

Sygn. akt: KIO 375/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę mToilet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez 25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy WC Serwis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę mToilet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę mToilet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy mToilet Sp. z o.o. (ul. Toruńska 31, 03-226 Warszawa) na rzecz zamawiającego 25 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Białymstoku (ul. Kawaleryjska 70, 15-325 Białystok) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) obejmującą kwotę wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 375/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa zabezpieczenia w przenośne urządzenia sanitarne na potrzeby zadań realizowanych w rejonie odpowiedzialności 25. WOG”, nr referencyjny: 72/PN/2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.11.2023 r. pod nr 2023/S 217-680718 przez **25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku, ul. Kawaleryjska 70, 15-325 Białystok**, zwany dalej „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 05.02.2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył **wykonawca mToilet Sp. z o.o., ul. Toruńska 31, 03-226 Warszawa**, zwany dalej także „Odwołującym”, od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podjętej dnia 24 stycznia 2024 r.,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej dnia 24 stycznia 2024 r.,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionymi kosztami Odwołującego związanymi z udziałem w postępowaniu odwoławczym pełnomocnika w kwocie 3 600 złotych, na podstawie faktury która zostanie złożona na rozprawie.

Zamawiający w dniu 06.02.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej poprzez stronę prowadzonego postępowania) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 08.02.2024 r. przystąpienie **wykonawca WC Serwis Polska sp. z o.o., ul. Szybowa 20e, 41-808 Zabrze** (wpływ bezpośredni), zwany dalej „Przystępującym”. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępującego.

W dniu 19.02.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości. Następnie w dniu 20.02.2024 r. złożył powyższą odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wraz ze sprostowaniem (sprostowanie również środkami komunikacji elektronicznej)

i pełnomocnictwami (wpływ bezpośredni przed rozprawą).

W dniu 20.02.2024 r. pismo procesowe złożył Przystępujący, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie (środkami komunikacji elektronicznej i wpływ bezpośredni przed rozprawą).

W dniu 20.02.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy w szczególności:

- 1) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie i złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który przesłał do Izby z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne

nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ofertę w postępowaniu złożył m.in. Odwołujący, który zaoferował wykonanie:

- a) zamówienia podstawowego za cenę wynoszącą: 7 388 178 zł netto, tj. 7 979 232,24 zł brutto,
- b) zamówienia objętego prawem opcji za cenę wynoszącą: 81 195 260 zł netto, tj. 87 690 880,80 zł brutto,
- c) zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji za łączną cenę wynoszącą: 88 583 438 zł netto, tj. 95 670 113,04 zł brutto.

Na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia:

- 1) XX. „KRYTERIA OCENY OFERT ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT” 4.: „Ocena będzie dokonywana według skali punktowej, przy założeniu, że maksymalna punktacja wynosi 100 punktów (%), [% = pkt.] w następujący sposób: Po stwierdzeniu ważności złożonej oferty Zamawiający wybierze ofertę według kryterium: Kryterium cena – 100 % wartości zamówienia (brutto) Cena powinna obejmować koszt wykonania całości zamówienia, w tym wszystkie koszty pośrednie związane z wykonywaniem zamówienia. (...);
- 2) w Załączniku nr 3 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, Zakres usług, 3. Serwis w Tabeli 1. Kontener sanitarny (mały/duży), w tym kontenery własne Zamawiającego, lit. e: „Wykonawca zapewni dostawę ciepłej wody (o temperaturze 50°C) przez minimum: 12 godzin na dobę. Ostateczne okresy (2-3 okresów w ciągu doby) dostarczania ciepłej wody ustalane będą z bezpośrednim użytkownikiem, przy czym Zamawiający zakłada, że standardowo serwis kontenera wykonywany będzie co dwa do trzech dni
- w przypadku zabezpieczenia energii elektrycznej przez Wykonawcę i zgłoszenia serwisów codziennie nastąpi wydłużenie pracy agregatu do 24 godzin z uwzględnieniem godzinnej przerwy na prace konserwacyjne”.

Zamawiający pismem z dnia 14.12.2023 r. wezwał Odwołującego do „(...) złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie ceny całkowitej oferty i jej istotnych części składowych złożonej w postępowaniu pn.: „Usługa zabezpieczenia w przenośne urządzenia

sanitarne

na potrzeby zadań realizowanych w rejonie odpowiedzialności 25. WOG”, nr 72/PN/2023. Zamawiający w wyniku oceny złożonych ofert stwierdził, iż cena całkowitej oferty złożonej przez Państwa jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a także jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

- cena całkowita złożonej oferty jest niższa o 47,31% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (8%), ustalonej przed wszczęciem postępowania (181 564 982,09 zł brutto);
- ceny jednostkowe wskazane w Formularzu cenowym w poz. 1, 2, 3 i 4 II Serwis Systemu Sanitarnego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia:

kontener sanitarny mały (prysznicowo-umywalkowy 5 st., umywalkowy 10 st., kontener WC 5 st., kontener VIP)

e. elektryczna Wykonawcy 90,00

e. elektryczna Zamawiającego 90,00

kontener sanitarny duży (prysznicowo-umywalkowy 14 st., kontener WC 14 st.)

e. elektryczna Wykonawcy 180,00

e. elektryczna Zamawiającego 180,00

Wobec powyższego Zamawiający celem wglądu w źródła i wysokość kosztów realizacji zamówienia zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień, w tym dowodów, iż zaoferowana cena całkowita, a także jej części składowe w zakresie poz. nr 1, 2, 3 i 4 Formularza cenowego nie jest niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Uzasadnienie prawne:

- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich 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.
- art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp: W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 przesłanki odrzucenia oferty ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

Jednocześnie przypominam, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę/koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe wyjaśnienia wraz z dowodami należy złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 21.12.2023r. do godziny 08:00 za pośrednictwem platformy zakupowej: <https://portal.smartpzp.pl/25wog>”.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 20.12.2023 r., w którym w szczególności podał: „Nie mniej jednak zakres serwisu wskazany w Pkt 3.1 litera e) załącznika nr 1.2. „Zakres usług” do Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. dostawa ciepłej wody zgodnie z OPZ nie został pominiętyw ofercie wykonawcy, a uwzględniony w innej części formularza cenowego z uwagi na specyfikę technologiczną i strukturę kosztów tej usługi. Zastosowanie agregatów i systemu dostawy ciepłej wody wraz z jego obsługą oraz zapewnienie w kontenerach stałego oświetlenia i ogrzewania, a co za tym idzie także dostawa paliwa zostały uwzględnione

i skalkulowane w pozycjach nr IV. 1 do 2 oraz V.1 do 4 Formularza cenowego, tj. w ramach usługi Okresowe Zabezpieczenie Systemu Sanitarnego (przez 14 dni).”.

W informacji z wyboru oferty z dnia 24 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował w szczególności o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu powyższej czynności, Zamawiający podniósł między innymi, że: „Formularz cenowy należało sporządzić według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do Formularza cenowego, a tym bardziej do Opisu przedmiotu zamówienia co też uczynił MTOILET SP. Z O.O. nie wyceniając kosztów paliwa w pozycji II 1 i 2 Formularza cenowego, a przenosząc je do pozycji V 1 i 3. Wobec powyższego Wykonawca potwierdził, że nie dokonał wyceny całego zakresu usługi określonej w Opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym nie uwzględnił wszystkich wymogów i elementów jakie postawił Zamawiający poprzez przerzucenie kosztów do innej pozycji w Formularzu cenowym. Ponadto przenoszenie kosztów między pozycjami ze strony Wykonawcy ma znaczący wpływ na realizację umowy, zwłaszcza w zakresie płatności, a mianowicie przy ujęciu przez MTOILET SP. Z O.O. kosztu paliwa w okresowym zabezpieczeniu (dzierżawie) ogólny koszt usługi związany z podstawieniem kontenerów, zbiorników, ich serwisem oraz okresowym zabezpieczeniem podstawionych urządzeń zmusza Zamawiającego do zwiększenia wydatku ponieważ są tylko dwa przypadki serwisów z okresowym zabezpieczeniem kontenerów 14 i 5 stanowiskowych przy energii Zamawiającego, w których oferta tego Wykonawcy jest najkorzystniejsza. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że energię większości kontenerów zabezpiecza Wykonawca to w perspektywie czasu oferta MTOILET SP. Z O.O. nie jest najkorzystniejsza i generować będzie większe koszty.”.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Spór dotyczył tego, czy Zamawiający zastrzegł w SWZ, że wykonawca winien uwzględnić koszty paliwa w wycenie w pkt II. 1 i 2 Formularza cenowego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał skutecznie zasadności zarzutu odwołania.

Odnosnie zarzutu odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (podane wyżej), w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:

„Pojęcie warunków zamówienia zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którym przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty z art. 266 ust. 1 pkt. 5) pzp „(...) wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.” (por. wyrok z dnia 4.04.2023 r., KIO 777/23).

Przenosząc powyższe na grunt sprawy niniejszej, należy podkreślić że Zamawiający w sposób całkowicie dowolny czyni Odwołującemu zarzut, że ten w pozycji II 1 i 2 Formularza cenowego nie uwzględnił kosztów paliwa, w sytuacji gdy żaden fragment Opisu Przedmiotu Zamówienia nie wskazywał, że powyższe pozycje Formularza cenowego faktycznie mają obejmować koszty zakupu i dostawy paliwa. Pozycje II 1 i 2 Formularza cenowego dotyczą serwisu systemu sanitarnego (kontener sanitarny mały), zaś Opis Przedmiotu Zamówienia w odniesieniu do serwisu kontenera sanitarnego (mały/duży) przewidywał natomiast następujący zakres czynności:

Tabela 1 [podaje tabelę 3.Serwis 1.Kontener sanitarny (mały/duży), (w tym kontenery własne Zamawiającego)]

Z powyższego jednoznacznie wynika zatem, że Zamawiający wbrew jego obecnym twierdzeniom, w treści dokumentacji postępowania wcale nie zastrzegł, że w ramach serwisu kontenera sanitarnego, Wykonawca zobowiązany jest do dostawy paliwa niezbędnego do pracy agregatów prądotwórczych.

W ramach „serwisu” który zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN należy rozumieć jako „obsługę w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu” , Zamawiający w lit. e) Tabeli nr 1 zastrzegł jedynie że Wykonawca ma obowiązek zapewnienia dostawy ciepłej wody o wymaganych parametrach. Oznacza to zatem, że w ramach tej pozycji Wykonawca

zobowiązany jest do podejmowania czynności w zakresie bieżącej konserwacji agregatów prądotwórczych i pozostałego osprzętu służącego do podgrzewania wody, w który wyposażony jest kontener sanitarny. Zamawiający nie wymagał natomiast aby w zakresie powyższych czynności miało wchodzić także uzupełnianie paliwa. Świadczy to o tym, że Zamawiający celowo wyłączył dostawy paliwa z czynności serwisowych. Gdyby bowiem było inaczej to z pewnością obowiązek uzupełniania paliwa zostałby przez Zamawiającego opisany wprost, tak jak Zamawiający uczynił w odniesieniu do obowiązku uzupełnienia mydła, ręczników papierowych i papieru toaletowego (lit. c Tabeli nr 1).

O tym, że oferta Odwołującego w zakresie kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji II 1 i 2 formularza cenowego jest zgodna z warunkami zamówienia świadczy treść złożonych przez Odwołującego oświadczeń w formularzu oferty. Zamawiający nie wymagał od Wykonawców w toku postępowania żadnych przedmiotowych środków dowodowych, a zatem weryfikacja zgodności treści oferty z warunkami zamówienia odbywa się wyłącznie na podstawie oświadczeń Wykonawców złożonych w ofertach. Skoro więc Odwołujący oświadczył, że składa ofertę „(...) w zakresie i na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartymi w projektowanych postanowieniach umowy (...)” to oznacza, że w ramach pozycji II 1 i 2 jego oferta obejmuje wszystkie przewidziane przez Zamawiającego czynności serwisowe określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w tym także czynności wyszczególnione w lit. e) cytowanej tabeli w odniesieniu do bieżącej konserwacji agregatów prądotwórczych i pozostałego osprzętu służącego do podgrzewania wody, w który wyposażony jest kontener sanitarny. Wobec zasady stałości treści oferty, żadne późniejsze oświadczenia Odwołującego zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie mogą być interpretowane przez Zamawiającego jako ograniczenie lub modyfikacja pierwotnego zobowiązania wynikającego ze złożonej oferty. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, że koszty paliwa niezbędnego do pracy agregatów prądotwórczych uwzględnił w pozycji V 1 i 3 Formularza cenowego. Pozycje te mieszczą się bowiem w zakresie „Okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego przez 14 dni”, które zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia obejmuje:

Tabela 2 [podaje tabelę 6. Okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (14 dni)]

Odwołujący koszty uzupełniania paliwa do agregatów prądotwórczych uwzględnił w ramach świadczenia wskazanego w lit. d) Tabeli nr 2 tj. „wynajem przenośnych urządzeń sanitarnych”.

Zważyć bowiem należy, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia jednoznacznie określił, że agregaty prądotwórcze wraz z paliwem mają stanowić obligatoryjne wyposażenie poszczególnych kontenerów:

Tabela 3 [podaje tabelę Wyposażenie przenośnych urządzeń sanitarnych 1. Kontener prysznicowo-umywalkowy 5/14 stanowiskowy (mały/duży)]

Tabela 4 [podaje tabelę 2. Kontener umywalkowy 10-stanowiskowy (mały)]

Tabela 5 [podaje tabelę 3. Kontener WC 5/14 stanowiskowy (mały/duży)]

Tabela 6 [podaje tabelę 4. Kontener sanitarny typu VIP damsko męski]

Skoro więc Zamawiający zastrzegł, że agregaty prądotwórcze wraz z paliwem stanowią niezbędne wyposażenie dodatkowe poszczególnych rodzajów kontenerów to oznacza, że świadczenie w postaci zapewnienia przez Wykonawcę paliwa niezbędnego do obsługi agregatów wchodzi w zakres usługi wynajmu kontenerów. W konsekwencji, Odwołujący koszty paliwa prawidłowo uwzględnił kalkulując pozycję V 1 i 3 Formularza cenowego tj. „okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego” jako koszty związane z „wynajmem przenośnych urządzeń sanitarnych” o których mowa w Tabeli nr 2 powyżej. Odwołujący przy kalkulacji oferty zaplanował bowiem zastosowanie systemu ciepłej wody opartego na kontenerach grzewczych z bojlerami, do których należy doprowadzić energię elektryczną niezbędną do prawidłowego działania, w tym w zakresie dostawy ciepłej wody. W przypadku kontenerów bez dostępu do energii elektrycznej z sieci, Odwołujący przewidział użycie kontenerów, które na wyposażeniu posiadają agregaty prądotwórcze, które są nierozłącznym elementem, niezbędnym do prawidłowego i ciągłego działania kontenera jako kompletnego systemu sanitarnego, a nie tylko do zapewnienia ciepłej wody użytkowej. W takim kontenerze agregat prądotwórczy wraz z paliwem służy więc nie tylko do zabezpieczenia prawidłowego działania systemu ciepłej wody, ale również do ogrzewania, oświetlenia oraz zapewnienia energii dla systemu zabezpieczenia przed zimą. Zamawiający wymaga bowiem sprawnego działania kontenerów niezależnie od warunków atmosferycznych w sposób ciągły przez 24h na dobę. Ilość paliwa, które jest niezbędne do prawidłowego działania poszczególnych kontenerów nie ma więc nic wspólnego z ich serwisem, tylko z wynajmem i okresową obsługą. Jeżeli byłoby inaczej czyli tak jak obecnie twierdzi Zamawiający, to by oznaczało, że Wykonawcy wypełniając Formularz ofertowy byłiby zobowiązani do kalkulacji kosztów paliwa w zakresie niezbędnym wyłącznie do ogrzania ciepłej wody użytkowej w ramach serwisu, natomiast całkowicie pominięte byłyby wówczas koszty paliwa niezbędnego od ogrzania i oświetlenia kontenerów, a także do zapewnienia sprawnej obsługi systemu zabezpieczenia przed zimą. Należy także zwrócić uwagę, że Zamawiający w lit. e) Tabeli nr 1 założył, że standardowo serwis kontenera miałby być wykonywany co dwa do trzech dni. Dodatkowo zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia liczby usług wskazane w Formularzu cenowym zostały przez Zamawiającego określone wyłącznie szacunkowo. Tym samym Wykonawca kalkulując ofertę

nie miał pewności co do jakiegokolwiek minimalnej liczby serwisów, które zostaną wykonane w okresie realizacji umowy oraz co do ostatecznej częstotliwości ich wykonywania. W związku z powyższym także i z tego powodu Odwołujący nie mógł uwzględnić kosztów paliwa

w ramach serwisu, ponieważ byłoby to działanie obarczone ryzykiem znacznego niedoszacowania albo przeszacowania oferty. Różnica pomiędzy częstotliwością serwisu co 2 dni albo co 3 dni jest zasadnicza i powoduje, że w planowanym okresie realizacji umowy może ona wynosić 6534 serwisów (przy założeniu serwis co 3 dni) albo 10164 serwisów (przy założeniu serwis co 2 dni). O nieracjonalnym, także z punktu widzenia Zamawiającego, powiązaniu dostaw paliwa do agregatów prądotwórczych z serwisami kontenerów, świadczy także rezultat rozważenia hipotetycznej sytuacji, w której Zamawiający zlecałby przeprowadzenie serwisu z częstotliwością 1 raz lub 2 razy dziennie. Wówczas za każdym razem Zamawiający byłby zobowiązany do ponoszenia kosztów paliwa, pomimo że faktycznie Wykonawca by go nie dostarczał z uwagi na zbyt krótki odstęp czasu od ostatniego uzupełnienia zbiornika i co za tym idzie zbyt małe zużycie paliwa przez agregat prądotwórczy. Takie działanie byłoby związane z nierzetelnym dysponowaniem środkami publicznymi ponad faktyczne zapotrzebowanie i prowadziłoby do naruszenia zasad dyscypliny finansów publicznych.

Również i z tego powodu, Odwołujący koszty paliwa uwzględnił w ramach „Okresowego zabezpieczenia systemu”, które zgodnie z dokumentacją postępowania ma się odbywać z regularną częstotliwością co 14 dni. Odwołujący założył bowiem, że każdy agregat prądotwórczy dostarczy wraz z zewnętrznym zbiornikiem o pojemności 2 000l. Jeden agregat prądotwórczy pali średnio 5,5 l/h co przy pracy ciągłej 24 h/dobę daje łączne zużycie 1884 l paliwa w okresie 14 dni. Dysponując konkretnymi danymi dotyczącymi częstotliwości oraz liczby usług w zakresie „Okresowego zabezpieczenia systemu” i zestawiając te dane z przeciętnym zużyciem paliwa przez agregat prądotwórczy, Odwołujący był więc w stanie prawidłowo skalkulować cenę swojej oferty, bez ryzyka jej niedoszacowania lub przeszacowania.

Dodatkowo, Odwołujący zwraca uwagę, że powiązanie dostaw paliwa do agregatów prądotwórczych z serwisami obsługowymi kontenerów jest błędne także i z tej przyczyny, że czynności te wykonuje się przy użyciu zupełnie innych pojazdów. W celu wykonania serwisu polegającego na posprzątaniu kontenera, zmyciu i dezynfekcji jak również uzupełnienia mydła, ręczników papierowych i papieru toaletowego, pracownik Wykonawcy jedzie na miejsce usytuowania kontenera pojazdem serwisowym Z kolei dostawy paliwa jako tzw. „towaru wrażliwego” muszą się odbywać specjalnie do tego przystosowanym pojazdem cysterną, którego przejazd w przypadku przewozu powyżej 500l paliwa za każdym razem podlega zgłoszeniu do Krajowej Administracji Skarbowej, na podstawie przepisów ustawy z

dnia

9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów oraz obrotu paliwami opałowymi (Dz.U.2023.104 t.j. z dnia 2023.01.13).

Całkowicie bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o wyborze oferty z dnia 24 stycznia 2024 r., z którego wynika że w związku z rzekomym „przenoszeniem kosztów między pozycjami” ostatecznie oferta Odwołującego nie jest najkorzystniejsza

i generować będzie większe koszty. Przy uwzględnieniu szacunkowych liczb poszczególnych usług, które Zamawiający podał w formularzu oferty, oferta Odwołującego jest zdecydowanie najkorzystniejsza. W celu wykazania tego faktu, wystarczające jest zsumowanie pozycji III i V ofert Odwołującego i następnego w kolejności wykonawcy – WC Serwis Polska Sp. z o.o.

Tabela 7 [podaje tabelę własne zestawienie zsumowania pozycji III i IV cen w ofertach Odwołującego i WC Serwis Polska Sp. z o.o.]

Z powyższego zestawienia jasno wynika, że cena zaoferowana przez Odwołującego, w zakresie spornych pozycji, jest niższa o ponad 10 000 000 zł. Nie jest więc wiadome w oparciu o jakie przesłanki Zamawiający twierdzi że jest inaczej, jednak biorąc pod uwagę treść złożonych ofert, sytuacja jest jednoznaczna, a dla jej oceny wymagane było przeprowadzenie jedynie prostego działania matematycznego. Ponadto Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonuje porównania ofert w zakresie ich cen jednostkowych, podczas gdy określone przez Zamawiającego jedyne kryterium oceny ofert odnosi się do całkowitej wartości zamówienia brutto.

Wbrew zarzutom Zamawiającego Odwołujący potwierdził w sposób spójny i racjonalny, że dokonał wyceny całego zakresu usług składających się na przedmiot zamówienia opisany w OPZ. W istocie bowiem koszt paliwa na potrzeby funkcjonowania kontenerów nie został ujęty w opisie w części II dotyczącej serwisu, na co Odwołujący wskazywał już w treści niniejszego odwołania. Odwołujący potwierdził, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z OPZ, składając stosowne oświadczenia wraz z ofertą, zaś dowody na spójność kalkulacji ofertowej Odwołującego wynikają ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uzasadnienia niniejszego odwołania.

Tym samym w istocie nie mieliśmy do czynienia z żadną inżynierią cenową, ponieważ Zamawiający nie zastrzegł wprost, że koszty paliwa mają być uwzględnione w pkt II. 1 i 2 Formularza cenowego, zaś Odwołujący wykazał, że uwzględnienie ich w pozycji pkt. 1 i 3 Formularza cenowego jest zgodne z Dokumentacją postępowania.

Z ostrożności jedynie należy wskazać, że nawet gdyby potraktować działanie Odwołującego, jako tzw. „inżynieria cenowa” (czemu Odwołujący konsekwentnie zaprzecza), to działanie takie w stanie faktycznym niniejszej sprawy byłoby prawnie dozwolone. Uwzględnienie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w innej pozycji niż tego niezasadnie oczekuje

Zamawiający jest neutralne podatkowo (taka sama stawka VAT 8%), co dodatkowo przemawia

za dopuszczalnością takiego rozwiązania. Nie mamy w tym przypadku do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, a łączne ceny ofertowe brutto (kryterium oceny ofert) wykonawców pozostają porównywalne. W wyroku z 21 stycznia 2020 r. (KIO 2682/19) KIO uznała

za niedopuszczalną manipulację cenową w sytuacji, kiedy „znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałyby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych, czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy.” A contrario, tam gdzie nie ma to wpływu na łączną cenę ofertową i realizację umowy (tak jak w przedmiotowym przypadku) należy uznać praktykę taką za prawnie dopuszczalną. Z kolei w wyrok

KIO z 24.08.2018 r., KIO 1578/18, LEX nr 2578344 podniesiono, że niedopuszczalna jest taka manipulacja, która ma na celu uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Z taką praktyką nie mieliśmy jednak do czynienia w niniejszej sprawie. W najnowszym orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 26.11.2021 r., KIO 3295/21, LEX nr 3353755.) wskazuje się, że Tego rodzaju czynu nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) nie można wykluczyć również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Uznanie, że doszło do ww. czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny lub inne względy choćby technologiczne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Jak wskazuje się w uzasadnieniu Wyroku KIO z 2.01.2023 r., KIO 3399/22, LEX nr 3509532 podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. KIO 3295/21). W ocenie Izby Zamawiający nie sprostął powyższemu wymaganiu. Podnoszone przez Zamawiającego argumenty w skarżonej decyzji oraz

analizowane dowody nie wskazują, jaki wpływ ukształtowanie ceny ofertowej miało na sytuację innych wykonawców w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. W Postępowaniu brak jest kryteriów oceny ofert odwołujących się do cen poszczególnych usług czy prac. Ukształtowanie cen jednostkowych nie ma wpływu na wynik postępowania. Kształtowanie ceny jest uprawnieniem oferentów, zarówno co do jej wysokości jak i stosowanych marż. (...). W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie przewidział wymagań, co do sposobu kształtowania cen za poszczególne elementy zamówienia, a cena ma charakter ryczałtowy. Stąd zgłaszanie zastrzeżeń w odniesieniu do zawyżenia lub zaniżenia pewnych elementów ceny kosztem innych nie jest uprawnione.”

V. Podsumowanie:

Wskazane powyżej uchybienia oznaczają, że Zamawiający naruszył w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przepisy ustawy Pzp w sposób wskazany na wstępie.”

W niniejszej sprawie kluczowe było ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do serwisu systemu sanitarnego i okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (przez 14 dni).

W ocenie Izby Zamawiający w sposób jasny wskazał w SWZ – OPZ zakres zamówienia w odniesieniu do:

- 1) serwisu: uwzględnionego do wyceny w Formularzu cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ) w tabeli w pkt II. Serwis systemu sanitarnego pod Lp. 1 i 2. W obu przypadkach Lp. 1 i 2 chodzi o kontener sanitarny mały (prysznicowo-umywalkowy 5 st., umywalkowy 10 st., kontener WC 5 st., kontener VIP), z tym, że odnośnie Lp. 1 Zamawiający wskazał: „e. elektryczna Wykonawcy”, zaś odnośnie Lp. 2 Zamawiający wskazał: „e. elektryczna Zamawiającego”. Zakres tego zamówienia Zamawiający określił w Załączniku nr 1.2. do Opisu przedmiotu zamówienia (Załączniku nr 3 do SWZ), Zakres usług, 3. Serwis w Tabeli 1. Kontener sanitarny (mały/duży), w tym kontenery własne Zamawiającego, w lit. a-e: „a. posprzątanie przenośnego urządzenia sanitarnego wewnątrz i na zewnątrz w promieniu 1,5 m od płaszczyzn zewnętrznych urządzenia przy każdym serwisie; b. zmycie i dezynfekcja przenośnego urządzenia sanitarnego wewnątrz i na zewnątrz środkami posiadającymi atest dopuszczający do stosowania na terytorium RP; c. wyposażenie i uzupełnienie dozownika mydła w płynie, pojemnika ręczników papierowych (ręczniki papierowe białe, minimum dwuwarstwowe) minimum 2 szt. na umywalkę oraz papieru toaletowego minimum 10 rolek na 1 sedes (papier biały, trójwarstwowy) i opróżnienie kosza na śmieci; d. usunięcie i utylizacja wszelkich zanieczyszczeń wynikających z przeprowadzonego serwisu; e. Wykonawca zapewni dostawę ciepłej wody (o temperaturze 50°C) przez minimum: 12 godzin na dobę. Ostateczne okresy (2-3 okresów w ciągu doby) dostarczania ciepłej wody ustalone będą

z bezpośrednim użytkownikiem, przy czym Zamawiający zakłada, że standardowo serwis kontenera wykonywany będzie co dwa do trzech dni

- w przypadku zabezpieczenia energii elektrycznej przez Wykonawcę i zgłoszenia serwisów codziennie nastąpi wydłużenie pracy agregatu do 24 godzin z uwzględnieniem godzinnej przerwy na prace konserwacyjne”;

- 2) okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (przez 14 dni): uwzględnionego do wyceny w Formularzu cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ) w tabeli w pkt V. Okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (przez 14 dni) pod Lp. 1 i 3, w przypadku Lp. 1 chodzi o kontener sanitarny mały (prysznicowo-umywalkowy 5 st., umywalkowy 10 st., kontener WC 5 st., kontener VIP), w przypadku Lp. 3 chodzi o kontener sanitarny duży (prysznicowo-umywalkowy 14 st, kontener WC 14 st) z tym, że odnośnie Lp. 1 i 3 Zamawiający wskazał: „e. elektryczna Wykonawcy”. Zakres tego zamówienia Zamawiający określił w Załączniku nr 1.2. do Opisu przedmiotu zamówienia (Załączniku nr 3 do SWZ), Zakres usług, w Tabeli 6. Okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (przez 14 dni) Kontener sanitarny (mały/duży), zbiorniki (1000 l, 5000 l), Hydrofor, lit. a-d:

„a. utrzymanie systemu sanitarnego (kontener, zbiornik, hydrofor) i jego wyposażenia we właściwym stanie technicznym i użytkowym, tak aby nie zagrażał zdrowiu i życiu osób korzystających z niego;

b. naprawienie niesprawnego systemu lub jego wyposażenia;

c. Uzupelnienie brakujących oznaczeń ze Zgłoszeniem Zamawiającego np. „Męski” „Grupa A” itp.

d. wynajem przenośnych urządzeń sanitarnych;”.

Dalej w OPZ w Załączniku nr 1.3 w tabeli Zamawiający wyspecyfikował szacunkową liczbę usług w ramach zamówienia podstawowego w odniesieniu w szczególności do wyżej wymienionych kontenerów osobno w przedmiocie podstawienia i odbioru, serwisu (tu odpowiednio 870 i 1033 szt), przestawienia, kompleksowego zabezpieczenia i zabezpieczenia okresowego (tu odpowiednio 67 i 34 szt).

Jak wynika z powyższego opisu przedmiotu zamówienia nie ulega wątpliwości, że każda z wyżej wymienionych usług różni się od siebie zakresem (serwis kontenerów Zamawiającego i wykonawcy – w tym sprzątanie kontenerów, uzupełnianie artykułów sanitarnych, zapewnienie po uzgodnieniu z bezpośrednim użytkownikiem dostawy ciepłej wody; okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (14 dni) – w tym utrzymanie, naprawy, wynajem przenośnych urządzeń sanitarnych). Należy także zauważyć, że w przypadku serwisu, jak i okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (14 dni), Zamawiający wprost wskazał kto ma zapewnić zasilanie w energię elektryczną – a to Zamawiający, a to

wykonawca. Gdyby Zamawiający oczekiwał zapewnienia paliwa jedynie w usłudze okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (14 dni), to nie zawarłby w zakresie usługi serwisu wymogu odnoszącego się do zapewnienia energii elektrycznej przez wykonawcę oraz dostawy ciepła do kontenerów również Zamawiającego.

Dostawę ciepłej wody w serwisie należało rozumieć w sposób uwzględniający również koszt paliwa, bowiem bez tego paliwa niemożliwe byłoby zapewnienie dostawy ciepłej wody przez minimum 12 godzin na dobę, co potwierdził Zamawiający i Przystępujący na rozprawie, zaś Odwołujący przyznał, że konieczne jest zapewnienie zbiornika na to paliwo i paliwa aby wykonać tę usługę. Ponadto usługa zapewnienia ciepłej wody miała być wykonywana

po uzgodnieniu z bezpośrednim użytkownikiem w ramach usługi serwisu (co wprost wynika z SWZ), a zatem to Zamawiający decydować miał o skorzystaniu z takiej usługi. Przeniesienie kosztów paliwa do wyceny usługi okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (14 dni) w istocie pozbawia Zamawiającego zastrzeżonej w SWZ możliwości uzgadniania przez bezpośredniego użytkownika usługi zapewnienia dostawy ciepłej wody w ramach usługi serwisu.

Jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający: „Zamawiający w załączniku nr 1.2 ZAKRES USŁUG pkt. 3 SERWIS ppkt e) przewidział zapewnienie przez Wykonawcę dostępu do ciepłej wody, co w przypadku zabezpieczenia tej usługi w na bazie agregatów prądotwórczych Wykonawcy jest bezpośrednio związane ze zużyciem paliwa. Dostawa paliwa została przez zamawiającego zakwalifikowana jako jeden z kosztów związanych z serwisem, ponieważ częstotliwość korzystania z urządzeń, a co za tym idzie konieczność zachowania ciągłości pracy kontenerów sanitarnych, jest uzależniona od specyfiki zabezpieczanego zdarzenia, liczby żołnierzy korzystających z urządzenia, organizacji obozowiska oraz pory roku. Zamawiający zakłada, że standardowo serwisy zlecane będą co dwa do trzech dni, a możliwość korzystania z nich zapewniona maksymalnie przez 12 godzin w ciągu doby. Jednocześnie jednak przewidział konieczność zwiększenia częstotliwości serwisów - nie częściej jednak niż jeden raz na dobę (i wydłużenia czasu dostępności urządzeń dla żołnierzy) - szczególnie w porze zimowej, kiedy występują temperatury ujemne i konieczne jest również zapewnienie ogrzewania oraz zabezpieczenie sprzętu przed zamarzaniem - co również wpływa na zużycie paliwa przez agregaty i wymusza konieczność ich ciągłej pracy (z wyłączeniem godzinnej przerwy w ich pracy niezbędnej na obsługę serwisową). Należy zauważyć, że temperatury ujemne, które mogą zagrozić funkcjonowaniu węzłów sanitarnych występują nie dłużej niż przez cztery miesiące w roku. Zamawiający mając doświadczenie w zabezpieczeniu zdarzeń z udziałem wojsk, w szczególności w związku z trwającym zagrożeniem wschodniej granicy oraz planowymi

ćwiczeniami żołnierzy dokonał kwalifikacji kosztów uwzględniając możliwość pozostawienia podstawionego sprzętu w danej lokalizacji po jej opuszczeniu przez grupę żołnierzy i wyłączenia kontenerów z użytkowania bez zlecenia ich odbioru oraz ponowne uruchomienie węzłów sanitarnych po przybyciu kolejnej zmiany żołnierzy. W efekcie zmiana dokonana przez mToilet w interpretacji OPZ oraz formularza ofertowego powoduje ponoszenie przez zamawiającego kosztów usług, których nie zlecał i które w rzeczywistości nie są wykonywane (tankowanie paliwa do nieużywanego agregatu), co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wykonawca zmianą w OPZ zagwarantował sobie stały dochód, uniezależniając go od rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zauważyć należy, że OPZ w formie w jakiej został ogłoszony funkcjonuje u Zamawiającego od czasu rozpoczęcia działań wojska związanych z zabezpieczeniem granicy Polski z Republiką Białorusi. Zarówno w postępowaniu z 2022 r. jak i w przedmiotowym postępowaniu pozostali oferenci złożyli oferty zgodnie z OPZ.”.

Nie można wywodzić jak to uczynił Odwołujący, że ze SWZ wynikał wymóg zawarcia kosztów paliwa niezbędnego do usługi zapewnienia ciepłej wody w ramach serwisu w pkt V Lp. 1 i 3 Formularza cenowego w powiązaniu z tabelą 6. Okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (14 dni) lit. d. wynajem przenośnych urządzeń sanitarnych. Pod wspomnianą lit. d Zamawiający nie wyartykułował konieczności takiego przeniesienia kosztu paliwa z pkt II Serwisu Lp. 1 i 2, a Odwołujący wskazuje taką okoliczność bez podstawy w SWZ.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Wymagane było, by Wykonawca dokonał wyceny każdej pozycji, a mianowicie od lit. a do lit. e w ramach jednej jednolitej usługi, a tym samym nie dopuścił przenoszenia kosztów określonych pozycji formularza cenowego do innych pozycji tego formularza. Wykonawca przystępując do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu zobowiązany był do dokonania wyceny w Formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) wszystkich pozycji Serwisu Systemu Sanitarnego (w tym zabezpieczenia dostaw ciepłej wody) w oparciu o dane zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ). Formularz cenowy należało sporządzić według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do Formularza cenowego, a tym bardziej do Opisu przedmiotu zamówienia, co też uczynił mToilet sp. z o.o. nie wyceniając kosztów paliwa w pozycji II1 i 2 Formularza cenowego, a przenosząc je do pozycji V1i3. Wobec powyższego Wykonawca potwierdził, że nie dokonał wyceny całego zakresu usługi określonej w Opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym nie uwzględnił wszystkich wymogów i elementów jakie określił zamawiający poprzez przerzucenie kosztów do innej pozycji w Formularzu cenowym.”.

W ocenie Izby błędne jest twierdzenie Odwołującego, że niezbędne wyposażenie dodatkowe poszczególnych rodzajów kontenerów (w przypadku gdy źródło zasilania w energię elektryczną zapewnia wykonawca: agregaty prądotwórcze wraz z osprzętem, paliwem i innymi materiałami eksploatacyjnymi; w przypadku gdy źródło zasilania w energię elektryczną zapewnia Zamawiający: przewód przyłączeniowy i osprzęt) oznacza, że świadczenie w postaci zapewnienia przez wykonawcę paliwa niezbędnego do obsługi agregatów wchodzi w zakres usługi wynajmu kontenerów. Zamawiający w SWZ – OPZ pogrupował wyposażenie poszczególnych kontenerów na podstawowe i dodatkowe, ale to

z względu na sposób zabezpieczenia w media, wyodrębnienie wyposażenia jako dodatkowego nie miało w ocenie Izby takiego znaczenia jak starał się mu przydać Odwołujący, a miało raczej podkreślić wagę wyposażenia dodatkowego i wyspecyfikować je w danej konfiguracji, aby uzyskać także stosowną wycenę usługi.

Odwołujący nie udowodnił, w odniesieniu do „przenoszenia kosztów między pozycjami”, że oferta Odwołującego nie będzie generować większych kosztów, natomiast Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, a następnie na rozprawie wskazał, że przenoszenie kosztów między pozycjami ma znaczący wpływ na realizację umowy i generować będzie większe koszty. Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie wskazał w szczególności: „Jednocześnie, analizując złożone oferty w zakresie którego dotyczyły zarzuty zamawiającego wobec Odwołującego - zabezpieczenie przenośnych urządzeń sanitarnych z energią elektryczną Wykonawcy, stwierdzić można, że Odwołujący złożył ofertę mniej korzystną od wybranego Oferenta, co wykazuje poniższa analiza Przeanalizowano koszty wynajmu i serwisowania kontenerów sanitarnych przy założeniu zlecenia serwisów zarówno co drugi dzień, jak również codziennie: (...)”. Z wyliczeń Zamawiającego, którym nie zaprzeczył Odwołujący, wynikają w szczególności następujące koszty:

- 1) zabezpieczenie podstawienia kontenera 14 st. na okres 14 dni z serwisem co drugi dzień - energia WYKONAWCY: koszt serwisów i wynajmu:
mToilet - 42 650,00,
WC Serwis - 30 510,00;
- 2) zabezpieczenie podstawienia kontenera 5 st. na okres 14 dni z serwisem co drugi dzień - energia WYKONAWCY: koszt serwisów i wynajmu:
mToilet - 23 160,00,
WC Serwis - 14 520,00;
- 3) zabezpieczenie podstawienia kontenera 14 st. na okres 14 dni z serwisem codziennym - energia WYKONAWCY: koszt serwisów i wynajmu:

mToilet - 60 700,00,

WC Serwis - 56 620,00;

- 4) zabezpieczenie podstawienia kontenera 5 st. na okres 14 dni z serwisem codziennym - energia WYKONAWCY: koszt serwisów i wynajmu:

mToilet - 29 320,00,

WC Serwis - 26 000,00.

Biorąc pod uwagę tak sformułowane postanowienia SWZ, nie jest uprawnione w ocenie Izby dowolne przenoszenie przez Odwołującego w ofercie cen jednostkowych w miejsca

do tego nieprzeznaczone – nie mógł zatem w zgodzie z SWZ Odwołujący wycenić kosztu paliwa usługi serwisu (dostawa ciepłej wody) w koszcie usługi okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego (przez 14 dni). Odwołujący w odwołaniu zdaje się legitymizować swoje postępowanie w szczególności dbałością o gospodarne wydatkowanie środków publicznych, jednakże jak wynika ze stanowiska zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego, ale także z treści samego uzasadnienia odwołania, w istocie zabieg jaki zastosował Odwołujący służy przede wszystkim interesom Odwołującego w korzystnej wycenie jego oferty i zminimalizowaniu ryzyka niedoszacowania ceny oferty. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Ponadto przenoszenie kosztów między pozycjami ze strony Wykonawcy ma znaczący wpływ na realizację umowy, zwłaszcza w zakresie płatności, a mianowicie przy ujęciu przez mToilet sp. z o.o. kosztu paliwa w okresowym zabezpieczeniu (dzierżawie) ogólny koszt usługi związany z podstawieniem kontenerów, zbiorników, ich serwisem oraz okresowym zabezpieczeniem podstawionych urządzeń zmusza Zamawiającego do zwiększenia wydatku. Odpowiadając na zarzut odrzucenia oferty najkorzystniejszej cenowo należy zauważyć, że wykazana przez Odwołującego różnica w wartościach zamówienia nie jest wartością ostateczną i stałą. Wartość całkowita zamówienia jest zależna od proporcji pomiędzy poszczególnymi usługami, które zostaną zlecone w trakcie umowy. Potrzeby Zamawiającego do realizacji w 2024 zostały określone wyłącznie szacunkowo, o czym Zamawiający informował potencjalnych Wykonawców, mając świadomość, że zmianie może ulec zarówno sytuacja na wschodniej granicy Polski, której wsparcie realizują żołnierze, jak również inne przedsięwzięcia Wojska Polskiego. Okoliczności te są niezależne od Zamawiającego i nie są możliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności i analizy dostępnych informacji.”

Izba zauważa, że wykonawcy nie mogą zmierzać swoim działaniem do takiej interpretacji postanowień SWZ, która w istocie zmienia SWZ. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, on określa przedmiot zamówienia w oparciu o swoje potrzeby, wykonawcy zaś składają oferty i realizują zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ. W przypadku, gdy SWZ nie jest

wystarczająco precyzyjna aby należycie wycenić ryzyko realizacji zamówienia w ofercie, wykonawcy mają środki ochrony prawnej z których powinni korzystać na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Po upływie terminu zaskarżenia postanowień SWZ wykonawcy nie mogą skutecznie podnosić niedoskonałości SWZ i ich skutków w formułowaniu ofert, ani z nich wywodzić zasadność interpretacji własnej postanowień SWZ. Tak w ocenie Izby nastąpiło w niniejszej sprawie, w której Odwołujący starał się w postępowaniu odwoławczym tak zinterpretować postanowienia SWZ, które zakładały wycenę ryzyka

w realizacji zamówienia przez wykonawców, aby uniknąć konieczności wyceny tego ryzyka i wywieść możliwość przerzucenia kosztów do pkt V Lp. 1 i 3 Formularza cenowego, zamiast je wykazać w pkt II Lp. 1 i 2 Formularza cenowego.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż „Odwołujący podaje szereg powodów przez które przesunął zakup paliwa do zakresu innej usługi, co jest niezgodne z warunkami zamówienia. Podkreślenia przede wszystkim wymaga, iż Zamawiający sporządził opis czynności

i zakwalifikował tę usługę jako składową usługi „serwis”, a Odwołujący samowolnie przeniósł usługę i wycenił ją w ramach usługi „okresowe zabezpieczenie systemu sanitarnego (14 dni)”. Powyższa czynność dyskwalifikuje Odwołującego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona oferta nie odpowiada warunkom zamówienia.”. Podkreślić należy, że sam Odwołujący w wyjaśnieniach oferty wskazał, iż nie pominął dostawy ciepłej wody w ofercie, a uwzględnił

w innej części formularza cenowego w ramach okresowego zabezpieczenia systemu sanitarnego z uwagi na specyfikę technologiczną i strukturę kosztów tej usługi. Tak więc sam Odwołujący wprost oświadczył, że nie wycenił dostawy ciepłej wody w pkt II Lp. 1 i 2 Formularza cenowego, podczas gdy było to wymagane wprost w SWZ w pkt II Lp. 1 i 2 Formularza cenowego.

Wobec tego, że ze wskazanych wyżej postanowień SWZ wynika, iż koszty dostawy ciepła (paliwa) powinny być uwzględnione w pkt II Lp. 1 i 2 Formularza cenowego, zaś Odwołujący ujął je w pkt V Lp. 1 i 3 Formularza cenowego, należy stwierdzić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ. Oznacza to, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odrzucając ofertę Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), oraz z tego tytułu rachunek, Izba zasądziła takie koszty na podstawie § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: