

Sygn. akt: KIO 1142/23

WYROK
z dnia 9 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banasziewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 maja 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 kwietnia 2023 roku** przez wykonawcę **Konsorcjum: Lider: ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole Partnerzy: ANN-POL Inwestycje 12 - Sp. z o.o., SMGL 8 Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś.** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **43 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Saperska 2, 59-726 Świątoszów**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie PRZEDSIĘBIORSTWA PRODUKCYJNO USŁUGOWO HANDLOWEGO „FACTUM” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Saperska 2, 59-726 Świątoszów, w następujący sposób:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Konsorcjum: Lider: ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole Partnerzy: ANN-POL**

Inwestycje 12 - Sp. z o.o., SMGL 8 Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Saperska 2, 59-726 Świątoszów na rzecz Odwołującego - Konsorcjum: Lider: ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole Partnerzy: ANN-POL Inwestycje 12 - Sp. z o.o., SMGL 8 Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś.** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodnicząca:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świątoszowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Obsługa zlecona kotłowni na opał stały administrowanych dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie” nr 12/26/PN/2023 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2023/S 050-143559, w dniu 10 marca 2023 r.

Dnia 24 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp”) odwołanie złożył Wykonawca Konsorcjum: Lider: ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole Partnerzy: ANN-POL Inwestycje 12 - Sp. z o.o., SMGL 8 Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na bezpodstawnym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą ul. Z. Augusta 5/3; 85-082 Bydgoszcz;

2. zaniechaniu przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami Pzp, w postaci odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie zadania nr 1, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako zaoferowanej cenie rażąco niskiej;

3. zaniechaniu przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami Pzp, w postaci odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie zadania nr 2, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako zaoferowanej cenie rażąco niskiej;

4. zaniechaniu ponownego badania złożonych w postępowaniu ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu;

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że odrzucenie oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne :

5. zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, pomimo że treść złożonych przez wykonawców ofert wskazuje, że wykonawca dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp;

4) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w szczególności w wyniku błędnego i niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części I i w części II oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i tym samym zaniechanie wyboru złożonej przez odwołującego oferty jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;

Ewentualnie, w przypadku uznania, że odrzucenie oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne :

5) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z ww. postępowania;

2. dokonania czynności powtórnej oceny oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;

3. odrzucenia oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z uwagi na to, że jego oferta zawiera cenę lub koszt rażąco niski i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie zadania nr 1

4. odrzucenia oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z uwagi na to, że jego oferta zawiera cenę lub koszt rażąco niski i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie zadania nr 2

5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ewentualnie, w przypadku uznania, że odrzucenie oferty PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne :

6. wezwania PPUH Factum Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu w organizowanym przez Zamawiającego postępowaniu. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce rankingowe, zaraz za ofertą PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Odwołanie wnoszone jest przez podmiot, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., a argumentacja do takiej dyspozycji zawarta jest w odwołaniu, zostaje uznana za najkorzystniejszą i tym samym realizacja zamówienia publicznego przypada Odwołującemu. Wobec czego interes prawny zdaniem Odwołującego do wniesienia odwołania jest bezsprzeczny. Poprzez zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., mimo jej ewidentnego zdaniem Odwołującego naruszenia przepisów ustawy, Odwołujący nie ma możliwości, ażeby udzielone zostało mu zamówienie. W zarzucie ewentualnym, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień zaproponowanej przez PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. ceny, mimo posiadanej przez Zamawiającego wiedzy o naruszeniach przepisów Kodeksu Pracy jakie nagminnie stosowane są w przedsiębiorstwie PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., Odwołującemu jego zdaniem odmawia się możliwości potwierdzenia złożenia oferty w duchu nieuczciwej konkurencji, a także uniemożliwia się realizację zasad Pzp jakimi są zasada jawności i uczciwej konkurencji. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że brak odrzucenia oferty PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., powoduje stratę w postaci utraconych korzyści Odwołującego i stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp i Uznk, co Izba zdaniem Odwołującego winna sanować, by wyeliminować wadliwą czynność z obrotu prawnego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej w dniu 13 kwietnia 2023 r. Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 509 ust. 2 Pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych

od pracy. Mając to na uwadze, Odwołujący dochował 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą „Obsługa zlecona kotłowni na opał stały administrowanych dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie”. Zamówienie zostało podzielone na 2 części :

Część 1 GZ Dobre n / Kwisą

Część 2 GZ Żagań - SOI Potok

Oferty w postępowaniu, na obie części zostały złożone wyłącznie przez Odwołującego oraz przez PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. W dniu 24 marca 2023 r. dokonano otwarcia ofert i przekazano informację o cenach oferentów za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty oraz podmiotowych środków dowodowych PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 1198). Z przedłożonej dokumentacji zdaniem Odwołującego bezsprzecznie wynika, że wybrany oferent nie będzie zdolny do wykonania usługi w sposób należyty z uwagi na nieprawidłowe wyliczenia poszczególnych składników ceny, a w konsekwencji tego cena oferowana nie pozwala na zaspokojenie wszelkich kosztów wynikających z realizacji kontraktu oraz uzyskania zysku. Zaproponowana cena w ocenie jest rażąco niska.

Celem udowodnienia zarzutów stawianych przez Odwołującego, zaprezentował on wyliczenia kosztów pracowniczych świadczących o podstawie zasadności odwołania. Do obliczeń oraz zobrazowania stanu faktycznego przyjęto minimalny koszt pracy pracownika w wymiarze jednego pełnego etatu, z zastrzeżeniem „minimalny”. W realiach bowiem, jak podniósł Odwołujący pracownicy – palacze nie zarabiają minimalnej stawki godzinowej, gdyż nie tylko są oni deficytowi na rynku pracy ze względu na lokalizację oraz stanowisko pracy, ale także posiadają specjalistyczne uprawnienia. Jednak, aby uniknąć zarzutu zawyżania wynagrodzeń, Odwołujący przyjął wyłącznie minimalną stawkę wynagrodzenia za pracę. W uzasadnieniu odwołania przedstawione zostały koszty płacowe usługi produkcji energii cieplnej. Odwołujący podniósł, że poza stałymi kosztami płacowymi, wykonawca ponosi też pozapłacowe koszty, związane zarówno z realizacją przepisów kodeksu pracy oraz wymagań SWZ. Do kosztów pozapłacowych należy zaliczyć m.in. sprzęt niezbędny do

realizacji zamówienia (np. szufle, taczki), ubrania robocze, koszty ogólnozakładowe czy też koszty transportu szklaki i opału.

Odwołujący przedstawił obliczenia matematyczne wyceny usługi produkcji energii cieplnej wykonanej w dwóch wybranych miesiącach (jeden w sezonie grzewczym i jeden poza sezonem grzewczym) z rozbiciem na poszczególne zadania składające się na postępowanie. Zdaniem Odwołującego, należyte realizowanie usługi zgodnie z OPZ, SWZ oraz kodeksem pracy, spowoduje powstanie po stronie PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. straty. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z orzecznictwem KIO oraz przepisami Pzp oraz Uznk, wykonawca nie może przerzucać kosztów usługi między innymi cenami jednostkowymi tak, aby w efekcie uzyskać zysk ze świadczenia usługi, tzn. w przedmiotowym przypadku wykonawca nie może ceny za produkcję energii finansować ceną za nadzór, czy też finansować straty na usłudze inną usługą w ramach zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 5 maja 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podnosi, że dokonał sprawdzenia złożonych ofert zarówno pod kątem przesłanek wskazanych w art. 224 jak i 226 Pzp, również pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że nie znalazł podstaw do wezwania PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty zaproponowaną przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. a wartością zamówienia bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert nie uzasadniała wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego oferta PPFU „FACTUM” Sp. z o.o. nie budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący nie wyjaśnił szczegółowo na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. pomimo, że treść złożonych przez wykonawcę ofert wskazuje, że wykonawca dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 Pzp. Zdaniem Zamawiającego oferta złożona przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia, nie została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji jak również nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Zamawiającego nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania, wobec czego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce rankingowe, zaraz za ofertą PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. Odwołanie wniesione zostało przez podmiot, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., zostałaby uznana za najkorzystniejszą i tym samym realizacja zamówienia publicznego przypadłaby Odwołującemu. Również w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego nie można wykluczyć uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Brak możliwości uzyskania zamówienia powoduje stratę w postaci utraconych korzyści Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, natomiast w pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

Przedmiotem zamówienia jest „Obsługa zlecona kotłowni na opał stały administrowanych dla 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie”. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części: Część 1 GZ Dobre n / Kwisą oraz Część 2 GZ Żagań - SOI Potok. Zgodnie z pkt XV 3-4 oraz 7 SWZ:

3. *Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.*
4. *Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. (...)*
7. *Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.*

W postępowaniu wpłynęły po dwie oferty odnośnie każdej części. W przypadku części 1: oferta złożona przez PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. na kwotę 1 310 685,54 zł oraz oferta złożona przez Odwołującego na kwotę 1 563 641,19 zł Natomiast w przypadku części 2: oferta złożona przez PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. na kwotę 529 392,00 zł oraz oferta złożona przez Odwołującego 618 444,00 zł

Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 13 kwietnia 2023 r. za pośrednictwem komunikacji elektronicznej o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 3 Pzp wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Aby zamawiający mógł odrzucić ofertę musi uprzednio wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. W przedmiotowej sprawie wykonawca PPUH "FACTUM" Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. W ocenie Izby z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. złożyła ofertę, która powinna wzbudzić wątpliwości u Zamawiającego, a co za tym idzie powinien on wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Co prawda z powołanego przepisu wynika, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli będzie miał wątpliwości odnośnie ceny zawartej w ofercie złożonej przez wykonawcę, a Zamawiający

twierdzi, że takich wątpliwości nie miał, to jednak mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy niezrozumiałym wydaje się brak takich wątpliwości u Zamawiającego. Jak w odpowiedzi na odwołanie wskazał sam Zamawiający oferta złożona przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. była przez niego weryfikowana również z uwzględnieniem wcześniej realizowanego przez ten podmiot kontraktu. W ocenie Izby już samo porównanie cen oferowanych przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. w 2022 r. i w 2023 r. za analogiczne zamówienie powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości. W roku 2022 r. wykonawca ten oferował wykonanie części 1 zamówienia za cenę w kwocie 1 348 366,84 zł brutto, podczas gdy w 2023 r. cena ofertowa brutto wynosiła 1 310 685,54 zł Część 2 zaś w 2022 r. i 2023 r. została przez niego wyceniona na taką samą kwotę tj. 529 392,00 zł Jak słusznie podniósł Odwołujący trudno sobie wyobrazić utrzymanie tej samej ceny lub zaoferowanie ceny niższej, co zrobił PPHU „FACTUM” Sp. z o.o. za ten sam zakres usług biorąc pod uwagę chociażby wskaźnik inflacji oraz fakt, że w obecnym postępowaniu Zamawiający wymaga zatrudnienia wszystkich osób dedykowanych do realizacji zamówienia (poza osobą sprawującą nadzór) na umowę o pracę. Z § 4 ust. 9 pkt 1 wzoru umowy wynika, że Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób poza osobami sprawującymi nadzór. W poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na analogiczny zakres usług możliwe było zatrudnienie zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i umowę zlecenia. Koszty ponoszone przy zatrudnieniu na umowę o pracę są wyższe, aniżeli przy umowie zlecenia. Co więcej wynagrodzenie minimalne w 2023 r. wzrosło, wynagrodzenie za 2024 r. nie jest znane, jednak wiadomo, że planowane jest dalsze jego zwiększenie.

Odwołujący w pismach kierowanych do Zamawiającego wskazywał swoje wątpliwości odnośnie zbyt niskich kosztów produkcji energii cieplnej wykazywanych w ofercie złożonej przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. Odwołujący w złożonym odwołaniu w sposób wiarygodny uprawdopodobnił, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie będzie w stanie nawet przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę, które jak z wynika z doświadczenia Odwołującego nie jest możliwe do osiągnięcia, zatrudnić wystarczającej ilości pracowników na umowę o pracę bez wykazania straty w części kotłowni. Odwołujący w ocenie Izby uprawdopodobnił przedstawiając szczegółowe kalkulacje, że produkcja energii cieplnej, zapewnianie gotowości urządzeń instalacji i elementów kotłowni do jej produkcji, utrzymanie w ruchu ciągłym kotłowni, a także dostarczanie opału do źródła ciepła może być za zaoferowaną przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. przynajmniej mało realne. Zamawiający nie przedstawił dowodu przeciwnego. W odpowiedzi na odwołanie wskazał jedynie, że dokonał sprawdzenia ofert również pod kątem rażąco niskiej ceny i nie znalazł podstaw do wezwania PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego cena

zaoferowana za produkcję energii cieplnej każdej z dwóch części wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wątpliwa wydaje się możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ oraz w zgodzie z przepisami prawa pracy.

Odwołujący przedstawił dokumentację dotyczącą nieprawidłowości w 44 WOG, których dopuścił się wykonawca PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. Z protokołu kontroli wynika, że PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. za miesiąc: styczeń, luty i marzec 2022 r. wypłacił pracownikom wynagrodzenie bez innych składników w postaci dodatków nocnych, czy za nadgodziny. Jak słusznie wskazał Odwołujący taka sytuacja nie jest możliwa biorąc pod uwagę fakt, że kotłownie działają 24 h na dobę, a co za tym idzie praca w godzinach nocnych jest wykonywana. W protokole kontroli wskazano również, że PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. zatrudnia te same osoby jednocześnie na podstawie umowy o pracę i umowy zlecenia. W protokole znalazła się również informacja o zaplanowaniu pracownikom pracy w godzinach nadliczbowych. Kwestia ta została również podniesiona w załączonym do akt sprawy wystąpieniu pokontrolnym z dnia 15 listopada 2022 r., w którym Państwowa Inspekcja Pracy Okręgowy Inspektorat Pracy w Bydgoszczy wnosi o nie planowanie pracy pracowników w godzinach nadliczbowych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie praktycznie nie odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących rażąco niskiej ceny. Odpowiedź na odwołanie jest zdawkowa, a Zamawiający skupił się przede wszystkim na wykazaniu, że ze średniej arytmetycznej złożonych ofert nie wynikał obowiązek wezwania PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. O tym stanowi jednak art. 224 ust. 2 Pzp, podczas gdy zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczył naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający powinien wezwać PPUH „FACTUM” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Izba oddaliła podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PPUH „FACTUM” Sp. z o.o., pomimo że treść złożonych przez wykonawcę ofert wskazuje, że wykonawca dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Odwołujący w odwołaniu nie skonkretyzował zarzutu w tym zakresie. Nie wskazał on na przykład, której pozycji w wykazie osób dotyczy zarzucane naruszenie. W uzasadnieniu odwołania ograniczył się jedynie do wskazania, że w wykazie osób nie została zamieszczona informacja dotycząca uprawnień do obsługi żurawika typu ZP

160 (C) – dla kotłowni nr 4 Karliki. Nie sposób w związku z tym stwierdzić istnienia zarzucanego w odwołaniu naruszenia.

Jednocześnie Izba nie rozpoznała zarzutu podniesionego dopiero na rozprawie dotyczącego nie umieszczenia w wykazie osób pracownika z uprawnieniami elektryka. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez Odwołującego dopiero na rozprawie nowy zarzut dotyczący tego, że PPUH "FACTUM" Sp. z o.o. w wykazie osób nie zamieściła informacji dotyczących uprawnień elektrycznych. Okoliczność ta (zarzut) nie była bowiem podniesiona w odwołaniu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, zaś w pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 oraz art. 574 Pzp w związku z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami – dalej: „rozporządzenie”). Stosownie do postanowienia § 7 ust. 5 rozporządzenia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 rozporządzenia z uwagi na to, że rodzaj uwzględnionych zarzutów i ich waga w świetle pozostałych ma istotnie większe znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania. Mając na uwadze powyższe orzeczono o obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego i zasądzeniu od Zamawiającego – 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Saperska 2, 59-726 Świątoszów na rzecz Odwołującego - Konsorcjum: Lider: ANN-POL Inwestycje 13 Sp. z o.o. ul. Łączna 2/Ł, 45-940 Opole Partnerzy: ANN-POL Inwestycje 12 - Sp. z o.o., SMGL 8 Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu.

Przewodnicząca:

.....