Sygn. akt KIO 3603/23

WYROK
z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o.**
z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Lider Konsorcjum; Taurus Security Innovations Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum; Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. spółka komandytowa
z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum i Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjumw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa** - **Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, ul. Wały Jagiellońskie 2, 85-131 Bydgoszcz**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław - Lider Konsorcjum; Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław; Impel Security Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław; Impel Technical Security Sp. z o.o.
z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław; ITM Poland S.A.
z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 3, 65-127 Zielona Góra i Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. J. Cygana 2, 45-131 Opolezgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,**
ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Lider Konsorcjum; Taurus Security Innovations Sp.
z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum; Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum i Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Taurus Ochrona Group Sp.**
z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Lider Konsorcjum; Taurus Security Innovations Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53,
87-100 Toruń - Partner Konsorcjum; Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp.
z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4,
87-100 Toruń - Partner Konsorcjum i Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp.
z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjumtytułem wpisu od odwołania.

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o.**
z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53,
87-100 Toruń - Lider Konsorcjum; Taurus Security Innovations Sp. z o.o.
z siedzibą w Toruniu, ul. Lubicka 53, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum; Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą
w Toruniu, ul. Polna 121/H.4, 87-100 Toruń - Partner Konsorcjum i Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, ul. Polna 121/H.4,
87-100 Toruń - Partner Konsorcjum rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa** - **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, ul. Wały Jagiellońskie 2, 85-131 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 3603/23

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Sądzie Okręgowym i Rejonowym w Bydgoszczy oraz Prokuraturze Rejonowej w Bydgoszczy".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2023 r. pod numerem 2023/S
208-650676.

W dniu 30 listopada 2023 r. (pismem z dnia 29 listopada 2023 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Taurus Ochrona Group Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu - Lider Konsorcjum; Taurus Security Innovations Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu - Partner Konsorcjum; Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą
w Toruniu - Partner Konsorcjum i Auto Trezor Grupa Taurus Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu - Partner Konsorcjum, zwani dalej „Odwołującym", wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, w sytuacji, w której oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia,
2. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - Lider Konsorcjum; Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; Impel Security Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze i Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, zwanych dalej „Konsorcjum Impel", podczas gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta złożona przez Odwołującego,
3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 253 ust.1 pkt 2 zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z powodu braku złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 2 – kalkulacji usługi, mimo iż przedmiotowy dokument miał wyłącznie charakter informacyjny i pomocniczy, ze względu przyjęcie przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, a brak jego złożenia nie spowodował, że oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia,
3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp - przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

z ostrożności procesowej:

1. art. 128 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia Załącznika nr 2 do SWZ – kalkulacja usługi, mimo istnienia takiego obowiązku po stronie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej,
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

względnie

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej,

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3)powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy w trybie art.128 ust.1 ustawy Pzp do złożenia Załącznika nr 2 do SWZ – kalkulacja usługi

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą załączoną do odwołania (względnie fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1)zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji,

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na fakty wskazane w poszczególnych fragmentach uzasadnienia niniejszego odwołania, przy których te dokumenty zostały wymienione.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w dniu 17 listopada 2023 r. na platformie e–Zamówienia Zamawiający zamieścił informację z otwarcia ofert. W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty. Ofertę złożyło Konsorcjum Impel oraz Odwołujący.

Dnia 21 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp., wskazując że „Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Natomiast w dniu 24 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę złożoną przez Konsorcjum Impel.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że art. 253 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się doniosłe znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, wskazując, że nie może być ono lakoniczne i niekompletne. Powołał w tym zakresie wyrok Izby z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1084/22.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty – jak dalej Odwołujący podkreślił - ma doniosłe znaczenie, dlatego nie może być lakoniczne i niekompletne. Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje, o których mowa w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne, także w przypadku odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego dla wykonawców uzasadnienia odrzucenia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia. Takie naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) Wykonawcy, którzy złożyli oferty, muszą otrzymać (w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty) wyczerpującą i zrozumiałą informacje o powodach odrzucenia oferty. Podanie podstawy prawnej odrzucenia oferty jest niewystarczające. Zamawiający musi również podać w sposób wyczerpujący stan faktyczny (uzasadnienie faktyczne), który był podstawą do odrzucenia oferty na określonej podstawie prawnej – jakie okoliczności stanowiły podstawę do uznania, że oferta została odrzucona. Przewidziane w przepisach Prawa zamówień publicznych obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować im ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystanie ze środków ochrony prawnej (zob. J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 253.).

Na doniosłość znaczenia uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy wskazał również P. Wójcik ([w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 253), podkreślając, że wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu „W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie”. Co ważne, zakres uzasadnienia faktycznego jest ograniczony do wyjaśnienia przyczyn podjęcia określonych decyzji przez zamawiającego np. wyboru konkretnej oferty lub odrzucenia

innej oferty. (…) Z uzasadnienia powinny wynikać w sposób wyczerpujący motywy podjęcia takiej, a nie innej decyzji przez Zamawiającego. Ma to szczególne znaczenie przy uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy. Wykonawca w odwołaniu może bowiem odnieść się jedynie do tych zarzutów, które zostały wobec niego wyartykułowane.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego podał ,,Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia". Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił Odwołującemu dlaczego brak załączenia kalkulacji usługi stanowiącej jeden z załączników do SWZ spowodował odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający nigdzie w SWZ nie wskazał także, aby kalkulacja usługi stanowiła merytoryczną część oferty. Zamawiający nie sformułował również nigdzie w dokumentacji postępowania przetargowego zapisu, jakoby brak załączenia w/w dokumentu skutkował odrzuceniem oferty. Co więcej Zamawiający wyraźnie podkreślił, że ofertę stanowi formularz ofertowy. W świetle powyższych okoliczności, Zamawiający nie mógł poprzestać na wyłącznie ogólnikowym stwierdzeniu, że odrzucenie oferty zostało spowodowane brakiem załączenia jednego z dokumentów. Uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego nie spełnia przesłanki wyczerpującego i niebudzącego wątpliwości uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty. Powyższe stanowi naruszenie zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Naruszenie to powinno skutkować uwzględnieniem wniesionego odwołania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie uzasadnił Wykonawcy, dlaczego brak załączenia do oferty jednego z załączników do SWZ – kalkulacja usługi, powoduje, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezależnie od naruszenia art. 253 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp, oczywiście nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, że brak załączenia do oferty Załącznika nr 2 do SWZ – kalkulacja usługi skutkuje jej odrzuceniem.

Odwołujący podkreślił przy tym, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wskazał charakteru i roli nadanego dokumentowi Załącznik nr 2 do SWZ - kalkulacja usługi. Analiza zapisów SWZ oraz projektowanych postanowień umownych uzasadnia twierdzenie, że przedmiotowy dokument nie posiada żadnej szczególnej roli dla przeprowadzonego postępowania przetargowego i nie stanowi merytorycznej treści oferty. Zamawiający jednoznacznie wskazał w pkt 14).14 SWZ, że przez ofertę rozumie formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ. Brak jest analogicznego zapisu w stosunku do Załącznika nr 2 do SWZ – kalkulacja usługi. Również formularz ofertowy w żadnym zakresie nie odnosi się do kalkulacji usługi, co uzasadniałoby twierdzenie, że nie stanowi jego integralnej części. Przedmiotowy dokument pojawia się wyłącznie w pkt 14) 14. 1. SWZ, gdzie Zamawiający wśród szeregu dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą wymienia kalkulację usługi. Zamawiający nie wskazał jednak celu złożenia w/w dokumentu, jak również skutku braku jego załączenia do oferty.

Zgodnie z pkt 14).14 SWZ Ofertę stanowi formularz ofertowy, wypełniony przez Wykonawcę. Wraz z ofertą należy złożyć:

1. Kalkulację usługi - załącznik nr 2 do SWZ,
2. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu - załącznik nr 3 do SWZ Zamawiający na podstawie art. 360 pkt. 2) ustawy Pzp nie stosuje przepisów ustawy dotyczących składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 na formularzu jednolitego dokumentu
3. oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego - załącznik nr 3 do SWZ
4. zobowiązanie podmiotu trzeciego jeśli dotyczy
5. Jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów, zamawiający żąda od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.

Kalkulacja usługi została wyszczególniona w katalogu dokumentów składanych wraz z ofertą, podlegających uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp na wezwanie Zamawiającego.

Co również niezwykle istotne dla niniejszej sprawy, cena za wykonanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu miała charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 17 SWZ Sposób obliczania ceny:

1. Cena oferty jest ceną ryczałtową uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT- jeżeli występuje.
2. Oferta musi uwzględniać wszystkie nakłady pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przekazanymi przez Zamawiającego informacjami.
3. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę przedmiotu zamówienia w złotych polskich obejmującą

wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług) zwaną dalej łączną ceną brutto oferty.

4. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

5. Wykonawca przy kalkulacji oferty musi uwzględnić Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893).

6. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.

7. W kalkulacji ceny oferty należy uwzględnić w szczególności:

- ilość pracowników przewidywanych do realizacji zamówienia;
- wymagane godziny realizacji usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia;
- zakres czynności;
- stan faktyczny oraz warunki lokalne wykonania usług
- pozostałe warunki przedstawione w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia i obowiązków oraz wzorze umowy.

8. Wszelkie rozliczenia dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w niniejszej specyfikacji dokonywane będą w złotych polskich.

(…)

11. W Formularzu oferty Wykonawca podaje cenę, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2019 r. poz. 178) oraz ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz.U. z 1994r. nr 84, poz. 386 z późn.zm.), za którą podejmuje się zrealizować przedmiot zamówienia. Dowód: 1) Wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia

Jak wynika z orzecznictwa w sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty - bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy. Takie stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO/UZP/ZO/0-430/06, KIO/UZP 321/08 KIO/UZP 345/09, KIO/UZP 139/10, KIO 1673/11, KIO 847/12, KIO 2191/13; KIO 2193/13) oraz stanowisko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (odpowiedzi na interpelację poselską z dnia 15 kwietnia 2013 r. oraz z dnia 14 kwietnia 2013 r.). Mimo, że prezentowane w niniejszym odwołaniu orzeczenia Izby zostały wydane na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zachowują one również aktualność na tle obowiązującej obecnie ustawy. Przywołał także wyroki Izby z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1058/12;z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. akt 1428/20; z dnia 30 listopada 2020 r., sygn.. akt KIO 2961/20; z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 592/19,

W świetle przywołanych wyroków, w celu uznania przez Zamawiającego, że złożona przez Wykonawcę oferta, w związku z brakiem dokumentu – kalkulacja usługi winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, konieczne byłoby przede wszystkim wykazanie przez Zamawiającego, iż przedmiotowa kalkulacja stanowiła istotną część merytorycznej treści złożonej przez Wykonawcę oferty.

Odnosząc powyższe do zapisów SWZ Odwołujący wskazał, że zapisy pkt 17 SWZ odnoszą się do Formularza Ofertowego, wskazując m.in., że w przedmiotowym dokumencie Wykonawca ma uwzględnić ,,wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ". Zamawiający w sposobie obliczania ceny oferty zawartym w SWZ w żadnym zakresie nie odnosi się do Załącznika nr 2 - kalkulacji usługi. Również pkt 18 SWZ – Opis kryteriów oceny ofert odnosi się do stawki za godzinę świadczenia usługi ochrony w obiektach Zamawiającego i 1 km asysty przy transporcie, czyli pozycji znajdujących się w Formularzu Ofertowym. Analiza zapisów SWZ wskazuje więc jednoznacznie, że Zamawiający nie nadał żadnej szczególnej roli Załącznikowi nr 2 do SWZ - kalkulacja usługi.

Podobnie jak SWZ, projektowane postanowienia umowne przedstawione przez Zamawiającego w załączniku nr 8 do SWZ również w żaden sposób nie odwołują się do kalkulacji usługi.

Umowa odnosi się wyraźnie do wynagrodzenia ryczałtowego, które ma zostać obliczone na podstawie ilości roboczogodzin faktycznie przepracowanych w danym miesiącu przez Wykonawcę oraz stawki roboczogodziny, o której stanowi ust.2 umowy. Rozliczenie Stron na etapie realizacji umowy w żadnym zakresie nie odwołuje się do kalkulacji usługi.

Zamawiający nie przewidział również żadnej roli dla Załącznika nr 2 – kalkulacja usługi przy waloryzacji wynagrodzenia, jego potencjalnej zmianie, czy też w postanowieniach dotyczących kar umownych.

W świetle §15 ust.1 projektowanych postanowień umownych Strony mogą dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z

następujących okoliczności: 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług, 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, 4) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, 5) na zasadach i w sposób określony w ust. 2 - 15, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę.

W celu zawarcia aneksu, o którym mowa w ust. 1, każda ze Stron może wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmianie, oraz wskazaniem daty, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania umowy uzasadniająca zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy. W przypadku zmian, o których mowa w ust. 1 pkt 2) lub pkt 3), jeżeli z wnioskiem występuje Wykonawca, jest on zobowiązany dołączyć do wniosku dokumenty, z których będzie wynikać, w jakim zakresie zmiany te mają wpływ na koszty wykonania umowy, w szczególności:
- pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) osób zatrudnionych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2),
- pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) osób zatrudnionych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych/Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi – w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 3). (zob. §15 ust.9-10 projektowanych postanowień umownych).

Zamawiający rozpisując szczegółowo procedurę waloryzacji wynagrodzenia nie wskazuje, by Wykonawca miał się w jakimkolwiek zakresie odwoływać do kalkulacji usługi, nakazując mu przedłożyć pisemne zestawienia wynagrodzeń osób zatrudnionych przez Wykonawcę.

Możliwości zmiany umowy zostały przedstawione w § 18 projektowanych postanowień umownych. Zamawiający przewidział możliwość zmiany postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia, nie wskazując jednak jak Wykonawca ma wyliczyć zmienione wynagrodzenie. Przedmiotowe postanowienia umowne nie odnoszą się do kalkulacji usługi.

Także postanowienia dotyczące kar umownych odnoszą się do szacowanego wynagrodzenia netto Wykonawcy, względnie wskazują konkretną ich wysokość. Przedmiotowe postanowienia umowne nie odnoszą się do kalkulacji usługi.

Reasumując Odwołujący podniósł, że analiza SWZ, jak również projektowanych postanowień umownych nie pozostawia żadnych wątpliwości, że sam Zamawiający nie traktował Załącznika nr 2 kalkulacja usługi jako treści merytorycznej oferty, nadając temu dokumentowi wyłącznie charakter informacyjny i pomocniczy. Przedmiotowy dokument nie pełni bowiem żadnej roli zarówno na etapie składania ofert, jak również później na etapie realizacji zamówienia publicznego. Brak wyceny pozycji w kalkulacji usługi nie oznacza, iż Wykonawca nie będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów wynagrodzeń pracowników, kosztów administracyjnych, kosztów nadzoru nad świadczeniem usługi, czy też innych kosztów w ramach ustalonego wynagrodzenia. W świetle jednoznacznych zapisów SWZ i projektowanych postanowień umowy Wykonawca zobowiązany był w swojej cenie ryczałtowej uwzględnić wszelkie zobowiązania, nakłady pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia, koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz wszystkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Brak wyceny w kalkulacji usługi nie będzie również stanowił przeszkody do rozliczenia inwestycji, ewentualnej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, czy też innych zmian wynagrodzenia przewidzianych w umowie. W świetle powyższych okoliczności, Zamawiający nie mógł uznać, by brak załączenia przedmiotowego dokumentu powodował, że treść oferty złożona przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do jej odrzucenia. XX. Mając na względzie fakt, że wynagrodzenie w przedmiotowej sprawie zostało określone, jako ryczałtowe zamawiający w zaistniałych okolicznościach nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wobec braku załączenia do oferty dokumentu kalkulacji usługi.

Nie bez znaczenia jest jednoznaczne sformułowanie Zamawiającego zawarte w SWZ, że przez ofertę rozumie formularz ofertowy, a kalkulacja usługi jest składana wyłącznie wraz z ofertą, analogicznie jak podmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt 14).14 SWZ. Żadne zapisy SWZ nie wskazują roli nadanej przez Zamawiającego dokumentowi – kalkulacja usługi, jak również nie wskazują by brak załączenia przedmiotowego dokumentu powodował odrzucenie oferty. W świetle obowiązujących przepisów nie ulega wątpliwości, że to obowiązkiem Zamawiającego jest

jednoznaczne, wyczerpujące i niebudzące wątpliwości opisanie przedmiotu zamówienia, jak również warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Konsekwencją powyższego jest zasada in dubio contra proferentem, zgodnie z którą wątpliwości interpretacyjne, niedające się usnąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczeń woli, powinny być interpretowane na niekorzyść strony będącej autorem tekstu wywołującego wątpliwości (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2013 r., IV CSK 1/13, LEX nr 1375459). Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko jego niejasnej redakcji. Wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu (zob. Wyrok KIO z 6.04.2023 r., KIO 799/23, LEX nr 3555159). Gdyby więc Zamawiający chciał nadać szczególne znaczenie dokumentowi - kalkulacja usługi lub uczynić przedmiotowy dokument merytoryczną treścią oferty, powinien na powyższe jednoznacznie wskazać w SWZ. XXII. Należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11.04.2023 r., KIO 830/23, LEX nr 356252 ,,Podstawą odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 pkt 5 p.z.p. jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w stopniu zasadniczym. Niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie zgodnie wskazuje się, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok KIO z 24.02.2009 r., KIO/UZP 158/09, LEX nr 488370 169 ; wyrok KIO z 22.10.2008 r., KIO/UZ 1104/08, LEX nr 466680 170). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 5 grudnia 2014 r. (KIO 2463/14f) sankcja odrzucenia oferty stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związane w ewentualną jej wadliwością. Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w każdym przypadku zamawiający obowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości, a nawet powtórzyć czynność badania lub oceny oferty, nawet wówczas, gdy nie są one przedmiotem odwołania (zob. Aneta Bazan, Edmund Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II, Lex 2015).

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 239 ust.1 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że wskazane naruszenie Zamawiającego polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego spowodowało, że jako najkorzystniejsza została wadliwie wybrana oferta Konsorcjum Impel, mimo iż korzystniejsza była oferta złożona przez Odwołującego. Odwołujący zaoferował bowiem korzystniejszą cenę jednostkową brutto niż Konsorcjum Impel, co powoduje, że uzyskałby więcej punktów w kryterium oceny ofert cena, przy analogicznej punktacji jak drugi z oferentów w kryterium gwarancja jakości i deklarowana ilość kontroli fizycznych. W świetle powyższych okoliczności Zamawiający naruszył również 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący z ostrożności wskazał, że Zamawiający naruszył art. 128 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia Załącznika nr 2 – kalkulacja usługi, do czego był zobowiązany na mocy w/w przepisu. Stosownie do treści art. 128 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. II. Jak wykazano we wcześniejszej części odwołania, wymagany przez Zamawiającego załącznik nr 2 - kalkulacja usługi nie stanowiła treści oferty, gdyż przedmiotowemu dokumentowi nie nadano żadnej roli zarówno na etapie oceny ofert, jak również realizacji zamówienia. Dokument ten pełnił wyłącznie rolę pomocniczą i informacyjną w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego przysługującego Wykonawcy za świadczenie usługi ochrony. W świetle powyższych okoliczności może zostać on potraktowany ostatecznie wyłącznie jako inny dokument składany w postępowaniu, o którym stanowi art. 128 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2023 r. przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zawiadomienie kopię odwołania za pośrednictwem platformy .

W dniu 4 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum Impel, zwane także „Przystępującym, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 12 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedstawioną fakturą VAT.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia z odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Konsorcjum Impel do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego (Konsorcjum Impel) wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego (Konsorcjum Impel).

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

2.zawiadomienie o odrzuceniu oferty,

3.wyciąg z SWZ,

4.załącznik nr 8 – Projektowane postanowienia umowy,

oraz dowód złożony na rozprawie, tj. wyciąg z SWZ na „Świadczenie usługi ochrony w sadach funkcjonalnych podległych Sądowi Okręgowemu w Bydgoszczy w roku 2024" (oznaczenie sprawy: SZP-273-7/2023).

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone na rozprawie dowody, tj.: zapytanie Odwołującego z dnia 13 listopada 2023 r. i wyjaśnienie treści SWZ z dnia
14 listopada 2023 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 253 ust.1 pkt 2 zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co utrudnia Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie potwierdził się (zarzut 1 odwołania).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zamawiający w rozdziale 14 SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty oraz sposób składania ofert", pkt 14 podał, że „Ofertę stanowi formularz ofertowy, wypełniony przez Wykonawcę. Wraz z ofertą należy złożyć: 1. Kalkulację usługi – załącznik nr 2,(…).

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył Kalkulacji usługi – Załącznika nr 2.

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2022 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako podstawę prawną odrzucenia podając „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U 2023 poz. 1605)". Natomiast w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że „Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia".

Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (…) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne". Oznacza to, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty powinien podać właściwy przepis ustawy Pzp, na podstawie którego odrzucił ofertę danego wykonawcy, oraz okoliczności faktyczne uzasadniające daną czynność. Obowiązek przekazania wykonawcom uzasadnienia dokonanej czynności jest bowiem wyrazem przejrzystości oraz jawności postępowania. Wykonawcy muszą wiedzieć jakimi powodami kierował się zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu ich oferty.

Zamawiający, co jest niewątpliwie, podał podstawę prawną odrzucenia, tj. „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U 2023 poz. 1605)". W treści skierowanego do Odwołującego zawiadomienia o odrzuceniu oferty podał także uzasadnienie faktyczne, gdyż wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest brak złożenia wymaganego w SWZ dokumentu, tj. Załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi. Wskazał

bowiem, że „Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia". Skoro więc Zamawiający wymagał złożenia określonego dokumentu – dokumentu zawierającego określone i wymagane przez niego informacje to jego brak uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy. Wystarczającym – w ocenie Izby – było więc wskazanie w uzasadnieniu faktycznym na brak tego dokumentu i w konsekwencji powyższego skutek w postaci odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z powodu braku złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 2 – kalkulacji usługi, mimo iż przedmiotowy dokument miał wyłącznie charakter informacyjny i pomocniczy, ze względu przyjęcie przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, a brak jego złożenia nie spowodował, że oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia nie potwierdził się (zarzut 2 odwołania).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem 4 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia" „przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę usług ochrony osób i mienia oraz monitorowanie sygnałów alarmowych Zamawiającego w następujących obiektach:

1)Sąd Okręgowy w Bydgoszczy,

2)Prokuratury Rejonowej Bydgoszcz – Południe,

3)Sądu Rejonowego w Bydgoszczy".

Zamawiający w rozdziale 14 SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty oraz sposób składania ofert", pkt 14 podał, że „Ofertę stanowi formularz ofertowy, wypełniony przez Wykonawcę. Wraz z ofertą należy złożyć:

1.Kalkulację usługi – załącznik nr 2,

2.(…)".

W Załączniku nr 2 Kalkulacja usługi należało podać: „Koszty wynagrodzeń pracowników za godzinę świadczenia usługi", „Koszty pracodawcy tego wynagrodzenia za godzinę świadczenia usługi", „Koszty administracyjne za godzinę świadczenia usługi, „Koszty nadzoru nad świadczeniem usługi za godzinę świadczenia usługi", „Inne koszty za godzinę świadczenia usługi", „Zysk za godzinę świadczenia usługi" i „SUMA KOSZTÓW Cena jednostkowa netto za godzinę świadczenia usługi". Jednocześnie w treści tego załącznika wskazano „Kwota musi być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym".

Zamawiający, pismem z dnia 3 listopada 2023 r., „Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia", odpowiadając na pytanie wykonawców podał:

„4. Pytanie: Proszę o informację czy w cenie oferty ma zostać uwzględnione minimalne wynagrodzenie za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. wynikającej z Rozporządzenia Rady Ministrów, co oznacza że należy skalkulować usługę na postawie stawek znanych Wykonawcom, obowiązujących od dnia 01.01.2024 oraz od dnia 01.07.2024 r. ?

Odpowiedź: Tak, zgodnie z zapisami pkt. 5 części 17 Specyfikacji Warunków Zamówienia Wykonawca przy kalkulacji oferty musi uwzględnić Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893).

5. Pytanie: Proszę o informację w której kolumnie w załączniku nr 2 do SWZ należy wskazać koszty brutto wynagrodzeń wraz z kosztami pracodawcy? Czy koszty należy podzielić, jeżeli tak, to proszę o informację w której kolumnie należy wpisać wynagrodzenie pracownika, a w której kolumnie koszty pracodawcy tego wynagrodzenia?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść załącznika nr 2 poprzez dodanie dodatkowej kolumny i załącza zmieniony załącznik nr 2 do SWZ - kalkulacja.".

Zamawiający, pismem z dnia 14 listopada 2023 r., „Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia", odpowiadając na pytanie wykonawców podał:

„14. Pytanie: Proszę o wyjaśnienie sposobu wypełnienia kalkulacji. W ostatniej rubryce ma być podana cena wynikająca ze zsumowania wszystkich poprzedzających rubryk włącznie z zyskiem, nie tylko rubryk zawierających koszty?

Odpowiedź: Załącznik nr 2 – kalkulacja usługi ma być wypełniony w każdej rubryce. Ostatnia rubryka ma wynikać zsumowania wszystkich poprzedzających rubryk włącznie z zyskiem (wynika to z wyjaśnienia ostatniej rubryki tj. „kwota musi być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym".

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył Kalkulacji usługi – załącznika nr 2.

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2022 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako podstawę prawną odrzucenia podając „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U 2023 poz. 1605)". Natomiast w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że „Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia".

Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował czynność odrzucenia jego

oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia. Oferta nie może być bowiem niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - zgodnie z definicją wyrażoną w 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, wymagań dotyczących dokumentów, w tym dokumentów stanowiących treść oferty.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający – zgodnie z treścią SWZ (rozdział 14, pkt 14) wymagał złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi, w treści którego należało podać wysokość wyspecyfikowanych w załączniku kosztów, składających się na „cenę jednostkową netto za godzinę świadczenia usługi". W załączniku zaznaczono przy tym, że kwota ta musi być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym. Dokument ten był więc dokumentem niezbędnym i stanowił wymóg formalny oferty. Był to więc dokument, który musiał być złożony w tym postępowaniu. Świadczy o tym treść Załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi, która była przedmiotem pytań wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym także Odwołującego. W konsekwencji zadanych pytań Zamawiający dokonał wyjaśnień treści SWZ wskazując, że w cenie oferty należy uwzględnić minimalne wynagrodzenie za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. wynikającej z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r., poz. 1893). Co więcej, odpowiadając na pytanie nr 5, Zamawiający dodał w tabeli dodatkową kolumnę obejmującą „koszty pracodawcy tego wynagrodzenia za godzinę świadczenia usługi", dokonując jednocześnie zmiany załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi. Jednocześnie na pytanie wykonawcy, w tym przypadku Odwołującego, odpowiedział jednoznacznie jak powinna być wypełniona tabela zawierająca kalkulację ceny usługi. W tabeli miała być wypełniona każda rubryka. Natomiast ostatnia miała wynikać z sumowania wszystkich poprzedzających rubryk włącznie z zyskiem i być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym. Te elementy cenotwórcze musiały być więc uwzględnione w treści załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi. Stanowiły one – jak słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący – podstawę do weryfikacji stawki godzinowej pod kątem rażąco niskiej ceny. Na ich podstawie – jak wyjaśnił Zamawiający - dokonywana będzie również ocena zasadność wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Co więcej poprzez adnotację zawartą w treści załącznika dokument ten jest powiązany z treścią formularza ofertowego, stanowiąc jego integralną część A ponieważ odpowiedzi na pytania wykonawców stanowią integralną część SWZ to ocena ofert wykonawców powinna być dokonana z uwzględnieniem tych wyjaśnień i dokonanych na ich podstawie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia. W tym postępowaniu sytuacja taka miała miejsce. Niewątpliwym jest bowiem, że Zamawiający w załączeniu do oferty wymagał złożenia Załącznika nr 2 – Kalkulacja usługi, w treści którego miały zostać podane określone informacje dotyczące elementów składających się na cenę jednostkową netto za godzinę świadczenia usługi a wagę tego załącznika podkreśliły jeszcze odpowiedzi udzielone na pytania wykonawców. Te informacje (dane z poszczególnych kolumn) stanowiły istotne elementy kalkulacji cenowej, gdyż decydowały o cenie jednostkowej netto za godzinę świadczenia usługi. Pokazywały także sposób jej kalkulacji. Skoro więc Zamawiający wymagał złożenia takiego dokumentu dokument taki powinien być wraz z ofertą złożony. Jego brak stanowi o niezgodności treści oferty z treścią warunków zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp - przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu nie potwierdził się (zarzut 3 odwołania). Skoro zarzuty 1 i 2 nie potwierdziły się to nie potwierdził się także zarzuty 3 stanowiące naturalną konsekwencję tych zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 128 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia Załącznika nr 2 do SWZ – kalkulacja usługi, mimo istnienia takiego obowiązku po stronie Zamawiającego nie potwierdził się (zarzut 4 odwołania).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 14 SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty oraz sposób składania ofert", pkt 14 podał, że „Ofertę stanowi formularz ofertowy, wypełniony przez Wykonawcę. Wraz z ofertą należy złożyć: (…) Kalkulację usługi – załącznik nr 2, (…)", w treści którego należało podać: „Koszty wynagrodzeń pracowników za godzinę świadczenia usługi", „Koszty pracodawcy tego wynagrodzenia za godzinę świadczenia usługi", „Koszty administracyjne za godzinę świadczenia usługi, „Koszty nadzoru nad świadczeniem usługi za godzinę świadczenia usługi", „Inne koszty za godzinę

świadczenia usługi", „Zysk za godzinę świadczenia usługi" i „SUMA KOSZTÓW Cena jednostkowa netto za godzinę świadczenia usługi". W treści załącznika wskazano, że „Cena jednostkowa netto za godzinę świadczenia usługi" „musi być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym".

Zamawiający, pismem z dnia 3 listopada 2023 r., „Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia", odpowiadając na pytanie wykonawców podał:

„4. Pytanie: Proszę o informację czy w cenie oferty ma zostać uwzględnione minimalne wynagrodzenie za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. wynikającej z Rozporządzenia Rady Ministrów, co oznacza że należy skalkulować usługę na postawie stawek znanych Wykonawcom, obowiązujących od dnia 01.01.2024 oraz od dnia 01.07.2024 r. ?

Odpowiedź: Tak, zgodnie z zapisami pkt. 5 części 17 Specyfikacji Warunków Zamówienia Wykonawca przy kalkulacji oferty musi uwzględnić Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893).

5. Pytanie: Proszę o informację w której kolumnie w załączniku nr 2 do SWZ należy wskazać koszty brutto wynagrodzeń wraz z kosztami pracodawcy? Czy koszty należy podzielić, jeżeli tak, to proszę o informację w której kolumnie należy wpisać wynagrodzenie pracownika, a w której kolumnie koszty pracodawcy tego wynagrodzenia?

Odpowiedź: Zamawiający zmienia treść załącznika nr 2 poprzez dodanie dodatkowej kolumny i załącza zmieniony załącznik nr 2 do SWZ - kalkulacja.".

Zamawiający, pismem z dnia 14 listopada 2023 r., „Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia", odpowiadając na pytanie wykonawców podał:

„14. Pytanie: Proszę o wyjaśnienie sposobu wypełnienia kalkulacji. W ostatniej rubryce ma być podana cena wynikająca ze zsumowania wszystkich poprzedzających rubryk włącznie z zyskiem, nie tylko rubryk zawierających koszty?

Odpowiedź: Załącznik nr 2 – kalkulacja usługi ma być wypełniony w każdej rubryce. Ostatnia rubryka ma wynikać zsumowania wszystkich poprzedzających rubryk włącznie z zyskiem (wynika to z wyjaśnienia ostatniej rubryki tj. „kwota musi być zgodna z ceną jednostkową netto podaną w formularzu ofertowym".

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył Kalkulacji usługi – załącznika nr 2.

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2022 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako podstawę prawną odrzucenia podając „art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U 2023 poz. 1605)". Natomiast w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że „Wykonawca nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji usługi stanowiącej załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia".

Odwołujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania".

Przepis ten przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Dotyczy to wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021)

W niniejszym stania faktycznym dokument (załącznik nr 2 – Kwalifikacja usługi) stanowiący niewątpliwie integralną część treść oferty nie został złożony. Wobec tego we wskazanym trybie (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) nie może być uzupełniony. Załącznikowi temu – jak słusznie wskazał Zamawiający – w tym postepowaniu przypisano określoną rolę. Miał on bowiem zawierać określone i istotne dla Zamawiającego informacje dotyczące kalkulacji ceny jednostkowej netto za godzinę świadczenia usługi (jej elementów). Wobec tego nie mógł być uzupełniony.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy
#x200ez dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……..