

WYROK
z 1 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 30 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 marca 2021 r. przez Zakłady Usługowe Centrum Usługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających:

- A. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,
- B. Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie

w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzą PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe Natura Tur A. C. z siedzibą w Białymstoku i K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Natura Tur K. W. z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów numer 1 i 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Zakłady Usługowe Centrum Usługa

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie działając w imieniu i na rzecz:

- A. PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. z siedzibą w Warszawie,
- B. Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie

(dalej: Zamawiający) prowadzą na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A i PKP S.A. - obszar Siedlce”, nr referencyjny: ILG7c-231-18/2020 (dalej: Postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 207-505876.

1 marca 2021 r. wykonawca Zakłady Usługowe Centrum Usługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24aa Pzp przez zaniechanie zbadania pod kątem wykluczenia i spełniania warunków udziału w przetargu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący Impel lub Impel),
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 85 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Impel mimo braku przedłużenia gwarancji wadialnej lub wniesienia nowego wadium, a co za tym idzie braku spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Impel mimo okoliczności, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę, która poddawała w wątpliwość możliwość należytego wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a wykonawca nie wykazał, że oferowana przez niego cena nie była rażąco niska, - w konsekwencji których Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego Impel jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. odrzucenia oferty złożonej przez Impel z uwagi na wadliwe wniesienie wadium, ewentualnie z uwagi na zawarcie w ofercie Impel rażąco niskiej ceny,
3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W rozdziale XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swoją ofertę wadium w wysokości 100.000 zł oraz oznaczył termin przed upływem którego wadium powinno zostać wniesione. Na gruncie niniejszego postępowania terminem tym był termin składania ofert ustalony na 5 listopada 2020 r., przedłużony następnie o jeden dzień - 6 listopada. Zgodnie z dalszymi postanowieniami SIWZ - Rozdział XIX wykonawcy pozostawali związani złożonymi ofertami przez okres 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Z powyższego wynikało zatem, że sześćdziesięciodniowy termin związania ofertą upływał z dniem 5 stycznia 2021 r.

Przystępujący Impel oświadczeniem z 12 stycznia 2021 r., a zatem po tygodniu od dnia upływu terminu związania ofertą, przedłożył oświadczenie wydłużające związanie ofertą o dalszych 60 dni. Ponadto do oświadczenia dołączył aneks nr 1 z 12 stycznia 2021 r. przedłużający termin gwarancji bankowej do 19 marca 2021 r. Należy jednak zauważyć, że

gwarancja bankowa udzielona wcześniej dla Impel obejmowała okres od 5 listopada 2020 r. do 11 stycznia 2021 r. i zgodnie z jej treścią „wygasa automatycznie i całkowicie jeżeli żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem nie zostanie nam przekazane w tym terminie”. Z powyższego wynikało zatem, że udzielona gwarancja bankowa wygasła wraz z końcem dnia 1 stycznia 2021 r. Ww. aneks nr 1 nie mógł stanowić jej przedłużenia, a jedynie nową gwarancję udzieloną od daty jej zawarcia, tj. od 12 stycznia 2021 r. godz. 15:49:17, kiedy to złożono ostatni podpis na dokumencie.

W oparciu o powyższe argumenty Odwołujący wywiódł, że oferta Przystępującego Impel podlegała odrzuceniu z postępowania. Uzasadnienie dotyczyło zarzutu nr 1 i 2.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał:

Oferta Przystępującego Impel została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu 29 grudnia 2020 r. Na czynność wyboru tej oferty Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i zarzucił Zamawiającemu między innymi zaniechanie odrzucenia oferty Impel jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu bezpodstawne zaniechanie odtajnienia złożonych przez Przystępującego Impel wyjaśnień dotyczących ceny oferty tego wykonawcy. Ze względu na fakt utajnienia tych dokumentów Odwołujący nie miał możliwości postawienia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Impel w sposób odpowiednio szczegółowy.

Zgodnie z wyrokiem KIO 93/21 z 16 lutego 2021 r. Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie ww. dokumentów Przystępującego Impel, w pozostałym zaś zakresie oddaliła odwołanie.

Po analizie treści odtajnionych dokumentów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku postępowania dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przez zaniechanie dokonania wnikliwej oceny pod kątem kompletności oraz zasadności wyjaśnień złożonych przez Impel, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Impel jako zawierającej rażąco niską cenę.

Pierwszą z okoliczności poddających w wątpliwość wiarygodność wyjaśnień złożonych przez Impel stanowiły wyliczenia dotyczące kosztów wykonawcy związanych z koniecznością zatrudnienia pracowników. W treści wyjaśnień z 14 grudnia 2020 r., Przystępujący Impel wskazał, że okolicznością wpływającą na możliwość zaoferowania ceny niższej będzie zatrudnianie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. Zgodnie ze stanowiącą załącznik do wyjaśnień tabelą, wyszczególniającą ilość pracowników niezbędnych do wykonywania zamówienia i koszty z tym związane, Impel planował zatrudnić 10 osób zaliczonych do II grupy niepełnosprawności, tj. stopnia umiarkowanego. To przekładać się z kolei miało na oszczędności w wysokości 12 000 zł miesięcznie. Jednocześnie Impel w odniesieniu do wszystkich pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę określił, że praca będzie wykonywana w pełnym wymiarze godzin, co w odniesieniu do

pracowników niepełnosprawnych pozostawało w sprzeczności z art. 15 ust. 2 i 3 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, który zakazuje zatrudniania osoby niepełnosprawnej zaliczonej do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności w wymiarze czasu pracy przekraczającym 35 godzin tygodniowo oraz w godzinach nadliczbowych, za wyjątkiem sytuacji określonych w art. 16 ust. 1 ustawy tj. na wniosek osoby zatrudnionej, za zgodą lekarza przeprowadzającego badania profilaktyczne. Mając na uwadze powyższe, Przystępujący Impel błędnie założył, że możliwe będzie zatrudnienie 10 pracowników ze stwierdzonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w pełnym wymiarze czasu pracy, podczas gdy w rzeczywistości ta grupa pracowników mogłaby wykonywać swoje obowiązki w wymiarze mniejszym, co przekładało się na konieczność zatrudnienia większej ilości pracowników dla wykonania określonego zadania. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, w przypadku zatrudnienia 10 pracowników niepełnosprawnych w wymiarze 35 godzin tygodniowo, istniałaby konieczność zatrudnienia co najmniej jednego, dodatkowego pracownika, dla wykonania takiej samej ogólnej liczby godzin w ciągu miesiąca, czego skutkiem byłoby zwiększenie kosztów po stronie wykonawcy zgodnie z danymi przedstawionymi przez Impel o 3 360,28 zł.

W odniesieniu do kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników, Impel wskazał również, że do czynników pozwalających wyeliminować pośrednie i dodatkowe koszty zatrudnienia pracownika wchodziła okoliczność korzystania przez wykonawcę z usług agencji pracy tymczasowej i innych pośredników. W ocenie Odwołującego powyższe twierdzenie było niewiarygodne. Fakt korzystania z tego typu usług niewątpliwie ułatwia i usprawnia proces poszukiwania i zatrudniania pracowników, jednakże powoduje również zwiększenie, a nie zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia. Wynika to z konieczności uwzględnienia wynagrodzenia podmiotów działających w roli pośredników. Fakt korzystania z usług agencji pracy w ramach jednej grupy kapitałowej tego nie zmienia, a co za tym idzie wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie budziły wątpliwości, co do wiarygodności przedstawionych wyliczeń w zakresie kosztów wykonawcy. Współpraca w ramach grupy kapitałowej nie zwalnia bowiem konieczności zapewnienia ekwiwalentności świadczeń, zgodnie z definicją przedsiębiorcy z art. 3 ustawy z 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców.

Należy mieć na uwadze w fakt, że zgodnie z ww. dokumentem miesięczna marża - zysk Przystępującego - ustalony został na poziomie 6 433,41 zł. Tak niska różnica pomiędzy wskazanymi przez Impel kosztami wykonywania zamówienia publicznego, po uwzględnieniu dodatkowych kosztów wynikających z okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania, a zaproponowaną ceną sprawiała, że przy ww. założonym zysku realizacja zadania byłaby dla Przystępującego ekonomicznie nieopłacalna.

Odwołujący wskazał na nieuwzględnienie w zestawieniu kosztów wydatków na wynajem pomieszczeń służących do przechowywania sprzętu i maszyn. Odwołujący podkreślił, jako podmiot, który obecnie świadczy przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego, że był to koszt na poziomie około 2 000 zł brutto/miesięcznie z tytułu najmu powierzchni. Dodatkowe koszty związane były z zakupem, rozwiezieniem w okresie zimowym, a następnie zwiezieniem i magazynowaniem w sezonie letnim pojemników na piasek, czego Przystępujący Impel również nie uwzględnił. Nawet jeśli magazynowanie miało odbywać się na terenie nieruchomości wykonawcy, to zestawienie kształtujące cenę oferty nie odnosiło się do tych, koniecznych składników cenotwórczych. Zdaniem Odwołującego koszty te wynosiłyby średniomiesięcznie 1 800 zł.

Przystępujący Impel w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił miesięcznych kosztów generowanych przez konieczność przeprowadzenia szkoleń nowych pracowników min. w zakresie zasad bezpieczeństwa związanych z wchodzeniem na międzytorza czy wyposażenia pracowników w środki ochrony osobistej, takich jak maseczki, czy środki dezynfekujące. Odwołujący wskazał, że koszty szkoleń to ok. 750 zł miesięcznie. Z kolei miesięczny koszt zapewnienia środków ochrony osobistej, w tym maseczek oraz środków dezynfekcji to miesięcznie około 20 000,00 zł.

Wątpliwości Odwołującego wywołała także ilość i rodzaj sprzętu wskazanego przez Impel, jako wystarczających do prawidłowego wykonania zamówienia. W oparciu o własne doświadczenia Odwołującego związane ze świadczonymi na terenie objętym niniejszym postępowaniem usługami, ilość kos spalinowych niezbędnych dla skutecznego wykonywania zamówienia powinna być o połowę wyższa - około 20 sztuk, podczas gdy Impel wskazał zaledwie 9 sztuk sprzętu koszącego. Mimo posiadania odpowiedniego zaplecza sprzętowego Odwołujący płacił kary za niewykoszenie w terminie terenów zielonych w okresie letnim.

Przystępujący Impel rażąco zaniżył koszt serwisowania i bieżącego utrzymania maszyn, urządzeń i narzędzi służących do należytego wykonania umowy - do kwoty 7 000,00 zł miesięcznie w sezonie wiosenno-letnim. Odwołujący podkreślił, że przy wykonywaniu kontraktu po raz pierwszy na danym obszarze koszt ten byłby dużo wyższy. Z kolei w okresie zimowym koszty bieżącego utrzymania oraz serwisu odśnieżarek, a także wydatki związane z zakupem drobnego sprzętu oraz środków do odśnieżania wyniosą około 5 000 zł miesięcznie.

Nietrafne było również twierdzenie Przystępującego Impel, jakoby wykorzystanie drobnego sprzętu stosowanego do wykonywania zamówienia nie rodziło bieżących kosztów jego utrzymania. Niezasadnym było założenie, że przez cały okres wykonywania zamówienia wynoszący kilkanaście miesięcy, sprzęt taki jak chociażby mopy, miotły czy łopaty

do odśnieżania nie ulegnie zużyciu, a co za tym idzie nie zaistnieje potrzeba zakupu nowego sprzętu.

Wśród innych kosztów związanych z świadczeniem usług w tym zakresie, a przekraczających zakres bieżącego utrzymania czystości, Odwołujący wskazał na leżący po stronie wykonawcy obowiązek usuwania graffiti, co - w odniesieniu do całego obszaru objętego zamówieniem - generuje miesięczne koszty za zakup specjalistycznych środków w wysokości około 1 500 zł brutto miesięcznie.

Przystępujący Impel zadeklarował w swojej ofercie kary umowne na poziomie 5,5 % wynagrodzenia brutto miesięcznego dla danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł. Mimo tego, w treści wyjaśnień Impel nie uwzględnił środków, które mogłyby zostać przeznaczone na zapłatę nałożonych kar umownych. Z punktu widzenia rzetelnej wyceny kosztów związanych z wykonywaniem zamówienia, zabezpieczenie odpowiednio wysokiej rezerwy finansowej na poczet gwarancji należytego wykonania umowy powinno zostać uwzględnione w kalkulacji oferty.

Odwołujący podniósł, że kary umowne stanowią nieodzowny element wykonywania tego typu usług, na co pośrednio wskazał sam Zamawiający, stawiając poziom deklarowanych przez oferenta kar umownych jako jeden z dwóch wskaźników kształtujących ocenę punktową oferty. Twierdzenie, jakoby Impel miał nie otrzymywać kar w toku trwania umowy byłoby oderwane od realiów wykonywania tego typu usług dla Zamawiającego – Odwołujący podkreślił, że przy realizacji tego rodzaju usług kary umowne są stałym elementem – występują zawsze.

Mając na uwadze powyższe, przedstawiona przez Impel kalkulacja kosztów była nieprawidłowa i nie zawierała szeregu niezbędnych do poniesienia kosztów, które łącznie - według wyliczeń Odwołującego - wynosiły 38 050 zł i w zdecydowanej części tej kwoty nie zostały uwzględnione przez Impel.

15 marca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3, jako dotyczących czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby oraz ze względu na powołanie się przez Odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego,
2. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 z uwagi na wniesienie powyższego zarzutu odwołania po upływie terminu określonego w ustawie Pzp,

zaś w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. wniosku, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z rozdziałem XXIII ust. 1 SIWZ Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W wyniku przeprowadzonej 3 grudnia 2020 r. aukcji elektronicznej doszło do ostatecznego ustalenia cen ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu w następujących kwotach:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe Natura Tur A. C. z siedzibą w Białymstoku i K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Natura Tur K. W. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Przystępujący Natura Tur) - 2 641 538,39 zł brutto,
2. Odwołujący – 2 641 538,39 zł brutto,
3. Przystępujący Impel – 7 473 639,74 zł brutto.

W związku z tym, że w wyniku aukcji elektronicznej zostały złożone oferty z taką samą ceną brutto oraz uzyskały one taką samą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, Zamawiający był zmuszony podjąć 4 grudnia 2020 r. decyzję o unieważnieniu czynności aukcji elektronicznej.

Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem XXIII SIWZ, Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do wzięcia udziału w kolejnej aukcji elektronicznej, która miała odbyć się 9 grudnia 2020 r.

W jej wyniku doszło do ostatecznego ustalenia cen ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu w następujących kwotach:

1. Przystępujący Natura Tur - 4 510 325,13 zł brutto,
2. Odwołujący – 7 503 277,19 zł brutto,
3. Przystępujący Impel – 4 473 609,74 zł brutto.

W związku z powyższym rozstrzygnięciem aukcji elektronicznej, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający zwrócił się do wykonawców Impel oraz Natura o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym struktury kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia. Obaj ww. wykonawcy złożyli wymagane odpowiedzi. Zamawiający uznał, że żadna ze złożonych ofert nie zawiera rażąco niskiej ceny.

29 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego Impel.

Od czynności przeprowadzonych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania Odwołujący wniósł odwołanie z 7 stycznia 2021 r. Odwołujący zarzucił m. in. naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz 3 Pzp polegające na nieodrzczeniu oferty złożonej w toku postępowania przez Impel mimo okoliczności, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę, a wykonawca nie wykazał, że oferowana przez niego cena nie była rażąco niska,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz 3 Pzp przez nieodrzućenie oferty złożonej w toku postępowania przez Przystępującego Natura Tur, mimo iż oferta zawierała rażąco niską cenę,
3. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej: „Uznk”, przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego części wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego Impel,
4. art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 18 Pzp przez niewykluczenie Przystępującego Natura Tur z postępowania mimo wystąpienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia tj. braku upływu terminu 3 lat od wystąpienia działań ww. wykonawcy, który bezprawnie próbował wpłynąć na czynności zamawiającego,
5. art. 24aa Pzp przez zaniechanie zbadania oferty złożonej przez Impel pod kątem wykluczenia i spełniania warunków udziału w przetargu,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z rozdz. XI pkt 3 lit. b SIWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty Impel jako wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z udziału w Postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest kryterium posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
7. 7. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości przez zaniechanie wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta Odwołującego uzyskała najwyższy wynik spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W wyroku KIO 93/21 z 16 lutego 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że zasadnym był jedynie zarzut nr 3. W konsekwencji Izba nakazała odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Impel na okoliczność wykazania, że oferta tego wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Na skutek dokonania czynności zgodnie z wyrokiem KIO Zamawiający 19 lutego 2021 r. dokonał ponownego wyboru oferty Impel jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Twierdzenia zawarte w aktualnie rozpatrywanym przez Izbę odwołaniu z 1 marca 2021 r., zostały podniesione również w ramach poprzedniego odwołania (w szczególności w zakresie zarzutu nr 1 i nr 5 odwołania). Ponadto, zakres przedmiotowy zarzutów nr 1 i nr 3 odwołania z 1 marca 2021 r., poza kilkoma dodatkowymi szczegółowymi argumentami, pokrywał się z argumentacją podniesioną przez Odwołującego w treści odwołania z 7 stycznia 2021 r.

Zarzuty oraz twierdzenia podniesione w odwołaniu z 1 marca 2021 r. stanowiły powtórzenie zarzutów i twierdzeń podniesionych w odwołaniu z 7 stycznia 2021 r.

Zarzuty nr 1 i nr 3 podniesione w odwołaniu z 1 marca 2021 r. odnosiły się do tych samych

kwestii i twierdzeń, a przede wszystkim okoliczności, które były podniesione w odwołaniu z 7 stycznia 2021 r. i zostały oddalone wyrokiem z 16 lutego 2021 r., zatem odwołanie w powyższym zakresie powinno podlegać odrzuceniu. Co istotne, okoliczności faktyczne w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do stanu faktycznego rozpatrywanego przez Izbę na podstawie odwołania z 7 stycznia 2021 r. nie zmieniły się w jakimkolwiek, nawet najmniejszym, stopniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut ten również powinien podlegać odrzuceniu. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku z 16 lutego 2021 r. Izba wskazała, że: „Granice rozpoznania odwołania przez Izbę wyznacza art. 192 ust.7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z uwagi na to, że zarzuty dotyczące upływu terminu związania ofertą i zabezpieczenia wadium, zostały podniesione dopiero w toku rozprawy przed Izbą i nie zostały zgłoszone w odwołaniu, Izba pozostawiła je bez rozpoznania”. Tymczasem Odwołujący już w trakcie rozprawy odwoławczej dysponował dokumentami dotyczącymi przedłużenia przez wykonawców terminu związania ofertą oraz przedłużenia terminu wadium lub wniesienia nowego wadium. Z uwagi na powyższe, termin na złożenie odwołania od zaniechania przez Zamawiającego ewentualnego odrzucenia oferty Impel z powodu nieprzedłużenia terminu należało złożyć w terminie 10 dni od dnia zaniechania dokonania tej czynności przez Impel. Od powyższego rzekomego zaniechania Odwołujący wniósł odwołanie dopiero 1 marca 2021 r.

W kwestii zatrudnienia na pełen etat pracowników niepełnosprawnych, Zamawiający podniósł, że w treści wyjaśnień ceny z 14 grudnia 2020 r. Impel wskazał jedynie jaki będzie wymiar etatu pracowników zaliczonych do II grupy niepełnosprawności („pełny”) bez wskazywania konkretnej liczby godzin pracy, w związku z czym brak jest podstaw do stwierdzenia w tym zakresie naruszenia art. 15 ust. 2 i 3 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Ponadto, jak wynikało z treści uzasadnienia wyroku z 16 lutego 2021 r., wykonawca nie miał obowiązku składania na potwierdzenie powyższych informacji żadnych dodatkowych informacji, typu zaświadczenie PFRON.

Pozbawione uzasadnienia były również twierdzenia Odwołującego dotyczące konieczności zwiększenia, zamiast zmniejszenia kosztów zamówienia, ze względu na korzystanie z usług agencji pracy tymczasowej i innych pośredników w ramach grupy kapitałowej Impel. Koszty pośrednictwa rozciągały się na całą grupę kapitałową, podczas gdy korzystanie z usług agencji pozwalało na wyszukiwanie współpracowników świadczących usługi po dużo niższym wynagrodzeniu, co w ostatecznym rozrachunku pozwala na optymalizację kosztów.

Twierdzenia o nieopłacalności realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Impel były bezzasadne, biorąc pod uwagę, że cena oferty Impel stanowiła cenę niewiele niższą od ceny oferty wykonawcy Natura Tur, podczas, gdy cena tej ostatniej oferty została w poprzednim wyroku uznana za rynkową. Tymczasem Impel przedstawił wyjaśnienia jeszcze bardziej

szczegółowe niż Natura Tur oraz odwołujące się do konkretniejszych informacji, przez co nie sposób było stwierdzić, aby realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez Impel, nie opłacała się ww. wykonawcy.

Twierdzenia o zaniżeniu przez Impel poszczególnych pozycji (np. zaniżenia kosztów serwisu), nie zostały poparte żadnymi dowodami, w związku z czym należało uznać powyższe twierdzenia za gołosłowne. Ponadto Impel przewidział w ramach swojego wyliczenia rezerwę na usługi dodatkowe w kwocie 4500 zł miesięcznie.

30 marca 2021 r. Przystępujący Impel w odpowiedzi na zarzut nr 3 odwołania złożył pismo procesowe i wniósł o oddalenie zarzutu. Przystępujący Impel wyjaśnił ponadto przyczyny, dla których uważał, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej nPzp.

Izba rozpoznała wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości i uznała go za zasadny w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania. Izba uznała, że oba zarzuty oparte są na tych samych okolicznościach faktycznych. Niewątpliwym również jest, że Odwołujący uzyskał wiedzę na temat tych okoliczności 25 stycznia 2021 r., tj. w momencie, gdy Zamawiający zrealizował wniosek Odwołującego o wgląd do dokumentów Przystępującego Impel dotyczących wydłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający w piśmie z 25 stycznia 2021 r. wyjaśnił Odwołującemu w zakresie dotyczącym oferty Impel m. in.:

„Zamawiający w toku postępowania nie zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 85 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych (...). Wykonawca (...) w dniu

12.01.2021 r. samodzielnie przedłużył termin związania ofertą oraz przedłożył aneks do gwarancji bankowej – dokumenty w załączeniu”.

Skoro Odwołujący nie zgadzał się z Zamawiającym, co do prawidłowego zabezpieczenia wadialnego oferty Impel, to termin do wniesienia odwołania od zaniechania czynności odrzucenia tej oferty należało liczyć od momentu pozyskania przez Odwołującego ww. informacji. Podniesienie zarzutu nr 1 i 2 dopiero 1 marca 2021 r. należy uznać zatem za spóźnione. W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty nr 1 i 2 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołanie w zakresie zarzutu nr 3. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który twierdził, że zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego Impel był już przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, co znalazło swój wyraz w wyroku KIO 93/21. Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotowy zarzut był przedmiotem rozpoznania wyłącznie, co do okoliczności faktycznych na które powołał się Odwołujący i w takim zakresie został on oddalony. Odwołujący na etapie odwołania z 7 stycznia 2021 r. nie miał dostępu do złożonych przez Impel wyjaśnień ceny oferty i dowodów załączonych do tych wyjaśnień. Dokumenty te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Impel, a ich odtajnienie nastąpiło dopiero 19 lutego 2021 r., w wyniku realizacji przez Zamawiającego wyroku KIO 93/21.

Zarzut nr 3 nie stanowi powielenia zarzutu dotyczącego ceny oferty Przystępującego Impel zawartego w odwołaniu z 7 stycznia 2021 r. Argumentacja Odwołującego dotycząca zarzutu nr 3 oparta odnosi się do treści odtajnionych 19 lutego 2021 r. dokumentów Przystępującego Impel, zatem do informacji, do których Odwołujący nie miał dostępu na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego. W konsekwencji Izba uznała, że wobec zarzutu nr 3 odwołania nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosili skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego:

- A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe Natura Tur A. C. z

siedzibą w Białymstoku i K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Natura Tur K. W. z siedzibą w Białymstoku.

Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego wobec przystąpienia Przystępującego Natura Tur do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Przystępujący Natura Tur nie ma interesu do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ze względu na brak zarzutów odwołania dotyczących Przystępującego Natura Tur i jego oferty. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego było niezasadne. Odwołujący uzasadniając interes do wniesienia odwołania w jego treści szczegółowo opisał nieprawidłowości i wady jakimi w jego ocenie dotknięta jest oferta Natura Tur. Odwołujący wprost wskazał przy tym, że Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania, m. in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp. Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie interesu do wniesienia odwołania sformułowane było tak, że skład orzekający również miał wątpliwości, co do faktycznych intencji Odwołującego i celu, dla którego w treści odwołania została zawarta cała argumentacja dotycząca Przystępującego Natura Tur. Dopiero w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący wyjaśnił, że powyższa argumentacja nie stanowiła zarzutów wobec oferty i Przystępującego Natura Tur, a uzasadniała potrzebę dążenia do odrzucenia oferty Przystępującego Impel z postępowania, by na dalszym etapie prowadzonego w procedurze odwróconej (art. 24aa Pzp) postępowania móc walczyć z drugą na liście rankingowej ofertą wykonawcy Natura Tur. Zatem dopiero w toku posiedzenia z udziałem stron stało się jasne, że Odwołujący nie postawił zarzutów wobec Przystępującego Natura Tur. Izba uznała zatem, że wykonawca ten na wcześniejszym etapie postępowania miał wszelkie podstawy zakładać, że atakowana jest również jego oferta. W konsekwencji Izba uznała, że zgłaszając przystąpienie po stronie Zamawiającego Przystępujący Natura Tur działał w uzasadnionym przeświadczeniu, co do swojego interesu w udziale w postępowaniu odwoławczym.

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

9 grudnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał m. in.:

„Wyjaśnienia winny wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem usług utrzymania czystości. Ponadto wyjaśnienie winno wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie

towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość ceny zaoferowanej za realizację zamówienia wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny.

Ponadto, Zamawiający wzywa w szczególności do uszczegółowienia i wykazania stosownymi dowodami następujących elementów cenotwórczych:

- rodzaj, struktura kosztów płacowych, w tym sposób wynagrodzenia pracowników, którzy będą zaangażowani w realizację zamówienia, wraz z wykazaniem struktury tych kosztów, zakładanej pracochłonności i efektywności liczby planowanych pracowników, wraz z podziałem na osoby zatrudnione w oparciu o umowę o pracę lub umowę zlecenie czy też inny sposób angażowania personelu;
- uzasadnienie i wykazanie ilości niezbędnej dla należytej realizacji zamówienia w zakresie zamawianych środków czystości, higienicznych, chemicznych oraz sprzętu niezbędnego do realizacji usługi;
- uzasadnienie i wykazanie przewidywanego zatrudnienia osób niepełnosprawnych i wynikających z tego czynnika oszczędności”.

W odpowiedzi Przystępujący Impel wyjaśnił m.in.:

„Impel do realizacji zamówienia zamierza zatrudnić łącznie: 49 osób, w tym 45 osób do realizacji usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych stanowiących usługi podstawowe przedmiotu zamówienia (średnio przydzielona obsługa od 2 do 3 lokalizacji dla jednej osoby sprzątajacej w ujęciu całego etatu – w zależności od wielkości powierzchni, odległości i godzin sprzątnięcia z uwzględnieniem kosztów dojazdu/przejazdu), 2 osoby do nadzoru całości kontraktu oraz 2 osoby dedykowane do wsparcia w zakresie realizacji prac okresowych, dodatkowych i wspierających obsługę placówek w zimę – struktura zatrudnienia opisana w załączniku nr 1 do niniejszych wyjaśnień (dowód nr 1).

Liczba osób przewidzianych do zatrudnienia oraz liczba etatów jest zgodna z wydajnością pracy, odpowiednią dla opisu przedmiotu zamówienia, dot. wielkości pomieszczeń wewnętrznych oraz wielkości i rodzaju nawierzchni zewnętrznych. Jest to wydajność przyjęta adekwatnie do stosowanych przez nas technologii sprzątnięcia i organizacji pracy, wypracowanych jako nasze know-how na podstawie wieloletniego doświadczenia. Przy ustaleniu ww. wydajności, oprócz podziału na powierzchnie wewnętrzną i zewnętrzną, Impel uwzględnił:

- a) rodzaj powierzchni, której dotyczy sprzątnięcie tj.: czy czyszczenie dotyczy powierzchni poziomej czy pionowej; rodzaj materiału, którym powierzchnia jest pokryta; dostępność powierzchni; stan powierzchni (powierzchnia nowa; powierzchnia ze śladami użytkowania; istniejące zabrudzenia)

- b) przeznaczenie powierzchni (pomieszczenia biurowe, magazynowe, socjalne, monitoring, sanitariaty; wyodrębnienie na strefy sprzątnia zgodne z SIWZ/dokumentacją przetargową)
- c) narażenie na zabrudzenia (powierzchnia często użytkowana, narażona na stałe zabrudzenia np. korytarze; schody, miejsca dotykowe i inne)(...).

Podkreślamy również, że ze względu na posiadany potencjał kadrowy na terenie obszaru siedleckiego (Impel dysponuje ponad 200 osobami, zatrudnionymi na umowę o pracę) - jesteśmy w stanie zapewnić zastępstwa chorobowe lub urlopowe.

Niezależnie od powyższego, Impel zaznacza także, że ze względu na aktualną sytuację na rynku pracy (brak osób chętnych do wykonywania usług prostych), stale współpracuje z agencjami pracy tymczasowej i innymi pośrednikami pracy, aby utrzymać bezpieczny poziom kadr (agencje pracy tymczasowej posiadamy w strukturach Grupy Kapitałowej Impel).

(...) Impel jako pracodawca zatrudniający pracowników niepełnosprawnych, korzysta z dofinansowań do wynagrodzeń osób z orzeczeniem o niepełnosprawności (dowód nr 2). Dzięki założonej organizacji pracy, w tym realizacji usługi przy udziale osób niepełnosprawnych, Impel uzyskał możliwość obniżenia kosztów osobowych (wynagrodzeń wraz z narzutami), a tym samym uzyskał możliwość zmniejszenia łącznej ceny za wykonanie zamówienia. Impel pozwala sobie również zaznaczyć, że na podstawie wieloletniego doświadczenia w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, potrafi stworzyć organizację pracy uwzględniającą zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, przy jednoczesnym zachowaniu należytej jakości świadczenia oraz spełnieniu oczekiwań Zamawiającego (...).”

Izba przeprowadziła dowód z ww. wyjaśnień Przystępującego Impel wraz z załączonymi do nich dowodami i uznała, że odpowiadały one na pytanie postawione przez Zamawiającego w wezwaniu z 9 grudnia 2021 r. Co istotne, Odwołujący nie twierdził, by wyjaśnienia były niekompletne czy nie zawierały stosownych dowodów na potwierdzenie prawdziwości twierdzeń Przystępującego Impel. Zarzuty Odwołującego oparte były przede wszystkim na założeniu, że Przystępujący Impel nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej elementów, które w ocenie Odwołującego były niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że żaden z wymogów, na które powołał się Odwołujący, nie został ujęty w SIWZ. Izba przeprowadziła dowód z treści SIWZ i uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Zamawiający nie postawił wymogów dotyczących minimalnej ilości pracowników ani innych elementów, których ujęcie w cenie oferty Przystępującego Impel postulował Odwołujący. Skoro Odwołujący mimo to twierdził, że obowiązkiem wykonawców było ujęcie w kalkulacji określonych elementów i czynników

kształtujących cenę, powinien udowodnić, że obowiązek taki wynikał z obiektywnej konieczności. Co za tym idzie, Odwołujący winien był wykazać, że niemożliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia w sposób inny, niż wynikający z uzasadnienia zarzutu nr 3 odwołania.

Odwołujący jednak nie podjął choćby próby udowodnienia powyższego. Uznając, że hipotezy, na których Odwołujący oparł zarzut nr 3 nie potwierdziły się, Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie udowodnił również żadnego ze swoich twierdzeń dotyczących wysokości określonych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to jednak, że każdy przypadek kwestionowania ceny oferty wykonawcy będzie automatycznie obligował tego wykonawcę do wykazania realności tej ceny. Odwołujący nie jest w takim przypadku zwolniony z obowiązku udowodnienia, a przynajmniej uprawdopodobnienia podnoszonych zarzutów. Na gruncie przedmiotowej sprawy stanowisko Odwołującego nie zostało uprawdopodobnione w stopniu takim, by zrealizowało się - zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp - przeniesienie obowiązku dowodowego w zakresie wykazania realności ceny oferty na Przystępującego Impel.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, który twierdził, że obowiązkiem Przystępującego Impel było wkalkulowanie kosztu kar umownych do ceny oferty Izba wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem XXII SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert (waga 5%) była jakość rozumiana jako gwarancja należytego wykonania umowy wyrażona w poziomie kary umownej za negatywny wynik Audytu Kontrolnego Zamawiającego prac bieżących i okresowych na danym obiekcie. Zamawiający określił następujące zasady punktacji w ramach kryterium:

1. 2,5% wynagrodzenia brutto miesięcznego dla danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł - 0 punktów,
2. 3,5% wynagrodzenia brutto miesięcznego dla danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł - 2 punktów,
3. 5,5% wynagrodzenia brutto miesięcznego dla danego obiektu, jednak nie mniej niż 200 zł - 5 punktów.

Powyższe nie oznacza, że obowiązkiem wykonawców było potraktowanie kar umownych jako kosztu stałego realizacji przedmiotu zamówienia, podlegającego wkalkulowaniu do ceny oferty. Opisane kryterium pozwalało uzyskać większą liczbę punktów temu z wykonawców, który godził się na wyższe ryzyko związane z możliwością poniesienia konsekwencji finansowych ewentualnych nieprawidłowości przy realizacji umowy. Nie czyniło ono jednak kar umownych pewnymi i nieuniknionymi. Podkreślenia wymaga, że kara umowna jest instrumentem mającym dyscyplinować wykonawcę przez wprowadzenie zagrożenia

pomniejszenia jego zysku z tytułu umowy na wypadek jej nieprawidłowej realizacji. Potraktowanie natomiast kary umownej jako kosztu stałego i w kalkulowanie w cenę oferty oznaczałoby de facto przerwienie jej ciężaru na zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....