;
- 2) zakupu mieszanki do posypywania dróg;
- 3) paliwa;

4) dodatkowych kosztów usług.

W ocenie Odwołującego nie można ustalić, czy cena oferty wykonawcy BOS jest realna, ponieważ nie została w żaden sposób wyjaśniona czy udowodniona. Jego zdaniem nie sposób uznać, aby złożenie wyjaśnień, w których wykonawca autorytarnie przedstawia koszty wykonania przedmiotu zamówienia, stanowiło prawidłową reakcję na wystosowane wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

Według Odwołującego – mając na uwadze powyższe - oferta wykonawcy BOS winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp:

W ramach ww. zarzutu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w dniu 15.04.2024 r. poinformował wykonawcę BOS o tym, że w zakresie części nr 5 „poprawia inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, polegającą na wpisaniu w kolumnie nr 7 ceny jednostkowej za m2 lub mb zamiast ceny jednostkowej brutto za 1 miesiąc w formularzu cenowym dla części nr 5”.

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, że kolumny nr 7 nie ma w tabeli stanowiącej załącznik nr 2. Niezależnie od powyższego - w ocenie Odwołującego - Zamawiający dokonał nieuprawnionej poprawy w kolumnie 5, z konsekwencją matematyczną dla kolumny 6 i całej ceny oferty wykonawcy BOS w tym zadaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w sposób jasny określił, jak należy wypełnić kolumnę nr 6, tj. kolumna 2 x kolumna 4 x kolumna 5. Podkreślił też, że wykonawca BOS złożył ofertę na więcej niż 1 część zamówienia, a zatem wiedział jak należy wypełnić tabelę w załączniku nr 2, gdyż w innych złożonych przez siebie formularzach prawidłowo wypełnił kolumnę nr 6.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze przyjęty sposób kalkulacji kolumny nr 6 i potwierdzenie, że BOS zrozumiał zadanie przed nim postawione w tym zakresie, Zamawiający nie powinien poprawiać wartości w kolumnie nr 5, a powinien dokonać czynności matematycznych, aby uzyskać prawidłowe wyniki w kolumnie nr 6.

W ocenie Odwołującego jakakolwiek inna czynność w tym zakresie nie tylko stanowi naruszenie przepisów art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp, ale również w sposób nieuprawniony ingeruje w treść złożonej oferty i modyfikuje treść dokumentów zamówienia po upływie terminu składania ofert.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że czynność dokonana przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wadliwa.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 9 maja 2024 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 9 maja 2024 roku Uczestnik postępowania odwoławczego – wykonawca Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie – przedstawił pisemne stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła co następuje:

Pismem z dnia 26 kwietnia 2024 roku wykonawca Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie (zwany dalej: „Uczestnikiem postępowania odwoławczego” lub „BOS”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy BOS jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła zastrzeżeń zgłaszanych przez Odwołującego względem skuteczności zgłoszonego przystąpienia, który wskazywał, że do dnia, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron, w ogóle nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia. Izba ustaliła bowiem, że do zgłoszenia przystąpienia doręczonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie, został również załączony dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia listem poleconym na adres Odwołującego.

Zgodnie zaś z art. 525 ust. 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wynika z powyżej powołanego przepisu, wykonawca zgłaszający przystąpienie jest zobowiązany doręczyć zgłoszenie przystąpienia Prezesowi Izby, zaś kopię zgłoszenia przystąpienia przesyła stronom. Jednocześnie dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia stronom załącza się do zgłoszenia przystąpienia. Zatem, w niniejszej sprawie, wykonawca BOS w pełni zadośćuczynił wymaganiom ustawowym związanym ze zgłoszeniem przystąpienia, dlatego też

należało uznać je za skuteczne.

Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług utrzymania czystości i odśnieżania powierzchni zewnętrznych oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach w podziale na 10 części.

We wniosku w sprawie udzielenia zamówienia publicznego Zamawiający podał, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi (NETTO): 4 527 916,95 zł, zaś kwota przeznaczona na realizację zamówienia (BRUTTO) to 4 890 150,31 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia dla poszczególnych zadań (bez podatku VAT) kształtowała się w sposób następujący:

Część 1 – 155 000,00 zł brutto
Część 2 – 266 543,52 zł brutto
Część 3 – 133 733,34 zł brutto
Część 4 – 323 981,49 zł brutto
Część 5 – 1 224 230,56 zł brutto
Część 6 – 515 842,59 zł brutto
Część 7 – 289 414,81 zł brutto
Część 8 – 1 032 376,28 zł brutto
Część 9 – 145 820,00 zł brutto
Część 10 – 440 974,37 zł brutto

Kwoty jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (podane również w informacji z otwarcia ofert) to:

Część 1 – 167 400,00 zł brutto
Część 2 – 287 867,00 zł brutto
Część 3 – 144 432,00 zł brutto
Część 4 – 349 900,00 zł brutto
Część 5 – 1 322 169,00 zł brutto
Część 6 – 557 110,00 zł brutto
Część 7 – 312 568,00 zł brutto
Część 8 – 1 114 966,39 zł brutto
Część 9 – 157 485,60 zł brutto
Część 10 – 476 252,32 zł brutto

Oferta wykonawcy BOS opiewała na następujące kwoty w poszczególnych częściach:

Część 1 – 112 400,00 zł brutto
Część 2 – 145 850,00 zł brutto
Część 3 – 86 550,00 zł brutto
Część 4 – 201 700,00 zł brutto
Część 5 – 285 500,00 zł brutto
Część 6 – 355 400,00 zł brutto
Część 7 – 215 500,00 zł brutto
Część 8 – 763 200,00 zł brutto
Część 9 – 128 800,00 zł brutto
Część 10 – 103 600,00 zł brutto

Pismem z 19 marca 2024 roku Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę BOS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 i 10. Zamawiający podał, że: *„Wykonawca zaoferował w poszczególnych częściach cenę niższą o co najmniej 30 % zarówno od:*

- wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług w zakresie części od 1 – 8, 10.*
- Średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 w zakresie części od 1 – 10”.*

Dalej, w tym samym wezwaniu, Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający żąda udzielenia dokładnego wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:

- a) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usługi,*
- b) 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;

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

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

W ramach wyjaśnień wykonawca ma przedstawić kwotowe zestawienie kosztów z zyskiem dla danych czynności wskazanych powyżej: zestawienie po stronie zysku ma zawierać wszystkie składowe zysku z kwotami zysku w poszczególnych jego elementach, zestawienie po stronie kosztów ma zawierać kwotowe zestawienie wszystkich kosztów (koszty dojazdu pracowników, koszty zarządu, inne koszty), w proponowanym dalej układzie:

1) Koszty pracy pracowników i urzędzeń wskazane w części tabelarycznej winny być poprzedzone przedstawieniem kalkulacji kosztów, tj. wskazaniem stawki wynagrodzenia pracownika i jej realnego udziału w cenie jednostkowej brutto w zł/miesiąc.

2) Koszty użytych materiałów wskazanych w części tabelarycznej winny być poprzedzone przedstawieniem kalkulacji kosztów, tj. wskazaniem cen użytych materiałów i potrzebnego sprzętu do wykonania usługi.

Dalej Zamawiający podkreślił, że: „W ramach wyjaśnień, Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że jest w stanie zrealizować poszczególną usługę (tj. bieżące czyszczenie i zamiatanie (...)) oraz bieżącego odśnieżania (...) za zaoferowaną kwotę.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że celem złożenia wyczerpujących wyjaśnień konieczne jest jednoznaczne i konkretne wskazanie elementów, w tym przedstawienie dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia (...)

wyjaśnienia mają na celu wykazanie przez Wykonawcę, że oferowana cena jako nie będąca ceną rażąco niską, pozwala na prawidłowe wykonanie zadania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia muszą być konkretne, przekonywujące oraz w sposób nie budzący wątpliwości pozwalać na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny, a także winny być poparte dowodami. Dowodami mogą być dokumenty potwierdzające treść wyjaśnień, jak również informacje zawarte w samych wyjaśnieniach (np. szczegółowe obliczenia), które dowodzą prawdziwości i prawidłowości zawartych w nich twierdzeń. Zamawiający zaznacza również, że ogólnikowe wyjaśnienia bądź wyłącznie potwierdzenie wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę bez stosownego uzasadnienia wykazującego prawidłowość zaoferowanej ceny nie będą uznane za wystarczające”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca BOS w dniu 22 marca 2024 roku złożył wyjaśnienia odrębnie w odniesieniu do każdej z części, przy czym każde z tych wyjaśnień zawierały podobną treść, przykładowo w ramach wyjaśnień dla zadania nr 1 wykonawca podał, iż:

„zaoferowaliśmy wykonanie zamówienia przeliczając kwotę w sposób rzetelny i z poszanowaniem etykiety zawodowej oraz mając baczenie na zachowanie uczciwej konkurencji wobec wszystkich oferentów.

Biuro Ochrony Specjalnej BOS Sp z o. o. przygotowując się do złożenia przedmiotowej oferty przeanalizowało wszystkie wymogi zawarte w SIWZ oraz szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Skalkulowaliśmy naszą ofertę w oparciu o zdobyte doświadczenie obecnie wykonywanych usług będących w zasobach SOI Bytom, Bielsko Biala, Tarnowskie Góry jak również w latach ubiegłych dla SOI Bytom w miejscowości Radzionków oraz SOI Lubliniec, co pozwoliło nam realnie skalkulować wszystkie koszty złożonej oferty oraz na fakt obecnie realizowania przedmiotowego zadania nr 1. Przygotowując ofertę na zadanie 1 uwzględniliśmy w kosztach zatrudnienia fakt, iż korzystamy z dofinansowania z PFRON i otrzymujemy miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych.

Mając baczenie na zapisy SIWZ w celu skalkulowania ceny oferty, wzięliśmy pod uwagę wymagania Zamawiającego w szczególności dot. zatrudnienia pracowników oraz fakt, iż wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Jak wynika z SIWZ Zamawiający nie zabrania dopuszczenia do realizacji zamówienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności przy czym nie precyzując również ilości co do wymaganych etatów. Stanowi jedynie wymóg aby usługa została wykonana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Mając na względzie powyższe, kalkulacja czynników cenotwórczych mających wpływ na ofertę przy uwzględnieniu otrzymywanej pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów kształtuje się następująco :

Max. dofinansowanie od 01.01.2023 r.	st. lekki	st. umiarkowany	st. znaczny
Ze schorzeniami specjalnymi	1100	2250	3600
Bez schorzeń specjalnych	500	1350	2400

Koszty utrzymania jednego pracownika w umowie o pracę na pełny etat w 2024 roku wynosi 5.079,37 zł miesięcznie. Wykonanie przedmiotu zamówienia deklarujemy przy udziale dwóch pracowników w tym 1 osoby posiadającej orzeczenie o niepełnosprawności zatrudnionej na pełny etat oraz 1 osoby zatrudnionej na 0,25 etatu bez orzeczenia. Łącznie do kalkulacji przyjęliśmy 1,25 etatu.

5.079,37 zł koszt utrzymania 1 etatu

x 1,25 razy ilość etatów przyjętych do realizacji zamówienia

= 6.349,21 zł koszt utrzymania 1,25 etatu w umowie o pracę za 1 miesiąc

- 3.600,00 zł dofinansowanie z PFRON dotacja I ze schorzeniami- 1x dotacja I stopień niepełnosprawności z dod. 3.600,00 zł

= 2.749,21 zł koszt utrzymania 1,25 etatu w umowie o pracę za 1 miesiąc po odjęciu dofinansowania z PFRON

32.990,52 zł x 12 miesięcy usługi

1.Koszt utrzymania pracowników:	32.990,52 zł
2.Koszty administracyjne (12 m- c x 300,00 zł):	3.600,00 zł
3.Zakup mieszanki do posypywania dróg	1.500,00 zł
4.Paliwo	5.000,00 zł
5.Dodatkowe koszty usługi (naprawy sprzętu, ostrzenie noży, eksploatacja kosiarek ,kos zakup worków do koszy, wywóz śniegu, koszty utylizacji odpadów biodegradowalnych, żyłki do kos, randap)	5.000,00 zł

Razem koszty 48.090,52 zł

Zysk firmy w przedmiotowym zamówieniu wynosi 55.983,55 NETTO

Kwota zadeklarowana w ofercie 104.074,07 zł netto – 48.090,52 zł łączny koszt .

Jak widać z całości zysk pozwala nam, w przypadku nagłej interwencji zwiększyć ilość osób jak również zwiększyć koszty zatrudnienia przy mniejszej jednostce jaką jest JW Bytom.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż operujemy kwotami netto, gdyż podatek Vat podlega wpłacie do Urzędu Skarbowego. Przy czym Wykonawca może go obniżyć poniesionymi kosztami, jednak aby rzetelnie obliczyć zysk w naszej ocenie należy przyjąć kwoty netto. Obniżając podatek należny o podatek naliczony VAT zwiększamy zysk firmy, co stanowi korzyść firmy.

W części 1 budzi wątpliwość Zamawiającego, czy jesteśmy w stanie zrealizować poszczególną usługę tj. bieżące czyszczenie i zamiatanie oraz bieżące odśnieżanie za zaoferowaną cenę.

Pragniemy wyjaśnić, iż Spółka BOSprzyjęła do kalkulacji zatrudnienie na stałe pracownika, który będzie wykonywał całość usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych dla JW. Bytom w tym usługi bieżącego czyszczenie i zamiatanie oraz bieżącego odśnieżania zgodnie z przedmiotem zamówienia. Dlatego też usługi te nie generują dodatkowych kosztów, z uwagi na fakt stałego zatrudnienia i wykazania już kosztów wynagrodzenia w głównych rodzajach prac.

Na naszą korzyść działa również fakt, iż wymagany sprzęt do wykonania usługi stanowi majątek firmy. Szybko i sprawnie możemy reagować na zmienne warunki atmosferyczne. Biuro Ochrony Specjalnej BOS Sp z o. o. posiada 5 QUADÓW KYMCO MXU 500 4X4 wyposażone w pług, żyzkę, ciągniki rolnicze z osprzętem Zetor Proxima 110, pługi śnieżne - 2600 cm powierzchni roboczej, ładowacze czołowe z łyżką, traktorki koszące Kubota /zasięg koszenia to 10.000 m2 w ciągu godziny/, kosiarki zero skręt , wywrotkę , dmuchawo-odkurzacze spalinowe do liści, sprzęt alpinistyczny i wysięgnik, sprzęt komunalny do zamiatania, pojemniki na mieszankę piaskowo-solną oraz drobny sprzęt ręczny i mechaniczny wymagany przy wykonywaniu wyżej wspomnianych zamówień.

Wypożyczenie firmy stanowi również zwyżka w związku z powyższym nie ponosimy dodatkowych kosztów wynajmu sprzętu poza paliwem i ewentualnie drobnymi naprawami , które przyjęliśmy do kosztów firmy.

Dlatego też wymóg obsługi powierzchni zewnętrznych ujętych do utrzymania czystości i odśnieżania oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach nie prowadzi do dodatkowych kosztów dla Spółki BOS z uwagi na fakt, iż posiadamy sprzęt na stanie od blisko 8 lat.

Na potwierdzenie powyższego stanowi fakt, iż przez cały okres wykonywanych usług zewnętrznych będących w zasobach SOI Bytom, Bielsko Biała, Tarnowskie Góry cały wymagany sprzętmin. ciągniki z pługiem zostały wprowadzone na teren Jednostki na cały okres podpisanej umowy. Wykonujemy na zlecenie SOI czyszczenie orynnowania i dachów z liści i igliwia jak również odśnieżanie połaci dachowych.

Jak udowodniliśmy, złożoną ofertę przygotowaliśmy w sposób sumienny spełniając wszystkie warunki zawarte w SIWZ. Nasze wyliczenia są rzetelne i oparte o założenia wykonania zamówienia opierając się na pomocy publicznej z PFRON, dzięki czemu możemy się różnić od innych wykonawców, którym te czynniki nie są dostępne. Jednak należy zaznaczyć, że z pomocy publicznej może skorzystać każdy Wykonawca, który zatrudni pracownika niepełnosprawnego na umowie o pracę oraz nie zalega w opłacaniu składek ZUS. Jest to kryterium, które może spełnić każdy pracodawca bez większego wysiłku, różnicę stanowi tylko fakt, jak duży zysk założy sobie Wykonawca.

Powyższe przesłanki są oczywiste, że zaproponowana kwota nie jest kwotą rażąco niską, a zysk firmy jest zadowalający, nawet w przypadku wystąpienia dodatkowych i nieprzewidzianych kosztów utrzymania firmy a w szczególności szybkiego tępa rosnących cen a nawet możliwości uzyskania 70 procent zamówienia.

Zaproponowana przez nas cena brutto umożliwi realizację zamówienia bez straty dla Wykonawcy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zapewni należyłą realizację zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego stanowi fakt ponad kilku letniej współpracy z Zamawiającym bez nałożonych kar umownych, zawsze jesteśmy do dyspozycji SOI oraz sprawnie i szybko reagujemy na zlecone nam zadania. Staramy się podejść do zleconych nam usług z należyłą starannością.”.

W odniesieniu do kolejnych części Wykonawca BOS przedstawił analogiczne wyjaśnienia, niemal o tożsamej treści, z różnicami co do wskazywanych kwot czy liczby zakładanych etatów i kwot dofinansowania z PFRON.

Ponadto, pismem z dnia 15 marca 2024 roku Zamawiający poinformował wykonawcę BOS o poprawieniu w jego ofercie - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy – „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, polegającą na wpisaniu w kolumnie nr 7 ceny jednostkowej za m2 lub mb zamiast ceny jednostkowej brutto za 1 miesiąc w formularzu cenowym dla części nr 5.”.

Zamawiający podał, iż:

JEST:

Lp.	Ilość powierzchni do utrzymania czystości	jm.	Ilość m-cy	Cena jednostkowa brutto (m-c/zł)	Wartość brutto wykonania zadania (kol 2 x 4 x 5)
1	2	3	4	5	6
1	25 108	m ²	12	5 000,00	60 000,00
2	15 203	m ²	12	3 000,00	36 000,00
3	69 247	m ²	12	7 000,00	84 000,00
4	195 895	m ²	5	4 500,00	22 500,00
5	110 636	m ²	7	4 000,00	28 000,00
6	23 350	m ²	7	2 500,00	17 500,00
7	61 909	m ²	7	5 000	35 000,00
8	31 681	m ²	2	500,00	1 000,00
9	6 176	m ²	3	500,00	1 500,00
CENA FERTOWA DLA CZĘŚCI NR 5:					285 500,00

Po zmianie:

Lp.	Ilość powierzchni do utrzymania czystości	jm.	Ilość m-cy	Cena jednostkowa brutto (m-c/zł)	Wartość brutto wykonania zadania (kol 2 x 4 x 5) zł
1	2	3	4	5	6
1	25 108	m ²	12	0,20	60 259,20
2	15 203	m ²	12	0,20	36 487,20
3	69 247	m ²	12	0,10	83 096,40
4	195 895	m ²	5	0,02	19 589,50
5	110 636	m ²	7	0,04	30 978,08
6	23 350	m ²	7	0,11	17 979,50
7	61 909	m ²	7	0,08	34 669,04
8	31 681	m ²	2	0,02	1 267,24
9	6 176	m ²	3	0,08	1 482,24
CENA FERTOWA DLA CZĘŚCI NR 5:					285 808,40

W konsekwencji dokonanych poprawek cena ofertowa w zakresie części 5 ulega zmianie.

Jest:

Wartość brutto: 285 500,00 zł

poprawiono na:

Wartość brutto: 285 808,40 zł.”

Pismem z dnia 10 kwietnia 2024 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. We wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie od 1 do 10 części za najkorzystniejszą ofertę została wybrana oferta wykonawcy BOS.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia 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 zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BOS, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia oferty BOS z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej – we wszystkich częściach.

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.

Stosownie do art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp:

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Pismem z 19 marca 2024 roku wykonawca BOS został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty w odniesieniu do części 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 i 10. Wbrew twierdzeniom podnoszonym przez Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego przedmiotowe wezwanie było skonkretyzowane i wskazywało na jakie elementy cenotwórcze wykonawca w szczególności winien zwrócić uwagę w swoich wyjaśnieniach. Zamawiający wskazał na konkretne czynniki cenotwórcze w odniesieniu do których wykonawca w ramach wyjaśnień winien był przedstawić kwotowe zestawienie kosztów z zyskiem, tj. koszty pracy pracowników; koszty pracy urządzeń (rusztowań, windy, sprzęt mechaniczny itp.); koszty użytych materiałów (mieszanki środków antypoślizgowych i odladzających, środki chwastobójcze itp.); koszty utylizacji odpadów biodegradowalnych (liście, gałęzie itp.); koszty prowadzenia działalności gospodarczej oraz zysk. Jednocześnie Zamawiający pouczył, że: „koszty pracy pracowników i urządzeń wskazane w części tabelarycznej winny być poprzedzone przedstawieniem kalkulacji kosztów, tj. wskazaniem stawki wynagrodzenia pracownika i jej realnego udziału w cenie jednostkowej brutto w zł/miesiąc”, zaś „koszty użytych materiałów wskazanych w części tabelarycznej winny być poprzedzone przedstawieniem kalkulacji kosztów, tj. wskazaniem cen użytych materiałów i potrzebnego sprzętu do wykonania usług”. Ponadto, wezwanie to zawierało jasne i wyraźne zobowiązanie do złożenia dowodów potwierdzających treść złożonych wyjaśnień. Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu podkreślił, iż celem złożenia wyczerpujących wyjaśnień konieczne jest jednoznaczne i konkretne wskazanie elementów, w tym przedstawienie dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia.

Słusznie Odwołujący wskazywał, że kluczowymi elementami wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do wykonawcy BOS było: po pierwsze - przedstawienie szczegółowej kalkulacji elementów cenotwórczych, a po drugie – dołączenie dowodów na potwierdzenie argumentacji i kalkulacji.

Ocena treści wyjaśnień prowadzi do konkluzji, iż wykonawca BOS żadnego z tych punktów nie wypełnił w sposób prawidłowy.

Z kolei Zamawiający zwracał uwagę na użyte w treści wezwania do wyjaśnień ceny oferty sformułowanie „w

proponowanym dalej układzie”, co jego zdaniem, dawało wykonawcy swobodę w zakresie przedstawienia wyjaśnień. Tutaj należy przyznać, że wykonawca nie musiał zachować tabelarycznego układu kalkulacji dotyczącej zestawienia kosztów i nie musiał dokładnie odwzorowywać poszczególnych pozycji dotyczących czynników cenotwórczych, niemniej jednak powinien zawrzeć w swoich wyjaśnieniach wszystkie te elementy, w zakresie których Zamawiający żądał wyjaśnień.

W myśl powołanego powyżej przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba w pełni podzieliła argumentację Odwołującego, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BOS są lakoniczne i ogólnikowe, a ponadto nie zawierają żadnych dowodów odnoszących się do któregośkolwiek z powoływanych w wyjaśnieniach elementów cenotwórczych.

W szczególności zwraca uwagę fakt, iż wykonawca BOS w zakresie kalkulacji kosztów pracy związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia powoływał się na otrzymywanie miesięcznego dofinansowania do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych ze środków PFRON, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Dopiero Zamawiający dokonał weryfikacji tych informacji we własnym zakresie (co sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy) poprzez powszechnie dostępny system internetowy, co potwierdziło, że wykonawca BOS posiada prawo do skorzystania z takiego dofinansowania. Zatem dopiero działania podjęte przez Zamawiającego samodzielnie i z jego inicjatywy doprowadziły do potwierdzenia informacji w tym zakresie. Wykonawca natomiast nie wykazał się jakąkolwiek inicjatywą dowodową, a jak wynika z treści wyjaśnień, dofinansowanie z PFRON umożliwiło wykonawcy poczynienie znacznych oszczędności w zakresie kosztów pracy. Nie ulega też wątpliwości, że koszty osobowe stanowią istotny element ceny oferty dla przedmiotowego zamówienia, które przecież obejmuje usługi utrzymania czystości, usługi odśnieżania oraz usługi utrzymania terenów zielonych.

Wykonawca BOS zaniechał też przedstawienia dowodów w odniesieniu do pozostałych wykazywanych przez niego w wyjaśnieniach czynników cenotwórczych.

Ponadto, z żadnego fragmentu wyjaśnień nie wynika, dlaczego wykonawca BOS przyjął określone wartości dla kosztów administracyjnych, zakupu mieszanki, paliwa, czy dodatkowych kosztów usługi. Podane zostały w tym zakresie kwoty bez jakiegokolwiek rzeczowego uzasadnienia, czy też dowodów. Jak zaś zostało wskazane powyżej, Zamawiający w treści wezwania żądał wyjaśnień konkretnych, przekonujących oraz pozwalających na ocenę oferty pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny w sposób nie budzący wątpliwości.

Odnosnie kosztów użytych materiałów winny być one poprzedzone – zgodnie z treścią wezwania – przedstawieniem kalkulacji kosztów, tj. wskazaniem cen użytych materiałów i potrzebnego sprzętu do wykonania usługi. Tymczasem w treści wyjaśnień wykonawcy BOS trudno szukać takiego uzasadnienia. Jedyne, bardziej szczegółowa kalkulacja, dotyczy wyłącznie pozycji: *„koszty utrzymania pracowników”*. W odniesieniu zaś do pozostałych pozycji jest jedynie deklaracja kosztów o oznaczonej wartości, tj. w odniesieniu do pozycji: *„koszty administracyjne”, „zakup mieszanki do posypywania dróg”, „paliwo”, „dodatkowe koszty usługi (naprawy sprzętu, ostrzenie noży, eksploatacja kosiarek, kos, zakup worków do koszy, wywóz śniegu, koszty utylizacji odpadów biodegradowalnych, żyłki do kos, randap)”*.

Z tych też względów należało uznać, że zaoferowane ceny w poszczególnych częściach zamówienia nie zostały wyjaśnione przez wykonawcę BOS w sposób rzetelny, miarodajny, a nadto nie zostały poparte stosownymi dowodami. Faktem jest, że sam Zamawiający w treści wezwania wskazał, że dowodami mogą być również informacje zawarte w samych wyjaśnieniach, np. szczegółowe obliczenia, które dowodzą prawdziwości i prawidłowości zawartych w nich twierdzeń. Jednakże w kontekście braków jakichkolwiek innych dowodów, jak i ogólnikowości samych wyjaśnień, zawarta w nich kalkulacja nie może zostać uznana za wiarygodny dowód. Jak wynika bowiem z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: *„zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu”*. A zatem sam ustawodawca przewidział obowiązek poparcia dowodami wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Z tych też względów wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BOS nie mogły przekonać Zamawiającego, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Nie obaliły one domniemania w tym zakresie, a które zostało wykreowane poprzez wystosowanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że potwierdził się zarzut nr 1 odwołania, wobec czego Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – we wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie części od 1 do 10 - oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w tym odrzucenie oferty wykonawcy BOS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6

ustawy Pzp.

Izba natomiast nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie czynności poprawiania innych omyłek w ofercie wykonawcy BOS (w części 5), podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

(...)

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Nie ulega wątpliwości, że Załącznik nr 2 – Formularz cenowy dla części 5 zamówienia, został nieprawidłowo wypełniony przez wykonawcę BOS, a mianowicie w zakresie kolumny nr 7 – *Cena jednostkowa brutto*.

W piśmie z 15 marca 2024 roku dotyczącym poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian treści oferty, Zamawiający prawidłowo zidentyfikował, że wykonawca w popełnił omyłkę w formularzu cenowym dla części nr 5 polegającą na wpisaniu ceny jednostkowej brutto za 1 miesiąc zamiast ceny jednostkowej za m² lub mb.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania w tym przypadku przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonując bowiem poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawcy BOS przyjął samodzielnie wartości zarówno dla kolumny dot. „*ceny jednostkowej brutto*”, jak i dla kolumny dot. „*wartości brutto wykonania zadania*”, które nie miały żadnego oparcia w ofercie tego wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, iż aby ustalić prawidłowe ceny jednostkowe brutto, dokonał działania matematycznego, polegającego na podzieleniu „*Wartości brutto wykonania zadania*” przez „*Ilość powierzchni do utrzymania czystości*” i przez „*Ilość miesięcy*”. Uzyskane w ten sposób wartości Zamawiający zaokrąglił do dwóch miejsc po przecinku i przyjął jako „*cenę jednostkową brutto*”. Następnie dokonał działania matematycznego opisanego dla kolumny 8 z uwzględnieniem wyliczonych przez siebie wartości „*cen jednostkowych brutto*”, co w konsekwencji spowodowało zmianę wartości również w kolumnie: „*Wartości brutto wykonania zadania*”, a które to przecież stanowiły podstawę do obliczeń w oparciu o które Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w treści oferty. W konsekwencji zmianie uległa też cena ofertowa brutto w zakresie części 5.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do poprawienia omyłki w treści oferty (w treści Formularza cenowego w zakresie zadania nr 5) jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Jednakże Izba uznała, że nie ma też podstaw do zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. do nakazania Zamawiającemu poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy BOS w tym zakresie jako oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, o co wnosił Odwołujący.

Jak słusznie wskazywał Zamawiający, wykonanie działań matematycznych opisanych w Formularzu cenowym, przy uwzględnieniu wartości dotyczących cen jednostkowych brutto podanych przez wykonawcę BOS, prowadziłoby do nielogicznych wniosków i absurdalnych wartości. Nie sposób tutaj uznać, że omyłka ta ma przymiot oczywistej omyłki rachunkowej i podlega poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie, zdaniem Izby, zaistniałą omyłkę należałoby raczej traktować jako błąd w obliczeniu ceny. Takiego zarzutu jednak Odwołujący nie postawił.

Z tych też względów Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 uznając, że brak jest podstaw do uwzględnienia tego zarzutu w oparciu o okoliczności faktyczne podnoszone przez Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz

uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Zgodnie z § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Pomimo jedynie częściowego uwzględnienia odwołania (tj. w zakresie zarzutu nr 1) Izba postanowiła odstąpić od stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego i w całości obciążyła nimi Zamawiającego.

Orzekając o kosztach i odstąpieniu od ich stosunkowego rozdzielenia Izba wzięła pod uwagę to, że zarzut nr 1 dotyczył wszystkich części zamówienia, a w wyniku jego uwzględnienia Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy BOS. Zarzut nr 2 odwołania został oddalony, przy czym po pierwsze – dotyczył on jedynie części 5, a po drugie – jak wskazano powyżej, potwierdził się on w zakresie niektórych, podnoszonych w jego ramach, okoliczności.

Wobec powyższego Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł poniesioną przez niego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: