

Sygn. akt: KIO 3340/23

WYROK
z 22 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 22 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 listopada 2023 r. przez wykonawcę Multidekor S.A. z siedzibą w Piastowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

1.2. wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB sp. z o.o. z siedzibą

w Zabrze do wyjaśnienia faktycznej wartości dostaw zrealizowanych w ramach zadania na które ten Wykonawca powołał się wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

1.3. dokonanie ponownej oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża w 2/3 odwołującego: Multidekor S.A. z siedzibą

w Piastowie i w 1/3 zamawiającego:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2 500 zł 00 gr (dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego podziału kosztów wpisu od postępowania odwoławczego,

3.3. w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. 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 3340/23

Uzasadnienie

Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa i montaż iluminacji świetlnej dla Miasta Chełm”, (Postępowanie nr: BZP.271.5.51.2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 18 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00449775/01.

7 listopada 2023 r. wykonawca Multidekor S.A. z siedzibą w Piastowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez brak odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB sp. z o.o.

z siedzibą w Zabrze (dalej: Przystępujący lub IPB) mimo, że ocena złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinna prowadzić Zamawiającego do wniosku, że nie uzasadniały one podanej w ofercie ceny, a przede wszystkim nie wyjaśniały w jaki sposób cena została obliczona oraz dlaczego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej;

2. ewentualnie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

3. ewentualnie art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego

do przedstawienia wykazu dostaw zawierającego doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu albo art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień

odnośnie wartości zamówienia referencyjnego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego,
- 2.odrzucenia oferty Przystępującego,
- 3.ponownego badania i oceny ofert,
- 4.ewentualnie wezwania Przystępującego do złożenia uzupełnionego wykazu dostaw,
- 5.ewentualnie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości zamówienia referencyjnego,
- 6.ewentualnie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Przystępujący składając wyjaśnienia dotyczące ceny swojej oferty nie wykazał,

że ta cena nie była rażąco niska. W takiej sytuacji Zamawiający winien był negatywnie ocenić złożone przez IPB wyjaśnienia, albowiem na ich podstawie Zamawiający nie był w stanie ustalić, jakie koszty poniesione zostaną przez Przystępującego w związku z wykonywaniem zamówienia, a zatem, czy IPB jest w stanie za zaoferowaną w Postępowaniu cenę zamówienie wykonać.

Podejmując się oceny złożonych wyjaśnień należało przede wszystkim wziąć pod uwagę różnicę pomiędzy ceną zaproponowaną przez IPB, a ceną oszacowaną przez Zamawiającego, a także różnicę pomiędzy ceną IPB a średnią ze złożonych ofert, która przekraczała 26%.

Z uwagi na tak istotną dysproporcję cenową Przystępującego powinien dolożyć najwyższej staranności, wykazując, że jego cena uzasadniona jest obiektywnymi okolicznościami dostępnymi tylko temu wykonawcy, a nie dostępnymi pozostałym wykonawcom, którzy złożyli oferty.

Przystępujący złożył wyjaśnienia wyłącznie w odniesieniu do kosztów pracy, dokonując kalkulacji, z której wynikało, że kształtować się one będą na poziomie 21.629,28 zł. Mając

na uwadze, że całkowita cena oferty Przystępującego wynosiła 615.000 zł, podjęta przez IPB próba wyjaśnienia tej ceny odnosiła się do jej części stanowiącej zaledwie 3,5% zaoferowanej ceny. Pozostała część kosztów stanowiąca 96,5% ceny ofertowej nie została wyjaśniona.

W efekcie nie było możliwe zweryfikowanie przez Zamawiającego poprawności ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Odwołujący podkreślił, że złożenie przez IPB faktur dotyczących zakupu materiałów w żaden sposób nie przyczyniało się do wyjaśnienia ceny ofertowej. Zamawiający nie wiedział, które

z tych materiałów zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia, a także w jakiej ilości zostaną zużyte. Skoro jednak IPB wskazało w swoim piśmie wyjaśniającym cenę,

że załącznikiem są dowody cen zakupu oświetlenia, folii oraz komponentów potrzebnych

do realizacji zamówienia, to przyjęć należy, że złożone przez IPB dowody dotyczyły wszystkich materiałów jakie są niezbędne do realizacji zamówienia.

Zważyć zatem należało, że:

- 1.faktury z dn.: 12 października 2023, 2 października 2023, 6 października 2023, 27 września 2023 (dwie faktury), 11 października 2023 składały się łącznie na kwotę 82.588,46 zł;
- 2.faktura z 8 września 2022 wystawiona przez podmiot z CHRL opiewała na kwotę 175.205,25 USD, co w przeliczeniu na złote wg kursu NBP z 8 września 2022 r. dawało kwotę 828.158,99 zł.

Łącznie zatem koszty materiałowe niezbędne do wykonania zamówienia zamykały się kwotą 910.747,45 zł, co oznaczało, że znacząco przekraczały cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Dodatkowo koszty te nie obejmują ponoszonych przez Przystępującego kosztów składowania, kosztów dostawy materiałów i elementów z CHRL, kosztów odprawy celnej, kosztów pośrednich, kosztów lakierowania proszkowego konstrukcji, kosztów podnośnika niezbędnego do montażu dekoracji na latarniach i rondach etc.

Przedstawione przez Przystępującego wyliczenia odnoszące się wyłącznie do czasu pracy oparte były na nierealistycznych założeniach. Czas potrzebny ogółem na wykonanie zamówienia zgodnie z kalkulacją Odwołującego wynosi 4.293 godzin, a zgodnie

z wyjaśnieniami IPB – 432 godziny. Ta dysproporcja była rażąca i nie dała się wytłumaczyć odmiennościami w organizacji produkcji, efektywnością pracy itp. - Odwołujący jest bardzo doświadczonym podmiotem w realizacji tego typu zamówień i nawet gdyby zakładać pewien margines błędu, to taka dysproporcja stanowiła o nierzetelności wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Według Przystępującego każdy pracownik produkcji będzie pracował 90,61 godzin, a każdy pracownik montażysta oraz lider – dekorator – 40 godzin. Taka konstrukcja wyjaśnień prowadziła do wniosku, że zostały one przygotowane bez dochowania należytej staranności, pobieżnie, jedynie z konieczności udzielenia Zamawiającemu jakiegokolwiek odpowiedzi.

Przystępujący nie złożył żadnych dowodów na poparcie swojej ceny, a złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były niewystarczające. W takich okolicznościach Zamawiający winien był ocenić, zgodnie z przepisem art. 224 ust. 6 Pzp, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień uzasadniających podaną w ofercie cenę.

Zarzut nr 2

W ocenie Odwołującego złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny kwalifikowały się do odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zdawkowość i brak jakiegokolwiek racjonalnej i uzasadnionej analizy kosztowej dla przedsięwzięcia, a także brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających realność przyjętych założeń kalkulacyjnych.

Odwołujący postawił jako ewentualny zarzut braku wezwania IPB do złożenia dalszych wyjaśnień, które przynajmniej odpowiadałyby na liczne wątpliwości, jakie zostały zgłoszone przez Odwołującego w uzasadnieniu pierwszego zarzutu dotyczącego złożonych już do tej pory wyjaśnień.

Choć zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia do tej pory złożone przez IPB ewidentnie stanowią podstawę nie do wzywania do kolejnych wyjaśnień, lecz do odrzucenia oferty tego wykonawcy, albowiem nie jest rolą zamawiającego poszukiwanie potwierdzenia zasadności ceny ofertowej, to jednak Odwołujący miał na uwadze, że ocena Izby w tej materii może być odmienna, stąd Odwołujący zdecydował się na postawienie tego zarzutu ewentualnego. Uzasadnieniem dla niego były wszystkie okoliczności, które zostały opisane powyżej w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp.

Zarzut nr 3

Zgodnie z pkt 4.1.4 ppkt 2 SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali,

że w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej jedną dostawę iluminacji świetlnej z okazji świąt Bożego Narodzenia i nowego roku o wartości co najmniej 600.000 zł brutto.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku IPB złożył wykaz dostaw, w którym wskazał na wykonanie dostawy świetlnych elementów dekoracji świątecznej łącznie z montażem, demontażem oraz serwisem dla miasta Sosnowiec o wartości 602.919,14 zł.

Z referencji wystawionych przez Gminę Sosnowiec, dla której zamówienie referencyjne zostało wykonane wynikało, że zakresem zamówienia objęte były: dostawa elementów dekoracji świątecznej, montaż tych elementów, ubezpieczenie w okresie ekspozycji, serwis, demontaż i odbiór elementów.

Mając na uwadze, że wartość całego przedmiotu zamówienia wyniosła 602.919,14 złotych, nie jest możliwe, aby wartość samej dostawy mogła spełniać warunek postawiony przez Zamawiającego tj. aby cena dostawy iluminacji wynosiła co najmniej 600.000 zł brutto. Zgodnie z art. 7 Pzp, przez „dostawy” rozumieć należy nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie

lub instalację. O ile zatem zakresem dostawy mogą być objęte rozmieszczenie lub instalacja, o tyle pozostałe usługi towarzyszące jak np. ubezpieczenie, serwis, demontaż i odbiór nie wchodzi w zakres ustawowej definicji dostawy, a tym samym wartość tych usług towarzyszących powinna być odjęta od wartości zamówienia referencyjnego.

W związku z powyższym ocenić należy, że przedstawiona przez IPB dostawa nie spełniała warunku udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji Zamawiający winien był wezwać Przystępującego do złożenia wykazu zawierającego inne zamówienie wykonane przez IPB, spełniające warunek.

W przypadku uznania, że wezwanie do uzupełnienia byłoby przedwczesne, kwestia ta powinna przynajmniej wywołać wątpliwości po stronie Zamawiającego, a zatem skłonić go do zażądania od IPB wyjaśnień w przedmiotowej kwestii.

Zarzut nr 3 miał charakter ewentualny, a zatem winien być rozpatrzony jedynie wtedy, gdyby dalej idący zarzut skutkujący odrzuceniem oferty IPB nie został uwzględniony.

W odpowiedzi na odwołanie z 20 listopada 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Oferta Odwołującego zajmuje dopiero trzecie miejsce w rankingu złożonych ofert. Co za tym idzie Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie, ale dopiero w następstwie odrzucenia również oferty uplasowanej na drugim miejscu. W zaistniałej sytuacji nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego nie uzyska statusu najwyższej ocenionej, co wskazuje na brak realnego interesu w uzyskaniu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący złożył pełne wyjaśnienia ceny, których treść nie budziła żadnych wątpliwości. W ramach szacunkowych kosztów pracy Przystępujący uwzględnił również koszty wynagrodzenia, diety, noclegu oraz wskazując jednocześnie,

że Spółka działa zgodnie z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

zaś wynagrodzenie pracowników przewidzianych do realizacji zadania na dostawę i montaż iluminacji świetlnej dla Miasta Chełm jest wyższe od minimalnej.

Twierdzenia Odwołującego były ogólnikowe. Zarzucił on m.in., że nie wykazano dlaczego czas potrzebny ogółem na wykonanie zamówienia wynosi 432 godziny. Odwołujący w żaden sposób nie przedstawił argumentacji, dlaczego z jego kalkulacji czas „ten wynosi aż 4293 godziny”.

Zamawiający nie miał wątpliwości co do pozostałych składników ceny, z uwagi na złożony przez Przystępującego wykaz dostaw, w którym wskazał na wykonanie dostawy świetlnych elementów dekoracji świątecznej dla miasta Sosnowiec. Zamówienie wykonane dla miasta Sosnowiec, które opiewało na kwotę 602.919,14 zł, było zbliżone pod kątem specyfikacji zamówienia do oferty przygotowanej dla Miasta Chełm, która opiewała na kwotę 615.000 zł. Zamawiający samodzielnie dokonał weryfikacji obu ofert pod kątem elementów świetlnych użytych w trakcie realizacji obu zadań, które były na tyle zbieżne, nie pozostawiały wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu w wykazie dostaw realizację będącą przedmiotem zamówienia o podobnej specyfikacji do zamówienia miasta Chełm, biorąc pod uwagę zbliżony asortyment zamówienia miasta Sosnowca w postaci iluminacji świetlnych w ilości 33 sztuk rodzajów elementów

w tym 198 sztuk dekoracji latarniowych oraz kilkunastu sztuk dekoracji wolnostojących

20 i 301 Zamawiający uznał przedstawioną cenę za realną, nie budzącą wątpliwości

w porównaniu do ilości elementów będących przedmiotem zamówienia miasta Chełm.

Przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty. Zamawiający przyjął również zapewnienie Przystępującego, że nie złożyłby on oferty nie pozwalającej na uzyskanie zysku.

Istotnym było, że Przystępujący mimo, braku zobowiązania przedstawiła również dowody

cen zakupu oświetlenia, folii oraz komponentów potrzebnych do realizacji zamówienia.

Brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego,

że koszty materiałowe niezbędne do wykonania zamówienia zamykały się w kwocie znacząco przekraczającej cenę zaoferowaną przez Przystępującego, podczas gdy wszystkie złożone przez tego Wykonawcę faktury zostały wystawione przed datą opublikowania ogłoszenia

o zamówieniu. Oczywistym dla Zamawiającego było, że Przystępujący z tak dużym doświadczeniem musi zaopatrzyć się w niezbędne podczas sezonu materiały i tworzywa, aby móc zrealizować większą ilość zamówień.

Zarzut dotyczący braku spełniania warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z pkt 4.1.4. pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) oferenci mieli obowiązek wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonali co najmniej jedną dostawę iluminacji świetlnej z okazji Świąt Bożego Narodzenia

i Nowego Roku o wartości co najmniej 600 000,00 zł brutto. Przystępujący złożył wykaz dostaw, w którym wskazał na wykonanie dostawy świetlnych elementów dekoracji świątecznej łącznie z montażem, demontażem oraz serwisem dla miasta Sosnowiec, o wartości zamówienia wynoszącej 602 919 zł.

Zamawiający podniósł, że o ile zakresem dostawy mogło być objęte rozmieszczenie

lub instalacja, o tyle pozostałe usługi towarzyszące jak ubezpieczenie i serwis czy demontaż nie wchodziły w zakres ustawowej definicji dostawy, a tym samym wartość tych usług powinna być odjęta od wartości zamówienia.

Mając jednak na uwadze treść choćby projektowanych postanowień umownych, w treści których (§ 4) zawarte zostały postanowienia dotyczące 24-miesięcznej gwarancji oraz warunków usunięcia awarii (serwis), twierdzenia podnoszone przez Odwołującego były zupełnie niezrozumiałe.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że złożony przez Zamawiającego wykaz dostaw obejmuje najem świetlnych elementów dekoracji świątecznej przez okres dwóch sezonów. Kwota najmu elementów świetlnych (wraz z dodatkowymi usługami) na jeden sezon została oznaczona

na kwotę 602.919,14 zł. Logicznym było, że w sytuacji zakupu elementów świetlnych (co jest przedmiotem zamówienia Miasta Chełm), wartość całego zamówienia byłaby zdecydowanie większa i przekraczałaby kwotę 600.000 zł.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Tym samym Izba uznała za niezasadną argumentację Zamawiającego i Przystępującego, którzy kwestionowali interes Odwołującego do wniesienia odwołania. Izba wskazuje, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, a odwołanie skierowane jest przeciwko ofercie najkorzystniejszej nie oznacza, że Odwołujący – w przypadku uwzględnienia odwołania – byłby i tak pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. To, że w postępowaniu jest jeszcze jedna, korzystniejsza oferta od tej Odwołującego nie oznacza, że Zamawiający

na pewno dokonałby jej wyboru jako najkorzystniejszej – jest to zdarzenie o charakterze przyszłym i niepewnym. Nie można więc na tej podstawie pozbawić Odwołującego prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem oferty Przystępującego,
2. korespondencji Zamawiającego i Przystępującego w zakresie wyjaśnień ceny jego oferty,
3. podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego,
4. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron na okoliczność wykazania prawidłowości jego twierdzeń dotyczących pracochłonności realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponieważ zarzut podstawowy został oddalony Izba rozpoznała całe odwołanie, tj. z zarzutami ewentualnymi włącznie.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu oferty złożyli:

1. Przystępujący - cena: 615 000,00 zł,
2. Odwołujący - cena: 919 283,55 zł,
3. Promoevent T.P., Roków 12, 34-100 Wadowice - cena: 799 377,00 zł,
4. POLAMP Sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku - cena: 998 771,19 zł.

Na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył 955 000,00 zł. Wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający oszacował na 794 321,09 zł netto.

26 października 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał:

„Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn.zm.), dalej „ustawa”, Zamawiający – Miasto Chełm, żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych zaoferowanej ceny (...).

Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający żąda wyjaśnień co najmniej w zakresie:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Przy tak skonstruowanym wezwaniu nie budziło wątpliwości Izby, że faktyczny obowiązek wyjaśnienia ceny oferty sprowadzał się do kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie 27 października 2023 r. Przystępujący wyjaśnił:

„(...)

2. PROCES PRODUKCYJNY

Proces produkcyjny realizacji Zamówienia będzie trwał 17 dni. Spółka zakłada, że w tym czasie Zamówienie będzie realizowało 3 pracowników, w wymiarze 16 godzin na dobę, tj. każdy przez 5,33 godziny dziennie. Pracownicy ci będą zajmowali stanowiska „instruktor-elektryk” (posiadający świadectwo kwalifikacyjne E), „lider-dekorator” oraz „pracownik fizyczny – spawacz, ślusarz” (posiadający świadectwo kwalifikacyjne D). Umowy, które Spółka zawiera z pracownikami na takim stanowisku, przedkładamy w załączeniu (załącznik nr 1). Wynika

z nich, że wynagrodzenie spełnia wymogi przepisów:

- (1) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- (2) kodeksu pracy;
- (3) innych przepisów z zakresu prawa pracy;
- (4) przepisów z zakresu zabezpieczenia społecznego.

Poniższe zestawienie prezentuje koszt, którego poniesienie Spółka przewiduje w celu realizacji Zamówienia w zakresie produkcji:

| | A | B | C | D | |
|---------------------------------------|---------------------------------|----------------------------|-----------------------|-------------------------------|--------------------|
| Stanowisko | Wynagrodzenie miesięczne brutto | Całkowity koszt pracodawcy | Stawka roboczogodziny | Ilość godzin (5,33h x 17 dni) | Suma C+D |
| Instruktor-elektryk | 4.869,57 zł | 5.845 zł | 36,53 zł | 90,61 h | 3.309,98 zł |
| Lider-dekorator | 4.266,21 zł | 5.120 zł | 32,00 zł | 90,61 h | 2.899,52 zł |
| Pracownik fizyczny – spawacz, ślusarz | 5.059,67 zł | 6.074 zł | 37,96 zł | 90,61 h | 3.439,78 zł |
| Suma: | | | | | 9.649,28 zł |

3. PROCES MONTAŻU

Proces montażowy będzie natomiast trwał 5 dni i do jego realizacji przewidzianych jest również trzech pracowników – monterów. Ponadto, do realizacji Zamówienia zostanie przez Spółkę zaangażowany „liderdekorator”, który posiada uprawnienia do kierowania ruchem drogowym podczas wykonywania robót drogowych, osoba na tym stanowisku będzie realizowała Zamówienia zarówno w trakcie produkcji, jak i montażu, zgodnie ze stawką przewidzianą w umowie o pracę.

Do kalkulacji przyjęto założenie, że każdy pracownik będzie wykonywał czynności przez

8 godzin dziennie, przez 5 dni, tj. łącznie 40 godzin. W związku z tym, że Spółka przewiduje zaangażowanie osób na tożsamyh stanowiskach jak wskazane w przedłożonych umowach

o pracę, należy wskazać, że wynagrodzenie spełnia wymogi przepisów:

- (1) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- (2) kodeksu pracy;
- (3) innych przepisów z zakresu prawa pracy;
- (4) przepisów z zakresu zabezpieczenia społecznego.

Poniższe zestawienie prezentuje koszt, którego poniesienie Spółka przewiduje w celu realizacji Zamówienia w zakresie montażu:

| | A | B | C | D | |
|------------|---------------------------------|----------------------------|-----------------------|---------------------------|----------|
| Stanowisko | Wynagrodzenie miesięczne brutto | Całkowity koszt pracodawcy | Stawka roboczogodziny | Ilość godzin (8h x 5 dni) | Suma C+D |

| | | | | | |
|------------------------------------|-------------|----------|----------|------|--------------------|
| 1.Montażysta (instruktor elektryk) | 4.869,57 zł | 5.845 zł | 36,53 zł | 40 h | 1.461,20 zł |
| 2.Montażysta (instruktor elektryk) | 4.869,57 zł | 5.845 zł | 36,53 zł | 40 h | 1.461,20 zł |
| 3.Montażysta (instruktor elektryk) | 4.869,57 zł | 5.845 zł | 36,53 zł | 40 h | 1.461,20 zł |
| Lider-dekorator | 4.266,21 zł | 5.120 zł | 32,00 zł | 40 h | 1.280 zł |
| Suma: | | | | | 5.663,60 zł |

Zgodnie z przepisem art. 775 § 1 kodeksu pracy w zw. z Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, dalej jako Rozporządzenie, do ww. kosztów należy dodać koszt:

- diety pracowników przez okres 5 dni przy stawce 45 zł (§ 7 ust. 1 Rozporządzenia), tj. 900 zł;
- noclegu przy stawce 150% dziennej diety (§ 8 ust. 3 Rozporządzenia), tj. 1.350 zł;
- szacowany zwrot kosztów dojazdu z miejsca pracy do miejsca wykonywania montażu i z powrotem (4 pracowników), 442 km x 2 x 1,15 zł x 4 pracowników, tj. 4.066,40 zł.

W związku z tym, koszty pracy związane z realizacją Zamówienia w zakresie kosztów montażu są szacowane na kwotę 11.980 zł.

4. PODSUMOWANIE

Reasumując szacunkowe koszty pracy, w wysokości wynikającej i zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, prezentuje poniższa zbiorcza tabela:

| | |
|---------------------------------------|---------------------|
| Koszty pracy w zakresie produkcji: | 9.649,28 zł |
| Koszty pracy w zakresie montażu, tym: | 11.980 zł |
| - wynagrodzenia | 5.663,60 zł |
| - diety | 900 zł |
| - nocleg | 1.350 zł |
| - dojazdy | 4.066,40 zł |
| Suma: | 21.629,28 zł |

(...)

Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ, pkt 4.1 ppkt 4.1.4:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale 5 SWZ oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

(...)

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

2) wykażą w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, że wykonali co najmniej jedną dostawę iluminacji świetlnej z okazji Świąt Bożego Narodzenia i Nowego Roku o wartości co najmniej 600 000,00 zł brutto”.

W zakresie spełnienia ww. warunku Zamawiający wskazał w SWZ:

„6.4. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia): (...)

- b) wykaz dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 4.1.4.2) SWZ”.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych

z 30 października 2023 r. Przystępujący złożył wykaz usług, w którym powołał się na realizację zamówienia: Dostawa świetlnych elementów dekoracji świątecznej łącznie z montażem/ demontażem/serwisem dla Miasta Sosnowiec na

kwotę 602 919,14 zł. Wraz z ww. wykazem Przystępujący złożył referencje od Gminy Sosnowiec, które potwierdzały należyłą realizację zadania. Co istotne w treści referencji zawarto następującą informację:

„(...) wykonało w ramach umowy nr WGK.272.01.8.2021 z dnia 23.09.2021 r. dotyczącej realizacji przedsięwzięcia pn.: Najem świetlnych elementów dekoracyjnych dla miasta Sosnowca, sezony: 2021/2022, 2022/2023:

- dostawę świetlnych elementów dekoracji świątecznej
- montaż elementów
- ubezpieczenie w okresie ekspozycji 2021/2022
- serwis
- demontaż i odbiór świetlnych elementów dekoracji świątecznej.

Wartość wykonanej usługi w sezonie 2021/2022 - 602 919,14 złotych brutto (...)

2 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu był co najmniej przedwczesny.

Zarzut nr 1 nie potwierdził się. Podstawą oceny zarzutu było porównanie wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, oraz złożonych w odpowiedzi wyjaśnień tego ostatniego.

Po przeprowadzeniu dowodu z wyjaśnień Przystępującego Izba uznała, że udzielił on należytej odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania w treści wezwania

do wyjaśnień ceny oferty. Wezwanie miało niewątpliwie bardzo wąski zakres, ale Odwołujący go nie kwestionował.

Odwołujący twierdził, że Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie dotyczącym niewielkiego ułamka ceny oferty, ale nie odniósł się przy tym do faktu, że zakres wyjaśnień był adekwatny do treści wezwania z 26 października 2023 r.

Odwołujący kwestionował wyjaśnienia ceny Przystępującego twierdząc, że Przystępujący przyjął do kalkulacji zbyt małą ilość roboczogodzin potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Izba przeprowadziła dowód z dokumentów złożonych przez Odwołującego

na potwierdzenie powyższego twierdzenia i uznała, że były one niewystarczające dla uznania, że stanowisko Odwołującego zostało udowodnione.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie zawarł w SWZ wymogów dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, jego organizacji czy zakładanej, minimalnej czasochłonności. Wykonawcy mieli więc pod tym względem pełną dowolność. Oferty złożone przez Odwołującego, pochodzące od podwykonawców nie mogły stanowić dowodu na okoliczność wykazania, że Przystępujący nie będzie w stanie zrealizować zadania w czasie krótszym niż inne podmioty.

Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 1 Wzoru umowy (zał. Nr 7 do SWZ) Wykonawca udziela

na przedmiot umowy 24 miesięcy gwarancji. Tymczasem jedna ze złożonych ofert

(od podmiotu Krupa Design) zawiera informacje o gwarancji 12-miesięcznej, a także o terminie realizacji do 8 grudnia 2024 r., mimo, że zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 3.1 SWZ "Termin wykonania zamówienia ustala się do 25 dni licząc od daty zawarcia umowy". Cena oferty została z kolei zasłonięta (zamazana).

Pozostałe dwie oferty złożone jako dowód przez Odwołującego również miały zasłonięte

ceny. Ze złożonych ofert podwykonawców nie wynikały również żadne informacje

co do zamierzonego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w powierzonym im zakresie.

Trudno w tej sytuacji ustalić, czy oferty podwykonawców mogły być uznane za porównywalne do oferty Przystępującego.

Zarzut nr 2 podlegał oddaleniu jako nienależycie uzasadniony w kontekście zawartych

w odwołaniu twierdzeń. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać

od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepis powyższe może stanowić więc podstawę do wezwania do wyjaśnień treści oferty,

nie zaś do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy. Ponadto twierdzenia Odwołującego podniesione w zakresie zarzutu nr 2 dotyczyły okoliczności na które powołał się on w zakresie zarzutu nr 1 i w żaden sposób nie mogły stanowić uzasadnienia zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ustalenie takie było przede wszystkim wynikiem oddalenia zarzutu nr 1, ale także konstrukcji zarzutu nr 2.

Zarzut nr 3 potwierdził się. Odwołujący słusznie podniósł, że wątpliwym jest, by zadanie

na realizację którego powołał się Przystępujący spełniało wymogi SWZ, co do warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe znaczenia miała tu treść referencji złożonych przez Przystępującego. Z dokumentu tego wynikało, że zadanie na którego realizację powołał się przystępujący to najem świetlnych elementów dekoracyjnych dla miasta Sosnowca. O ile dostawa wchodziła w zakres przedmiotu zamówienia to nie była jego jedynym elementem. Z tego względu Izba uznała, że zarzut nr 3 potwierdził się o tyle, że Zamawiający winien – dochowując należytej staranności – przeprowadzić postępowanie wyjaśniające

co do wartości zrealizowanych przez Przystępującego dostaw w ramach zadania ujętego w wykazie dostaw. Trudno bowiem bezkrytycznie przyjąć, że:

- montaż elementów,
- ubezpieczenie w okresie ekspozycji 2021/2022,
- serwis,
- demontaż i odbiór świetlnych elementów dekoracji świątecznej,

zawierały się w kwocie 2 919,14 zł na tle całej wartości oferty Przystępującego (602 919,14 zł). O ile taka okoliczność nie jest całkowicie wykluczona, to w ocenie Izby Zamawiający jako dysponent środków publicznych winien w takim przypadku zachować należyłą dozę krytycyzmu i zweryfikować, czy zadanie na którego realizację powołał się Przystępujący rzeczywiście potwierdza, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Z tego względu Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że Zamawiający dokonał jej wyboru przed przeprowadzeniem wystarczająco starannej oceny w zakresie dokumentów złożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: