

WYROK
z dnia 26 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę **Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa, ul. Ogrodowa 51a, 00-873 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Kosztami postępowania odciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (jedenastę tysięcy sto złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Rejonowy dla Warszawy - Mokotowa w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *„Usługa ochrony fizycznej osób i mienia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie i konwojowania wartości pieniężnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00304172 z dnia 12 sierpnia 2022r.

W dniu 12 września 2022 r. wykonawca Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- naruszenie art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z faktem, że oferta zawiera rażąco niską cenę jednego z elementów składowych przedmiotu zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do konwojowania transportu pieniędzy i innych wartości pieniężnych,

- naruszenie art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z faktem, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz 17 ust 2 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W oparciu o postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach o unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że „w świetle opisu przedmiotu zamówienia oraz Umowy zasadniczym elementem świadczenia wykonawcy są usługi ochrony fizycznej obiektów rozliczane wg stawki godzinowej – przy czym uwzględniając ilość posterunków, ich obsadę oraz stały charakter usługi, choć są one rozliczane obmiarowo to faktycznie przyjmują postać zbliżoną do wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym. W odniesieniu do kosztów konwojów wykonawca dokonywał wyceny ryczałtowej 1 sztuki konwoju na podstawie danych zawartych w SWZ/OPZ. (...) W

treści Załącznika nr 1 do SWZ – ZAKRES OBOWIĄZKÓW PRACOWNIKÓW OCHRONY WYKONAWCY, Zamawiający zidentyfikował obiekty Sądu Rejonowego dla Warszawy - Mokotowa w Warszawie, jako zlokalizowanych przy ul. Ogrodowej 51A, Al. Solidarności 58 oraz ul. Schillera 10.

W zakresie usług konwojowania zgodnie z OPZ: 1) Konwojowanie wartości pieniężnych na trasie pomiędzy obiektami Zamawiającego, a wskazaną placówką bankową na terenie miasta stołecznego Warszawy. Usługa będzie wykonywana w dni robocze, w godzinach ustalonych przez Zamawiającego (od ok. godziny 8, maksymalnie do godziny 14), w obecności pracownika Zamawiającego. 2) Transport pieniędzy i wartości pieniężnych będzie wykonywany zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakimi powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne (Dz. U. Nr 166, poz. 1128). 3) Ochronę wartości pieniężnych transportowanych pojazdami mechanicznymi wykonywać będą konwojenci wyposażeni w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (...) oraz ww. rozporządzenia. 4) Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z Umowy, a w szczególności: utraty, zniszczenia lub uszkodzenia wartości pieniężnych, w tym również z powodu kradzieży, rabunku lub innego działania przestępczego. 5) Strony zobowiązują się do wzajemnego informowania o zdarzeniach mogących mieć znaczenie dla należytego wykonania usług konwojowania. Wykonawca zobowiązany jest gromadzić informacje o zaistniałych zdarzeniach (m.in. zagrożeniach dla życia, zdrowia lub mienia).

Powyższe potwierdza, że w zakresie rozkładu czasu trwania usług konwojowych Zamawiający określił jedynie przedział czasu w obrębie którego usługi takie miały być realizowane (od ok. godziny 8, maksymalnie do godziny 14). OPZ nie zawiera informacji w przedmiocie określonej i konkretnej ilości czasu trwania usługi konwoju. Zgodnie z Załącznikiem 7 do SWZ-Umowa:

§ 3. Warunki realizacji umowy 8. Konwoje będą realizowane we wszystkie dni pracy Sądu.

§ 8. Cena umowy 5. Jednostkowa cena świadczenia usługi konwojowania pieniędzy i wartości pieniężnych na trasie pomiędzy obiektami Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie a wskazaną placówką bankową na terenie miasta stołecznego Warszawy o długości do 30 km w godzinach od 8 do 14, przy wartości przewożonych środków 0,08 jednostek obliczeniowych (...).

Powyższe wskazuje, że usługa konwojowania:

- będzie realizowana w każdy dzień pracy Sądu,
- będzie realizowana pomiędzy obiektami Sądu a wskazaną placówką bankową,

- trasa konwoju – do 30 km łącznie,
- przedział godzin w jakich może być realizowana usługa konwojowania: „od 8 do 14” / „od ok. godziny 8, maksymalnie do godziny 14”.

(...) Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie kwestionuje samego przyjętego sposobu realizacji usług konwojowych i ich wyceny a wyłącznie przyjęty przez Wykonawcę do kalkulacji ceny wymiar czasu trwania konwoju.

Podsumowując:

- w żadnym miejscu SWZ, ani w OPZ ani Umowie, Zamawiający nie przewiduje czasu trwania jednostkowego konwoju jako trwającego 6 godzin zegarowych.
- Zamawiający nie wymagał od wykonawców w SWZ przyjęcia do wyceny konkretnej ilości (6) godzin trwania konwoju.
- Podane godziny nie stanowią określenia czasu trwania jednostkowego konwoju.
- Zamawiający jedynie określił przedział godzinowy w jakim może być świadczona usługa konwoju, co nie oznacza, że usługa taka ma trwać 6 godzin.

Skoro zatem SWZ nie zawiera konkretnego czasu trwania konwoju to uprawnieniem wykonawców była samodzielna kalkulacja na potrzeby wyceny ofertowej jego czasu trwania i kosztów, które przewiduje w tym zakresie ponieść. Odwołujący podkreśla, że treść jego oferty nie jest w zakresie kalkulacyjnego czasu trwania konwoju niezgodna z treścią SWZ czego dowodem jest to, że Zamawiający dokonując jej odrzucenia nie postawił takiego zarzutu. Gdyby zatem faktycznie oferta Odwołującego została skalkulowana na niezgodnym z SWZ założeniu (niezgodne z SWZ świadczenie – konwój trwający krócej niż 6 godzin) to Zamawiający dokonałby jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, czego jednak nie uczynił, mając pełną świadomość, że niezgodności takiej po prostu brak. Należy wyraźnie wskazać, że kalkulacja czasu trwania konwoju w określonych w SWZ granicach odległościowych na poziomie 6 godzin byłaby całkowicie nieracjonalna i nie mająca związku z realnym czasem trwania takiej usługi.

(...) cena oferty Ekotrade jest bardzo zbliżona do średniej cen złożonych ofert (niższa jedynie o 1,72%). Jest również symbolicznie tańsza od drugiej ze złożonych ofert, bowiem jedynie o 3,38% zaś w relacji do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, cena oferty Ekotrade jest niższa jedynie o 21,14%. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przedstawił szczegóły kalkulacyjne oferty, które poza kwestią ilości przyjętych na potrzeby kalkulacji wyceny konwoju godzin, nie budzą zastrzeżeń Zamawiającego. Odwołujący celem przedstawienia dowodów na rzecz prawidłowości i kompletności wyceny, przekazał szczegółowe wyjaśnienia kosztów realizacji zamówienia wraz ze stosownymi kalkulacjami i dowodami na potwierdzenie ich realności, które stały się podstawą wyceny ofertowej – Załącznik do wyjaśnień TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 2. Treść wyjaśnień w szczególności odnosi się do wymagań SWZ w zakresie ram

czasowych realizacji usług konwojowych przy braku wymogu kalkulacji 6 godzinowego codziennego konwoju. Wykonawca przedstawił w złożonych wyjaśnieniach szczegółowe założenia kalkulacyjne w odniesieniu do usług konwojowych (s.6-7 wyjaśnień – Załącznik nr 2 – dokument stanowi skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego i nie był przedmiotem czynności odtajnienia zaś Basma nie kwestionowała w drodze środków ochrony prawnej skuteczności tego zastrzeżenia). Odwołujący przedstawił w złożonych wyjaśnieniach szczegółowe informacje nt. podstaw wyceny usług (tj. koszty pracy, koszty utrzymania pojazdu oraz zysk) a także, kwestionowaną przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oraz błędu w obliczeniu ceny, ilość przyjętych na potrzeby kalkulacji godzin czasu trwania konwoju. Wyjaśnienie zawiera także informację nt. wartości konkretnego zysku kalkulacyjnego jaki założył wykonawca w zakresie usługi pojedynczego konwoju. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego stwierdza, że: Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca w sposób znaczny zaniżył przewidywany czas realizacji usługi konwojowania. Z tego też względu cena oferty za ten zakres zamówienia jest rażąco niska. Tymczasem Zamawiający nie stawia wykonawcy zarzutu, że jego oferta wskutek przyjętych założeń kalkulacyjnych pozostaje niezgodna z treścią SWZ – dzieje się tak z prostego powodu – nie można mówić aby przyjęta na potrzeby wyliczenia ceny ilość godzin trwania konwoju była wprost niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SWZ. Skoro zatem nie ma mowy o niezgodności z SWZ to w konsekwencji zarzut rażąco niskiej ceny i błędu w obliczeniu ceny są bezzasadne. Zamawiający nie potrafiąc odnaleźć konkretnej niezgodności z SWZ o której mowa powyżej, wskazuje, że w jego ocenie czas trwania konwoju będzie czy też precyzyjniej może być, znacznie dłuższy – jednak żadnych konkretnych czasów nie podaje. (...) Wykonawca w dokonanej wycenie i złożonych wyjaśnieniach wskazał na uwzględnienie w ramach wyceny usługi konwoju dodatkowego zysku w podanej wysokości, który w zależności od faktycznego czasu trwania konkretnego jednostkowego konwoju może być większy lub mniejszy, nadal jednak dokonana wycena konwoju jest realna. (...) Trzeba przy tym pamiętać, że usługi konwojowe łącznie w ofertach wykonawców to odpowiednio wartości ok 4% i ok 7% całkowitej wartości oferty. (...) W ocenie Zamawiającego sam fakt poniesienia straty w zakresie zamówienia dotyczącego konwoju świadczy o zaoferowaniu przez Wykonawcę ceny rażąco niskiej. Zamawiający będzie rozliczał się odrębnie za realizację usługi konwoju (wynagrodzenie ryczałtowe) oraz odrębnie za realizację usługi ochrony osób i mienia (wynagrodzenie na podstawie stawki godzinowej - wynagrodzenie na podstawie stawek jednostkowych). Sam fakt, że rozliczenie konwojów ma wprost ryczałtowy charakter nie oznacza, że wynagrodzenie z tytułu ochrony fizycznej jest poza wyceną ofertową wykonawcy. Należy przy tym pamiętać, że usługi ochrony fizycznej na wskazanych lokalizacjach, we wskazanych ilościach personelu o określonych posterunkach faktycznie

mają charakter wyceny zbliżonej do ryczałtu. Umowa ani OPZ nie przewidują świadczenia usług konwojowych w oderwaniu od usług ochrony fizycznej – obydwie świadczenia są objęte zakresem przedmiotu zamówienia i wyceny ofertowej wykonawcy. (...) W opinii Wykonawcy zawarte w SWZ wskazanie czasu trwania konwoju oznacza jedynie, że transport będzie odbywał się we wskazanych ramowych godzinach. Jest to z resztą logiczne z uwagi na godziny urzędowania Zamawiającego oraz godziny otwarcia placówek bankowych. Długość określonej w SWZ trasy transportu potwierdza prawidłowość toku rozumowania wykonawcy – transport na trasie do 30 km w granicach Warszawy można bez problemu wykonać w ciągu wskazanej w wyjaśnieniach ilości godzin, a przy sprzyjających warunkach nawet szybciej. (...) Obliczenia, które przedstawia Zamawiający w uzasadnieniu są oparte o 6 godzinne konwoje codzienne – co nie znajduje oparcia w postanowieniach SWZ. (...) W ocenie Odwołującego Zamawiający pozostawił uznaniu każdego z wykonawców przyjęty na potrzeby wyceny czas trwania konwoju co skutkuje dopuszczalnością kalkulacji w sposób jaki dokonał tego Odwołujący i przedstawił w treści wyjaśnień ceny. (...) Jeśli Zamawiający oczekiwałby aby każdy z wykonawców wycenił w ofercie konkretną ilość czasu trwania konwoju dałby zapewne temu wyraz w treści SWZ. (...)

Odnosnie argumentacji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp, tj. w związku z faktem, że oferta zawierać ma błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Skoro co zostało wykazane powyżej, SWZ nie narzuciła konkretnego czasu trwania konwoju, nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny oferty. Odwołujący potwierdza, że złożona oferta i przedstawiona w ramach wyjaśnień kalkulacja wyceny, przy braku niezgodności z SWZ dowodzą, że w przypadku oferty jaką złożył w postępowaniu nie ma żadnego błędu. O błędzie można byłoby mówić w przypadku gdyby wykonawca pomimo wyraźnej i konkretnej instrukcji Zamawiającego w SWZ co do sposobu obliczenia ceny dokonał tego obliczenia w sposób z nią wprost niezgodny. Sytuacja taka w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała, stąd podstaw odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp brak.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, wskazując, że: „niezasadna jest argumentacja Odwołującego, w ramach której Odwołujący wykazuje, jakoby zakres zamówienia dotyczący konwojowania był nieznaczny. Zamawiający nie podważa, że zakres przedmiotu zamówienia dotyczący usługi ochrony stanowi większą wartość niż zakres dotyczący konwojowania, jednak w ocenie Zamawiającego zakres dotyczący konwojowania stanowi również istotną część oraz wartość zamówienia, a dodatkowo z uwagi na charakter świadczonej usługi jest to zakres niezwykle istotny. Jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, Zamawiający będzie rozliczał się z Wykonawcą

odrębnie w zakresie usługi ochrony oraz usługi konwojowania. Tym samym, należy dokonać oceny realności oraz prawidłowości ceny oddzielnie co do każdego zakresu zamówienia.

Ponadto Zamawiający wskazuje, że sam stosunek wartości jednego zakresu zamówienia do drugiego nie może świadczyć o zaoferowaniu realnej ceny, bądź nie. Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny całej oferty Wykonawcy, nie tylko pewnego wycinka, który stanowi największą wartość zamówienia.

(...) Ponadto wskazać należy, że z samej tabeli przedstawionej przez Odwołującego wynika, że zaoferowana przez Niego cena za realizację usługi konwoju stanowi 4,1% wartości umowy, w sytuacji, gdy cena drugiej oferty w tym samym zakresie wynosi już 7,2% wartości umowy. W ocenie Zamawiającego, taka rozbieżność może sugerować wystąpienie ceny rażąco niskiej. (...) Zamawiający potwierdza, że nie wskazał czasu trwania jednostkowego konwoju, ponieważ w realiach przedmiotowego zamówienia było to niemożliwe. Brak jest bowiem podstaw do wyliczenia czasu trwania jednego konwoju, ponieważ jest to zależne od wielu czynników, w tym od położenia punktu odbioru i punktu docelowego, ruchu na drodze, kolejki w punkcie docelowym, czasu załatwienia sprawy, ilości punktów, do których należy dojechać w ramach danego konwoju. Mając to na uwadze, Zamawiający określił maksymalny czas trwania konwoju. Dodatkowo z uwagi na bezpieczeństwo konwojowanych wartości nie jest możliwe podanie konkretnych lokalizacji Zamawiającego i banków, do których odbywały będą się konwoje, a także dokładnej godziny rozpoczęcia i zakończenia konwoju. Żaden z Wykonawców, w tym też Odwołujący nie pytali w ramach postępowania, ile godzin trwał będzie konwój, co oznacza, iż postanowienia SWZ, OPZ i umowy były dla nich jasne i klarowne. Już tylko biorąc pod uwagę lokalizacje, w których mieszczą się siedziby Zamawiającego, należy stwierdzić, iż przejazd pomiędzy lokalizacjami przy ul. Ogrodowej 51a oraz al. Solidarności 58 a następnie do banku lub banków i z powrotem nie jest możliwy do wykonania w ciągu czasu wskazanego w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W tych ramach Wykonawcy zobowiązani byli do wyliczenia ceny oferty. (...) Wskazać ponadto należy, że Wykonawcy dokonując wyliczenia ceny przedstawić mieli cenę ryczałtową za realizację jednego konwoju. Oznacza to, że cena ta powinna zostać wyliczona w taki sposób, aby Wykonawca realizując dany konwój był w stanie pokryć koszty konwoju oraz wygenerować zysk. Biorąc pod uwagę fakt, że jeden konwój może trwać maksymalnie 6 godzin, Wykonawca powinien w taki sposób wyliczyć cenę oferty, aby wygenerować zysk w przypadku, gdyby konwój trwał 4 godziny, jak również, w sytuacji, gdy konwój będzie trwał 6 godzin. W innym przypadku, Wykonawca naraża się na poniesienie strat na realizacji zamówienia. Odwołujący zaś przyjął do wyliczenia ceny bardzo niewielki ułamek czasu przewidzianego przez Zamawiającego. (...) Zamawiający nie zgadza się z przedstawionym sposobem interpretacji postanowień SWZ Odwołującego, jednak nawet idąc tokiem rozumowania Odwołującego, czas przeznaczony

na realizację jednego konwoju jest znacząco zaniżony. Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować jednego konwoju w tak krótkim czasie, jak to zostało wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. (...) Odnosząc się do kwestii potencjalnej niezgodności oferty z SWZ, Zamawiający wskazuje, że nie zaistniały w przedmiotowym stanie faktycznym podstawy do odrzucenia oferty w związku z jej niezgodnością z warunkami zamówienia. Z niezgodnością taką moglibyśmy mieć do czynienia w sytuacji, gdyby Wykonawca wskazał w ofercie, że będzie realizował zamówienie w innych godzinach, niż wskazał Zamawiający. W przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Podkreślić należy, że Wykonawca nie może zmienić treści oferty po upływie terminu składania ofert. W związku z tym wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny również nie mogą wpłynąć na treść oferty Wykonawcy. Zgodnie ze złożoną ofertą, Wykonawca będzie realizował usługę konwojowania w godzinach między 8:00, a 14:00. Tym samym Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji usługi w tych godzinach, jednak będzie realizował to zamówienie poniżej kosztów wytworzenia usługi. Mając to na uwadze, Zamawiający prawidłowo nie wskazał jako podstawy odrzucenia oferty art. 226 ust. pkt 5) Pzp. Wskazać również należy, że fakt braku odrzucenia na tej podstawie oferty Odwołującego nie wpływa w żaden sposób na ocenę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. pkt 8) oraz 10) Pzp.

(...) Zamawiający ponadto wskazuje, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednoznacznie potwierdziły zaoferowanie ceny nierealnej za realizację zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie podjął nawet próby wykazania, że za zaoferowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie. Brak jest bowiem w odwołaniu uzasadnienia, że Wykonawca przy zakładanej ilości godzin na realizację zamówienia, którą wskazał w wyjaśnieniach, będzie w stanie świadczyć usługę konwojowania w godzinach od 8:00 do 14:00 bez wygenerowania straty. W ocenie Zamawiającego potwierdza to jednoznacznie prawidłowość dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Odnosnie argumentacji Odwołującego dotyczącej odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) Zamawiający podtrzymuje argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego sposób dokonania wyliczenia ceny stanowi błąd w obliczeniu ceny, ponieważ Wykonawca wbrew zasadom określonym przez Zamawiającego przyjął do wyliczenia nieprawidłową ilość godzin, w ramach których będzie realizował zamówienie.”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 września 2022r. poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 Pzp. Uzasadniając powyższą czynność wskazał: „Zamawiający w pkt III.5. ppkt 3) SWZ wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje „konwojowanie transportu pieniędzy i innych wartości pieniężnych na trasie między obiektami użytkowymi przez Zamawiającego a placówkami bankowymi na terenie miasta stołecznego Warszawy w dniach pracy Zamawiającego, w godzinach ustalonych z przedstawicielem Zamawiającego.

W załączniku nr 1 do SWZ — Zakres obowiązków pracowników ochrony Wykonawcy (OPZ) — w pkt 7 ppkt 1 Zamawiający wskazał, że w zakres zamówienia wchodzi „Konwojowanie wartości pieniężnych na trasie pomiędzy obiektami Zamawiającego, a wskazaną placówką bankową na terenie miasta stołecznego Warszawy. Usługa będzie wykonywana w dni robocze w godzinach ustalonych przez Zamawiającego (od ok. godziny 8, maksymalnie do godziny 14), w obecności pracownika Zamawiającego.”

Zgodnie z § 3 ust. 8 projektu umowy, stanowiącej załącznik nr 7 do SWZ „Konwoje będą realizowane we wszystkie dni pracy Sądu. Ponadto, zgodnie z § 8 ust. 5 projektu umowy, Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za Świadczenie jednej usługi konwojowania. Wynagrodzenie nie będzie rozliczane na podstawie faktycznie przepracowanych godzin.

Odnosnie odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, tj. w związku z faktem, że oferta zawiera rażąco niską cenę jednego z elementów składowych przedmiotu zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z wyżej wskazanymi postanowieniami, Zamawiający wymaga, aby usługa konwojowania odbywała się „między obiektami użytkowymi przez Zamawiającego a placówkami bankowymi na terenie miasta stołecznego Warszawy”. Ponadto w załączniku nr 1 do SWZ - OPZ Zamawiający wskazał, że konwój będzie odbywał się „pomiędzy obiektami Zamawiającego, a wskazaną placówką bankową”.

Zgodnie z powyższym nie ulega wątpliwości, że w ramach jednego konwoju Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usługi pomiędzy kilkoma punktami

Zamawiającego, bądź placówkami bankowymi. Godziny konwoju oraz placówki będą ustalane z przedstawicielem Zamawiającego (pkt III.5. ppkt 3) SWZ oraz pkt III.5. ppkt 3) OPZ). Zamawiający ponadto wskazał, że konwój będzie odbywał się w godzinach między 8:00, a 14:00, tj. odbywać się będzie maksymalnie 6 godz. danego dnia. Biorąc powyższe pod uwagę wskazać należy następujące zasady realizacji usługi konwojowania:

- 1) Konwój będzie odbywał się w każdy dzień pracy Zamawiającego, tj. w dni robocze,
- 2) Konwój będzie się odbywał pomiędzy placówkami Zamawiającego a placówkami bankowymi, przy czym jeden konwój może obejmować kilka punktów, co jednoznacznie wynika z treści SWZ oraz OPZ: „między obiektami użytkowymi przez Zamawiającego a placówkami bankowymi”, „pomiędzy obiektami Zamawiającego, a wskazaną placówką bankową”,
- 3) W konwoju będzie uczestniczył pracownik Zamawiającego, co wiąże się z koniecznością powrotu do miejsca rozpoczęcia konwoju,
- 4) Konwój będzie odbywał się w godzinach między 8:00 a 14:00, tj. przez maksymalnie 6 godz. w ciągu jednego dnia.

Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego elementu zamówienia. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył szereg wyjaśnień, w tym oświadczył w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny oraz w jaki sposób zamierza realizować przedmiotowe zamówienie. Z wyjaśnienia tego jednoznacznie wynika, że Wykonawca zaoferował cenę rażąco niską za konwój w stosunku do przedmiotu zamówienia.

(...) Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca w celu przygotowania oferty oszacował liczbę godzin, które zamierza poświęcić na realizację usługi konwoju (str. 6 tiret 2 wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa pt. **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 2** — szczegółowe wyjaśnienie ceny oferty). Ponadto Wykonawca przedstawił tabelę na stronie 6 oraz 7 wyjaśnień, w której określił szczegółowe koszty realizacji zamówienia w tym zakresie, tj. koszty pracy, koszty utrzymania pojazdu oraz zysk.

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca w sposób znaczny zaniżył przewidywany czas realizacji usługi konwojowania. Z tego też względu cena oferty za ten zakres zamówienia jest rażąco niska.

Zamawiający w tym miejscu stwierdza, że w czasie realizacji usługi konwoju, jaki Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, niemożliwym jest zrealizowanie konwoju na zasadach określonych przez Zamawiającego. W ramach usługi konwoju Wykonawca będzie musiał przyjechać do wskazanego przez Zamawiającego punktu lub kilku punktów, zabrać ze sobą pracownika Zamawiającego, przyjechać do wskazanego banku lub banków oraz wrócić do miejsca początkowego. Czas potrzebny na

przemieszczenie się pomiędzy punktami, jak również czas oczekiwania jaki jest potrzebny w celu pobrania środków pieniężnych od Zamawiającego, jak również czas oczekiwania w banku na podejście do okienka oraz załatwienie sprawy w okienku jest znacząco dłuższy niż wskazany przez Wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Dodatkowo należy uwzględnić warunki poruszania się po ulicach Warszawy, zarówno w godzinach szczytu, jak i poza nimi, a tego Wykonawca w swoich wyliczeniach nie zrobił.

Mając na uwadze wymagania SWZ oraz OPZ, Zamawiający żądał, aby Wykonawcy usługę konwojowania, która odbywać się będzie maksymalnie w ciągu 6 godz. danego dnia. Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny wskazał, że przewidział na ten cel mniej niż połowę czasu wymaganego przez Zamawiającego. W związku z tym, przy podanej przez Wykonawcę kalkulacji za 1 godz. konwoju, Wykonawca realizując usługę konwojowania przez 6 godz. dziennie nie będzie w stanie wykazać zysku, a nawet ponieść stratę.

Wykonawca w tabeli znajdującej się na str. 6 oraz 7 dokumenty pt. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 2 — szczegółowe wyjaśnienie ceny oferty — wskazał koszt jednej godziny pracy. Ponadto przedstawił pozostałe koszty oraz zysk. Wartość zysku z tytułu realizacji całej umowy Wykonawca przedstawił w dokumencie pn. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 1 — zakładany zysk wykonawcy z realizacji zamówienia.

Zamawiający na podstawie tak przedstawionych danych dokonał wyliczenia kosztów Wykonawcy za realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. realizacji konwoju maksymalnie w ciągu 6 godz. dziennie.

Zamówienie realizowane będzie w dni robocze od dnia 30 września 2022 r. do dnia 30 września 2023 r. Ilość dni roboczych w terminie obowiązywania umowy wynosi 251.

Zamawiający dokonał następujących wyliczeń:

1. Pomnożył deklarowany koszt pracy za jedną godzinę realizacji zamówienia razy 6 godzin,

2. Do otrzymanego kosztu pracy dodał pozostałe koszty wskazane w tabeli na str. 6 oraz 7 dokumentu pt. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 2 - szczegółowe wyjaśnienie ceny oferty.

Z dokonanych wyliczeń wynika, że koszty realizacji jednego konwoju w godzinach określonych przez Zamawiającego są wyższe niż zaoferowana cena przez Wykonawcę. Oznacza to, że Wykonawca nie wykaże zysku z realizacji, a ponadto ponieść stratę.

W ocenie Zamawiającego sam fakt poniesienia straty w zakresie zamówienia dotyczącego konwoju świadczy o zaoferowaniu przez Wykonawcę ceny rażąco niskiej. Zamawiający będzie rozliczał się odrębnie za realizację usługi konwoju (wynagrodzenie ryczałtowe) oraz odrębnie za realizację usługi ochrony osób i mienia (wynagrodzenie na podstawie stawki godzinowej — wynagrodzenie na podstawie stawek jednostkowych).

Zamawiający mimo powyższego dokonał obliczeń w stosunku do całej umowy. Zamawiający pomnożył wartość kosztów wskazanych powyżej razy 251 dni roboczych wynikających z okresu trwania umowy. Wynik tego działania porównał z zyskiem wskazanym w dokumencie pn. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA nr 1 - zakładany zysk wykonawcy z realizacji zamówienia. Z przedstawionych wartości wynika, że strata na realizacji konwojów będzie tak znaczna, że skonsumuje przewidywany zysk również z zakresu zamówienia dotyczącego usługi ochrony fizycznej obiektu i mienia, a i ten zysk nie wystarczy na pokrycie strat. W związku z tym Wykonawca poniesie również stratę w stosunku do wartości całej umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Zamawiającego Wykonawca potwierdził w wyjaśnieniach wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie. Z przedstawionych wyliczeń jednoznacznie wynika, że Wykonawca nie będzie w stanie realizować zamówienia za cenę wskazaną w ofercie i wygenerować przy tym zysku.

Wskazać w tym miejscu należy, że niewielka różnica ceny oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia pomiędzy dwiema ofertami złożonymi w postępowaniu lub w stosunku do szacowanej wartości zamówienia nie może przesądzać o braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Każdy z Wykonawców dokonuje samodzielnego wyliczenia ceny w oparciu o ponoszone koszty i przewidywany zysk. Tym samym ocena wystąpienia rażąco niskiej ceny musi być dokonana na podstawie indywidualnej oferty danego Wykonawcy.

(...) Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w SWZ oraz w OPZ określił zasady realizacji zamówienia. Wskazał jednoznacznie w jakich godzinach ma się odbywać usługa konwoju. Nie wskazywał przy tym, że konwój będzie trwał X czasu i odbywać się będzie w godzinach 8:00-14:00. Zamawiający określił, że usługa ta będzie odbywała się między 8:00 a 14:00. W ocenie Zamawiającego takie określenie czasu realizacji zamówienia w tym zakresie jednoznacznie wskazywało na to, że konwój może trwać maksymalnie 6 godzin.

W tym miejscu należy podkreślić, że bez znaczenia jest fakt, że w trakcie realizacji zamówienia konwój może trwać krócej. Wykonawcy, ani Zamawiający na etapie postępowania nie mają wiedzy ile faktycznie będzie trwał konwój. Zamawiający przewidział zasady realizacji usługi i na tej podstawie Wykonawcy powinni skalkulować cenę oferty. Zamawiający w zakresie omawianego zakresu zamówienia będzie rozliczał się z Wykonawcami na podstawie stawki ryczałtowej. Oznacza to, że stawka ta musi uwzględnić wszystkie wymagania Zamawiającego związane z realizacją zamówienia. Zamawiający określił wymagania oraz czas trwania konwoju i na tej podstawie Wykonawcy powinni określić cenę realizacji tej usługi. Uznanie, że Wykonawcy mogliby dowolnie określać w ofercie czas trwania jednego konwoju na potrzeby sporządzenia oferty doprowadziłoby do nieporównywalności ofert. Ponadto wymagania Zamawiającego w zakresie czasu realizacji

zamówienia stałyby się bezprzedmiotowe. Mając to na względzie taka interpretacja nie może być uznana za prawidłową.

(...) W związku z powyższym, brak przewidzenia przez Wykonawcę w ofercie wszystkich kosztów wchodzących w zakres opisanej przez Zamawiającego usługi oznacza zaniżenie oceny oferty Wykonawcy. W ocenianej ofercie zaniżenie tych wartości jest tak znaczne, że cena oferty jest rażąco niska.

Podkreślenia wymaga również, że na etapie ogłoszenia o zamówieniu żaden z Wykonawców nie miał wątpliwości i nie kierował do Zamawiającego wniosków o wyjaśnienie SWZ w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosnie odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP, tj. w związku z faktem, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca EKOTRADE Sp. z o.o. zaoferował cenę za realizację usługi konwoju zawierającą błąd w obliczeniu ceny i kosztu.

(...) Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pierwszej części pisma, Zamawiający wymagał, aby konwój odbywał się w godzinach między 8:00, a 14:00, tj. odbywał się maksymalnie 6 godz. danego dnia. Na tej podstawie Wykonawca powinien "liczyć cenę oferty. Wykonawca EKOTRADE Sp. z o.o. dokonał obliczenia ceny w oparciu o własne szacunki, bez uwzględnienia wymagania Zamawiającego co do czasu trwania konwoju. Tym samym dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego, co doprowadziło do zaniżenia ceny oferty Wykonawcy oraz nieporównywalności złożonej oferty w stosunku do pozostałej oferty. Błędne wyliczenie kosztów związanych z czasem trwania konwoju przełożyło się na błędne obliczenie ceny w ofercie Wykonawcy.

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie jest bezsporny, ponieważ Wykonawca jednoznacznie wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, w jaki sposób dokonał obliczenia ceny oferty.

Mając powyższe na uwadze, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny i kosztu.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie natomiast do art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzuceniu podlega oferta jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym nie zaszły przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wskazanych wyżej

przepisów, a Zamawiający nieprawidłowo uznał, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę przez błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do pierwszej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym obowiązkiem wykonawców była konieczność uwzględnienia w kalkulacji ceny sześciu godzin świadczenia usługi konwojowania podczas każdego dnia pracy sądu. Powyższy obowiązek w ocenie Izby nie wynikał w żaden sposób z przywołanych przez Zamawiającego postanowień dokumentacji postępowania. Przypomnieć należy w tym miejscu, że Zamawiający w punkcie III.5. ppkt 3) SWZ wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje „konwojowanie transportu pieniędzy i innych wartości pieniężnych na trasie między obiektami użytkowymi przez Zamawiającego a placówkami bankowymi na terenie miasta stołecznego Warszawy w dniach pracy Zamawiającego, w godzinach ustalonych z przedstawicielem Zamawiającego. W załączniku nr I do SWZ — Zakres obowiązków pracowników ochrony Wykonawcy (OPZ) — w pkt 7 ppkt I Zamawiający wskazał, że w zakres zamówienia wchodzi „Konwojowanie wartości pieniężnych na trasie pomiędzy obiektami Zamawiającego, a wskazaną placówką bankową na terenie miasta stołecznego Warszawy. Usługa będzie wykonywana w dni robocze w godzinach ustalonych przez Zamawiającego (od ok. godziny 8, maksymalnie do godziny 14), w obecności pracownika Zamawiającego.” W § 8 ust. 5 Wzoru umowy Zamawiający wskazał także, że jednostkowa cena świadczenia usługi konwojowania pieniędzy i wartości pieniężnych na trasie pomiędzy obiektami Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie a wskazaną placówką bankową na terenie miasta stołecznego Warszawy o długości do 30 km w godzinach od 8 do 14, przy wartości przewożonych środków 0,08 jednostek obliczeniowych (...).

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że skoro w SWZ Zamawiający nie ustalił szczegółowych wymagań co do konkretnego i stałego godzinowego trwania czasu trwania konwoju określając jedynie przedział czasowy i maksymalną dzienną długość trasy to wykonawcy mieli swobodę i możliwość samodzielnej wyceny tego elementu ceny ofertowej z uwzględnieniem powyższych wymagań. Przyjęcie więc przez Odwołującego w kalkulacji ceny ww. usługi określonego czasu, który w jego ocenie umożliwia mu zrealizowanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego było uprawnione. Zauważyć także należy, że Odwołujący przedłożył dowody, z których wynika, że czas potrzebny na odbiór pieniędzy z trzech siedzib Zamawiającego oraz dojazd do banku i odwiedzenie pracownika do jednej z siedzib Sądu to czas ok. 25 minut. Ponadto przedłożył on dowód ze strony Google pokazujący średni przedział czasowy obsługi kasowej w jednym z banków. Powyższe w ocenie Izby potwierdza sposób kalkulacji określonej ilości godzin niezbędnych na konwój i w żaden sposób nie podważa jej realności. Podkreślić należy także, że

Zamawiający nie wykazał i nie podważył twierdzeń Odwołującego, że czas przyjęty przez tego wykonawcę jest za krótki. Izba za głosowne uznała oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, że średni czas realizacji usługi to 5 godzin dziennie. Również wskazać należy, że Odwołujący przewidział zysk dla pojedynczego transportu w określonej wysokości, co przy uwzględnieniu kosztów jednej roboczogodziny umożliwia mu zrealizowanie usługi bez straty w sytuacji, gdy czas wykonywania usługi konwoju ewentualnie będzie dłuższy niż założone przez niego 2h w ciągu jednego dnia.

Końcowo w ocenie Izby okoliczność braku konieczności wyceny 6 godzin usługi konwojowania potwierdza fakt, że Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Natomiast gdyby z SWZ wynikał obowiązek wyceny 6 godzin świadczenia usługi konwojowania wartości pieniężnych, a Odwołujący wycenił 2 godziny, to Zamawiający zobligowany byłby odrzucić ofertę na podstawie ww. przepisu Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Izba za zasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Jak słusznie wskazano w wyroku Izby z dnia 24 stycznia 2022r., sygn. akt KIO 34/22 „z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania.”.

Jak natomiast wyżej wskazano, Zamawiający nie ustalił żadnych szczegółowych wymagań co do konkretnego i stałego godzinowego trwania czasu trwania konwoju. Ponadto nie ustalił on wyraźnej i konkretnej instrukcji dotyczącej sposobu obliczenia ceny w SWZ. W związku z powyższym przyjęcie przez Odwołującego konkretnego czasu trwania usługi i na tej podstawie obliczenie ceny nie może stanowić o błędzie w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

Sygn. akt KIO 2378/22

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: