

**WYROK**

**z dnia 25 kwietnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2022 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez **odwołującego** Grupa Wena spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Józefa Włodka 11, 86-300 Grudziądz w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Grudziądzki Park Przemysłowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz

**przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum** 1)Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o.(Lider), 2) Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. (Partner), 3) D&S DOGMAT Sp. z o.o. (Partner), 4) BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. (Partner), 5) OCHRONA DOGMAT Sp. z o.o. (Partner), ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa **zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu odwołania nr 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę wybranego Konsorcjum do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych na podstawie art.224 ust.1 ustawy Pzp.

- 1.1. Umarza postępowanie w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania o nr 5, 6, 8.
- 1.2. Oddala w pozostałym zakresie zarzuty o nr 1,3,4,7.
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Grudziądzki Park Przemysłowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** Grupa Wena spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Józefa Włodka 11, 86-300 Grudziądz tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Grudziądzki Park Przemysłowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego Grupa Wena spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Józefa Włodka 11, 86-300 Grudziądz tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.3. Pozostałe koszty stron znosi się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - Pzp. (Dz. U. j.t. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) 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

**Odwołanie dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o., nr postępowania PN/06/22, ID 580374, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 043-112503 („Postępowanie”).

Izba na posiedzeniu z udziałem stron, nie stwierdziła przesłanek formalnych i prawnych skutkujących nie dopuszczeniem do postępowania po stronie zamawiającego, przystępującego to jest wykonawcy wybranego, jak również stawający nie zgłosili opozycji przeciw przystąpieniu, w myśl art. 525 i art. 526 Pzp. Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie/rozprawę prawidłowo zawiadomiony o terminie. Złożył pismo, w którym przedstawił argumentację formalną i prawną popierającą stanowisko zamawiającego – pismo z 21 kwietnia 2022r. (w aktach sprawy). W piśmie przystępujący poparł stanowisko zamawiającego co do wniosku o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 1, 2, 3, 4, 7 oraz co do uwzględnienia zarzutów 5, 6, 8 odwołania, wobec uprzedniego złożenia stanowiska przez zamawiającego pismem z dnia 20 kwietnia 2022 r (pismo zamawiającego w aktach sprawy).

Zamawiający na posiedzeniu nie złożył wniosku o odrzucenie odwołania. Izba mając na uwadze treść art. 528 Pzp nie stwierdziła przesłanek faktycznych i prawnych, opisanych w tym przepisie, co do podstaw odrzucenia odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 530 Pzp skierowała sprawę na rozprawę, celem rozpoznania zarzutów odwołania.

**Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania**, jako wykonawca składający ofertę, która mogła być uznana przez zamawiającego jako niepodlegająca odrzuceniu, spełniająca wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz posiadająca realne szanse na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jako oferta najkorzystniejsza. Przez naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co w konsekwencji spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując zamówienie. Tym samym została spełniona przesłanka prawa do wniesienia odwołania określona w art.505 ust. 1 Pzp.

### **Zarzuty odwołania**

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy – konsorcjum składającego się z Agencji Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. - Lidera Konsorcjum, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K., D&S DOGMAT Sp. z o. o., Biura Ochrony DOGMAT Sp. z o. o., Ochrona DOGMAT Sp. z o. o. - Partnerów Konsorcjum („Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej oraz jako tej, która spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu,
2. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum;
3. zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wymaganych dokumentów/wyjaśnień;
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Z powyższego wynika, że odwołujący zaskarża wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ oferta wykonawcy wybranego powinna być odrzucona oraz wykonawca wybrany powinien być wezwany do złożenia wymaganych dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, a najkorzystniejszą ofertą w tej sytuacji jest oferta odwołującego i jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

W tej sytuacji odwołujący formułuje pod adresem zamawiającego następujące zarzuty wskazując na ich podstawę prawną jak i przypisuje do nich okoliczności faktyczne jakie miały miejsce w postępowaniu przed zamawiającym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp w związku z jego czynnościami albo zaniechaniami czynności:

1. art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez Konsorcjum nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, że wskazana oferta Konsorcjum zawiera rażąco niskie ceny (co było Zamawiającemu sygnalizowane przez Odwołującego), zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum **[Zarzut Nr 1]**

**Izba** w toku postępowania odwoławczego przeprowadzając postępowanie dowodowe na rozprawie, nie uwzględniła zarzutu odwołania, co do naruszenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uznając, że odwołujący nie wykazał wskazanego naruszenia art.224 Pzp. jak i art.16 Pzp oraz jego nie udowodnił, w kontekście żądania to jest art.226 ust.1 pkt 8 Pzp.(odrzucenie z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia). Co do faktu należy stwierdzić, że wysokość oferty wykonawcy wybranego była zbieżna, wręcz tożsama z wyceną zamawiającego (następujące kwoty – **wycena zamawiającego 6 287 312 zł**, również podana na otwarciu ofert, **wykonawca wybrany jego oferta 6 198 330,93 zł** a odwołujący **6 706 014,14 zł**). Skutkiem takiej tezy odwołania byłby również zarzut pod adresem zamawiającego, że rażąco nisko wycenił wartość zamówienia. Te okoliczności to jest zbieżność wycen zamawiającego i wykonawcy wybranego, co do zasady wykluczają logikę zarzutu nieuczciwej konkurencji przez dumping cenowy. Również żądanie jest nieuzasadnione wobec wskazanych naruszeń prawa. Po pierwsze art.224 Pzp wskazuje na szereg dyspozycji prawnych w zależności od wystąpienia stanu faktycznego, a odwołujący nie wskazał podając podstawę prawną, do jakich naruszeń po stronie zamawiającego odnosi się np.: czy do braku wezwania, czy też niewłaściwej oceny złożonych wyjaśnień, pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Tym bardziej, że wezwania ze strony zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie było, a co jest faktem bezspornym. Natomiast konstrukcja art.224 Pzp jest tak zbudowana, że nie można odrzucić zaniżonej cenowo oferty, bez uprzedniego wezwania do wyjaśnienia ceny. Po drugie art. 16 Pzp wskazuje na szereg zasad prawnych, gdzie uczciwa konkurencja, czy też równe traktowanie wykonawców jest jedną z szeregu obowiązujących zasad prawnych (także jest przejrzystość, proporcjonalność, jakość, uzyskanie najlepszych efektów, bezstronność czy też obiektywizm osób przygotowujących i prowadzących postępowanie). W konkluzji zarzutu, odwołujący żąda odrzucenia oferty nie z powodu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.) czy też braku równego traktowania wykonawców (art.226ust.1pkt 3)Pzp.), tylko z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia (art.226 ust.1 pkt 8) Pzp.). Jak już wyżej Izba wskazała co jest niemożliwe z powodu braku wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak więc Izba stwierdza brak relacji między zarzucanym czynem nieuczciwej konkurencji oraz brakiem równego traktowania wykonawcy (art.224 i art.16 Pzp.), a konsekwencją czyli dyspozycją do odrzucenia oferty (art.226 ust.1 pkt 8) Pzp. W tym stanie rzeczy **Izba** nie uwzględnia zarzutu odwołania.

2. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo wskazywanej przez Odwołującego rażącej dysproporcji pomiędzy minimalnym wynagrodzeniem za pracę, a stawką za roboczogodzinę zaproponowaną przez Konsorcjum, co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w Odwołaniu, jak również brakiem uwzględnienia w ofercie kosztu kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego Wykonawcy (wymóg określony w SWZ), a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania po stronie Konsorcjum strat **[Zarzut Nr 2]**;

**Izba** powyższy **zarzut uwzględnia** i nakazała w wyroku zamawiającemu wezwanie wykonawcy wybranego do wyjaśnienia ceny oferty, pod rygorem rażąco niskiej ceny. Przeprowadzone podczas posiedzenia i rozprawy dowody z dokumentów przedstawionych przez odwołującego, wskazują bezspornie na zasadność zarzutu odwołania podejrzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z zaoferowaną ceną oferty przez wykonawcę wybranego. Powyższy zarzut odwołania, co do powzięcia wątpliwości, potwierdził się w szczególności co do kosztów osobowych prezentowanych przez wykonawcę wybranego jak i co do kosztów przepięcia systemu alarmowego od poprzedniego wykonawcy. Te drugie zniżenie kosztów odwołujący udowodnił, przez porównanie oferowanych cen monitoringu, czy też reakcji na zagrożenia bezpieczeństwa chronionych osób, czy też mienia, w związku z nie wyodrębnieniem kosztów przepięcia systemu alarmowego do osobnej pozycji wyceny w formularzu oferty. Bowiem wycena kosztów monitoringu jest na porównywalnym poziomie stąd wątpliwości, co do uwzględnienia kosztów przepięcia systemu alarmowego w przejmowanych obiektach od poprzedniego usługodawcy. Stąd wykonawca wybrany w wyjaśnieniach powinien je wykazać, zarówno co do ich wysokości, jak ich umiejscowienia w pozostałych pozycjach formularza, wobec nie wyodrębnienia pozycji przepięcia systemu, w formularzu cenowym do odrębnej pozycji. Natomiast zamawiający, broniąc całokształtu wyceny oferty wykonawcy wybranego, wskazał jedynie jako przeciwny dowód na dowody odwołującego, protokół z negocjacji z odwołującym, na podstawie których to negocjacji, odwołujący kontynuuje umowę po jej wygaśnięciu. Z kolei odwołujący przedstawił Wystąpienie (Postanowienie) pokontrolne z dnia 14 i 16 marca 2022r. za miesiące styczeń- luty -marzec 2022r. Państwowej Inspekcji Pracy w Bydgoszczy, które ewidentnie wskazują na zniżenie kosztów pracy w stosunku do obowiązujących minimalnych kosztów utrzymania pracowników ochrony. Ponadto

odwołujący przedstawiając w szczególności oferty firm na rynku gruzińskim jak i spoza niego, jak i stanowisko biegłego sądowego z dziedziny ochrony osób i mienia, wykazał na jakim poziomie kształtują się minimalne koszty utrzymania pracowników ochrony osób i mienia i to osób niekwalifikowanych (takich jak konwój środków pieniężnych, czy też wyposażonych w broń). Zamawiający wzywając wykonawcę wybranego powinien wezwać do szczegółowego wskazania kosztów umożliwiających świadczenie usługi ochrony przez okres objęty umową w zakresie wszelkich koniecznych i niezbędnych kosztów w tym oczekiwanego dochodu z prowadzonej działalności, mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia i przedstawiony zakres dowodowy przez odwołującego, mający wpływ na koszty przedmiotowej usługi. Zamawiający również powinien w wystąpieniu do wykonawcy wybranego uwzględnić uwagi odwołującego, zawarte w piśmie z dnia 18 marca 2022 r., skierowanym do zamawiającego po zapoznaniu się ze złożonymi ofertami, w którym odwołujący już wtedy wnosił o wystąpienie na podstawie art.224 ust.1 w zw. z ust.3 pkt 4)Pzp.

Poniżej Izba przedstawia (wyciąg z protokołu) ustalenia i wnioski z przeprowadzonych dowodów w toku postępowania odwoławczego, które wskazują na niezbędne i konieczne koszty usługodawcy, przy zapewnieniu świadczenia usługi ochrony osób i mienia zgodnie z przedmiotem zamówienia, a które to powinien zamawiający uwzględnić żądając wyjaśnień od wykonawcy wybranego i oceniając złożone wyjaśnienia przez tego wykonawcę.

#### **„Odwołujący składa dowody:**

- 1. Opinia** dotycząca minimalnych kosztów roboczogodziny w usługach stacjonarnej ochrony obiektowej **z dnia 29 marca 2022r.** (prywatna) wydana przez J. W. biegły sądowy w dziedzinie ochrony osób na okoliczność wyliczenia minimalnych kosztów osobowych w zależności od systemów pracy (dzienny, w porze nocnej, mieszany dzień/noc).

Biegły przedstawiając niezbędne koszty składowe pracodawcy minimalny koszt 1 godziny ochrony wyliczył następująco: ochrona tylko w trakcie dnia – 26,08 zł/h(4.365zł/m-c), ochrona tylko w porze nocnej – 33,22zł/h (5.558zł/m-c), ochrona w cyklu mieszanym dzień/noc – 27,80 (4.652 zł/m-c).

W minimalnych kosztach osobowych biegły uwzględnił: na 2022r. minimalne wynagrodzenie za pracę (etat), minimalną stawkę godzinową w tym umowy cywilno-prawne, ogłaszane do 30 września na następny rok na podstawie ustawy z dnia 10.10.2002r. o wynagrodzeniu minimalnym (j.t. Dz.U. 2020 poz.2207 j.t.)w tym dodatek za godziny nocne (w zależności od systemu pracy), ZUS i inne fundusze, świadczenia urlopowe, świadczenia chorobowe. Na koszt pracodawcy zaliczył również: ekwiwalent BHP, ubezpieczenie obowiązkowe (OC),

koszty administracyjne (6%) umundurowanie i wyposażenie osobiste, inne jak badania wstępne, okresowe, szkolenia (opinia z zawartymi w niej tabelarycznymi wyliczeniami kosztów – w aktach sprawy).

Biegły wskazał na dyskusyjne koszty w kalkulacjach branżowych takie jak: wysokość zysku brutto (nie uwzględnił w kalkulacji), koszty administracyjne (uwzględnił w wysokości 6%), odpis na Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych (nie uwzględnił), Pracownicze Programy Kapitałowe (nie uwzględnił) pomimo, że to pracownik decyduje o przystąpieniu do nich lub rezygnacji z PPK.

Reasumując biegły nie uwzględnił: zysku firmy, który kształtuje się różnie, koszty PPK -1,5% wynagrodzenia brutto, odpisy na ZFŚS, wpłaty na PFRON zakładając spełnienie wymogu 6% pracowników z orzeczoną grupą niepełnosprawności, odprawy pracownicze.

Wyliczone wynagrodzenia odzwierciedlają usługi ochrony standardowych obiektów (bez wymogów szczególnych) i zastosowaniu etatowej formy zatrudnienia i są minimalnymi kosztami roboczogodziny.

Podsumowując w opinii biegły wyliczył stawki tylko w systemie dziennym, tylko w systemie nocnym oraz w systemie mieszanym z udziałem pracy nocy w wysokości 20%. W przedmiotowym postępowaniu udział pracy nocnej do całości wynosi 39% kontraktu.

W trakcie postępowania dowodowego, zamawiający nie podważył ustaleń Opinii biegłego sądowego, przedstawionej przez odwołującego.

- 2. Kalkulator** Kosztów Płacowych Roboczogodziny Pracy Pracownika Ochrony - rok 2022. Wydany przez Polski Związek Pracodawców Ochrona. Dokument ogólnodostępny na stronie internetowej Organizacji. Kalkulator zawiera szczegółowe wyliczenie roboczogodziny przy założeniu: średnia ilość godzin w miesiącu – 167,33 h/ 2008 h/12 m-cy), pora nocna – 56 h/m-c -przy czym dopłata nie wchodzi do minimalnej, 10 -letni staż pracy, składka wypadkowa 0,93%, urlop w wymiarze 26 dni/rok, zwolnienia chorobowe – 10 dni/rok, umowa o pracę, pracownik ochrony. Kalkulacja zawiera 9 pozycji. 1. Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto od 01.01.2022r. - 3.211, 47 zł. (minus 201,47 – wyn. 56 h/ pora nocna, co daje 3010 zł/m-c). 2.Składki ZUS pracodawcy – 19,74% (emerytalna, rentowa, wypadkowa, fundusz pracy, fundusz GŚP) co daje 633,94. 3. Suma poz. 1. i 2. 3.845,41. 4. Świadczenie urlopowe – 396,75 zł. 5. Chorobowe 10 dni w roku – 61,58 zł. 6. Podstawowy m-czny koszt utrzymania pracownika – 4.303,75zł. 7. Koszt podstawowy 1 roboczogodziny pracy pracownika - 25,72. 8. Koszt PPK- 48,17 zł. 9. Koszt z PPK 26,01zł. Czyli z pozycji 7 Tabeli wynika, że



koszt podstawowy wynosi **25,72 zł** i **koszt z PPK od 1 stycznia 2022 r. co wynosi 26,01 zł**, a stawka, którą podał wybrany wykonawca **25,28 zł w tym z zyskiem 0,05 zł.**, czyli **wykonawca wybrany podał kwotę 25,23 zł/h, gdy obowiązuje minimum 25,72 zł/h.**

3. **Postanowienie** z 16.03.2022 r. Państwowej Inspekcji Pracy w Bydgoszczy Nr rej: 020145-56-Do-01/22 (sprostowanie), gdzie z kontroli w zakładzie Odwołującego wynika, że podstawowa stawka godzinowa miesięczna za ochronę wynosi **26,49 zł**. Poprzedzające wystąpienie Państwowej Inspekcji Pracy w Bydgoszczy z dnia 14.03.2022r. Nr rej: 020145-53-K006-Ws02/22 z podstawową stawką godzinową miesięczną pracownika 26,49 złotych. W uzasadnieniu Wystąpienia PIP Bydgoszcz wśród nieprawidłowości stwierdza się między innymi: posiłkuje się zleceniobiorcami, którzy są tańsi w utrzymaniu tj.19,70 zł/ za godzinę i nie podlegają rygorom kodeksu pracy, dopuszcza się nieprawidłowości przy zatrudnieniu odpowiedniej liczby pracowników do wykonania usługi na rzecz zawierania umów cywilnoprawnych, mając na względzie dobro pracowników należy przeciwdziałać nieuczciwym zamówieniom przez podmioty publiczne).
  
4. **KALKULACJA – 2022 stawki minimalnej i kosztów godziny ochrony – etatowa forma zatrudnienia** wystawiona przez **Polską Izbę Ochrony – członek Krajowej Izby Gospodarczej. Polska Izba Ochrony** zrzesza podmioty gospodarcze zajmujące się ochroną osób i mienia. Izba przedstawia dwa warianty pracy: system dzienny - koszt (jedna godzina brutto) 26,50 zł - w systemie mieszanym (dzień i noc) jedna godzina brutto - 28,20 zł oraz z uwzględnieniem zysku 8% to minimalna stawka kalkulacyjna - stawka dzienna **28,65 zł** i **mieszana 30,45 zł**. Poniżej tabeli znajdują się wyceny płacy minimalnej pracowników kwalifikowanych, których stawki należy zwiększyć o ok.10 % oraz z dostępem do broni palnej, których stawkę należy zwiększyć o ok.20%. Stanowisko dotyczące minimalnych kosztów roboczogodziny w usługach stacjonarnej ochrony obiektowej biegłego sądowego z Poznania (7 stron). W uwagach znajduje się informacja, że przedstawione wyliczenie nie uwzględnia podatku VAT. Kalkulacja również nie uwzględnia wzrostu cen towarów i usług – inflacji - w 2021r.

Omawiając Mecenasa G. (odwołujący) stwierdza, że z opinii biegłego wynika, że niezależnie czy to praca tylko w systemie dziennym czy nocnym, czy mieszanym to w każdym przypadku stawki wyliczone przez biegłego są stawkami wyższymi jeżeli chodzi o jedną roboczogodzinę, niż w ofercie wykonawcy wybranego.

5. **Cennik Usług Medycznych** - Centrum Zdrowia na Skarpie sp. z o.o. Grudziądz - koszt badania pracownika kwalifikowanego w wysokości 350 zł, przy czym dotyczy on w zakresie konwojowania wartości pieniężnych. W pozostałym zakresie badanie pracowników wynosi 60 zł.

W tym miejscu p. M. M. wyjaśnia, że mail z 23 marca 22r. to koszt badania pracownika kwalifikowanego w wysokości 350 zł, przy czym dotyczy on do niniejszej sprawy tylko w zakresie konwojowania wartości pieniężnych. W pozostałym zakresie badanie pracowników wynosi 60 zł. Załącznik kolejny to cennik usług medycznych Centrum Zdrowia na Skarpie sp. z o.o. Oświadczają p. M. M. i M. M., że jest to cennik tegoroczny.

6. **Pismo z dnia 08-04-2022r. Państwowa Inspekcja Pracy w Olsztynie OL- OSE.0142.40.2022.2** do K. G. (jak wyjaśnił odwołujący, informacja uzyskana w ramach dostępu do informacji publicznej). Z odpowiedzi wynika, że kontrolowane były podmioty, które wchodziły w skład konsorcjum wybranego wykonawcy – dwóch konsorcjantów z pięciu, którzy mają siedziby w Elblągu i jest to informacja o przeprowadzonych kontrolach w latach 2018-2022. Z informacji wynika między innymi, że stwierdzono między innymi braki: zapłaty dodatku 20% za pracę w godzinach nocnych, przestrzeganie przepisów dotyczących ewidencjonowania czasu pracy, wypłacania przyjmującemu zlecenie wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia w wysokości nie niższej niż obowiązująca wysokość minimalnej stawki godzinowej w kontrolowanych jednostkach, poddania pracownika szkoleniu okresowemu z zakresu bhp (Patrol Dogmat s.c., Biuro Ochrony Dogmat sp. z o.o.).

Jak wyjaśnił mecenas G. (mecenas odwołującego) o wniosek wystąpiła współpracująca adwokat K. G., w ramach pytania o udzielenie informacji publicznej: czy były przeprowadzane u wykonawcy wybranego kontrole w zakresie przestrzegania prawa pracy, a w szczególności przepisów odnośnie pracy minimalnej.

7. E-mail z dnia 24 marca 2022r. od Z. K. biuro @ krazet.pl wycena ubioru i obuwia obejmującą: kurtka ocieplana, czapka zimowa, czarne rękawiczki, kurtka czarna wiatrówka, czapka z daszkiem, polar czarny grubszy oraz cieńszy, koszula biała długi rękaw, koszula biała krótki rękaw, spodnie czarne garniturowe, spodnie czarne bojowe, koszulka polo czarna, koszulka polo biała, obuwie garniturowe, obuwie bojowe, kamizelka odblaskowa, wszystkie elementy ubrania z logiem firmy. Powyższe wskazuje na konieczne i niezbędne wydatki ze znakiem firmy na umundurowanie i ubiór pracowników ochrony osób i mienia.

#### **8. Tabela Ochrona fizyczna – Tabela dla zadania nr 3**

Tabela obejmuje wycenę roboczogodziny netto i brutto w 5 źródłach (netto: 26,01zł., 26,49zł., 27,80zł., 28,20zł.) w tym wykonawcy wybranego (netto 25,28 zł). Z powyższego zestawienia tabelarycznego jak i załączonych do niego dowodów (kalkulatorów organizacji ochrony osób i mienia, ofert, opinii biegłego sądowego w dziedzinie ochrony osób i mienia na zlecenie odwołującego, informacji PIP w Bydgoszczy i Olsztynie) wynika, że stawka wykonawcy wybranego jest najniższą stawką i nie zawierającą minimalnych kosztów obciążających pracodawcę.

#### **9. Koszt Kompletnego i Całkowitego Przeniesienia Obsługi Dotychczasowego Systemu /Instalacji Alarmowej od Poprzedniego Wykonawcy**

Odwołujący przyznaje, że w formularzu oferty – cena oferty takiej pozycji nie było – niemniej dotyczy to znacznego elementu kosztu, który według niego, wykonawca wybrany kosztu tego nie uwzględnił w cenie.

Odwołujący przedstawił zbiorcze zestawienie ofert sześciu podmiotów, w tym wykonawcy wybranego, który zdaniem odwołującego wycenił ten koszt na 0,00 złotych, a koszt przeprogramowania instalacji alarmowej na 64 obiektach wg wycen innych podmiotów waha się od ok. 4 000 zł do ok. 23 000 zł. brutto (zestawienie zbiorcze ofert – przedstawił odwołujący). Strony potwierdziły, że w formularzu oferty - cena oferty, nie było wyodrębnionej pozycji co do tego kosztu, ale SWZ wymagał uwzględnienia tego kosztu. Pismo z 25 marca 2022 r. Seris Konsalnet Security sp. z o.o. w Warszawie udziela odpowiedzi do Unia Park Handlowy w Grudziądzu, z którym współpracuje p. M. M. – udziałowiec – oferta kwota za podłączenie i aktywacje nadajnika 150,00zł. netto plus VAT za jeden obiekt przy abonamencie miesięcznym 50,00zł. plus VAT za jeden obiekt albo opcja , jednorazowy koszt aktywacyjny 170,00zł plus VAT. Kolejna oferta Viston - Systemy Alarmowe B. W. Grudziądz

200,00 zł. netto jeden obiekt. Kolejna oferta Systemy Alarmowe W. B. Grudziądz, stawka jednostkowa 200 zł. Systemy Alarmowe W. B., stawka jednostkowa 200 zł. netto plus VAT. Dalej Instalowanie Systemów Teletechnicznych s. c. R. C. zbiorczo podaje na 64 obiekty kwotę 19 200 zł netto, co daje 300 zł netto za jeden obiekt. Według odwołującego cena oferty wykonawcy wybranego świadczy o tym, że wykonawca wybrany nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu alarmowego od poprzedniego usługodawcy. Powyższy wniosek należy wywieść z zaniżonych kosztów osobowych w stosunku do powszechnie obowiązujących przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Stąd cena oferty odwołującego nie zawiera kosztu przeniesienia systemu alarmowego od poprzedniego usługodawcy.

#### **10. Monitorowanie Sygnałów Włamania – Tabela dla Zadania Nr 1, suma punktów od 1 do 5.**

Odwołujący przedstawił oferty innych podmiotów (w tym wykonawcy wybranego) na koszty monitorowania sygnałów włamania dla jednego obiektu. Monitorowanie sygnału włamania – tabela dla zadania nr 1 (pkt 1 – monitorowanie sygnałów włamania i sabotaż pochodzących z wewnętrznego systemu alarmowego; pkt 2 – monitorowanie sygnałów napad; pkt 3 – monitorowanie sygnału załączenia i wyłączenie sygnału alarmowego; pkt 4 – monitorowanie sygnału brak zasilania 230 V; pkt 5 – monitorowanie sygnałów z czujnika dymu, gazu, zalania). Do Tabeli załączone zostały oferty Solid Group Sp. z o.o. sp. k. Warszawa (45,00 zł. netto), Auto -Trezor – Ochrona sp. z o.o. sp. k. Toruń (80,00 zł. netto), Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. (150,00 zł. netto). Średnia cena ofert netto 91,67 zł. netto przy ofercie wykonawcy wybranego (31,00 zł. netto).

#### **11. Odśnieżanie – Tabela Dla Zadania Nr 1, Punkt 8**

Tabela – zawiera dane z czterech ofert w tym wykonawcy wybranego. Tabela zawiera cztery oferty na odśnieżanie, cena za jeden metr kwadratowy od 1,30 zł. netto do 3 zł. netto, przy ofercie wykonawcy wybranego 0,20 zł. netto. Do odśnieżania przewidziano łącznie 250 metrów kwadratowych. W załączeniu trzy oferty od firm FHU Ł. D. Dolna Grupa, AB sp. z o.o. w Dragaczu, Z.P.H.U. „BLASK” J. L. Grudziądz. Te pozycje cenowe były elementami formularza cenowego. Z zestawienia wynika, że oferta wybranego wykonawcy wynosi 0,20 zł

za metr kwadratowy a średnia cena z zestawienia ofert wynosi 1,98 zł za metr kwadratowy odśnieżania (netto).

## **12. Wyciąg ze Statutu Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła w Elblągu**

Wyciąg ze Statutu potwierdza, że Szpital jest jednostką posiadającą osobowość prawną, czyli nie jest **samorządową jednostką budżetową**.

W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego (adwokat) odnosi się do zarzutu, że miały być to stricte w sensie dosłownym zgodnie z przepisami jednostki budżetowe, czyli nieposiadające np. osobowości prawnej. Uważa, że nie można wywieść takiego poglądu jak to czyni odwołujący z treści swz. Chodzi o jednostki, które podlegają ustawie PZP czyli jednostki sektora finansów publicznych w szerokim tego słowa znaczeniu bez znaczenia od obowiązującej u nich struktury organizacyjno-prawnej. Podtrzymuje w tym zakresie swój wywód zawarty w odpowiedzi na odwołanie. W tym miejscu przedstawiciele zamawiającego (pracownicy) wyjaśniają, że wymóg był 35 podmiotów. Wykonawca wybrany wykazał doświadczenie u 39 podmiotów. Gdyby Izba uznała zarzut odwołującego to trzeba byłoby pomniejszyć o 6 co dałoby liczbę 33. Wyjaśnia, że formułując ten wymóg chodziło nam to, aby było doświadczenie, w zakres którego wchodziłyby różne podmioty, tak jak u nas podległe gminie Grudziądz (chodziło o jednostki organizacyjne takie jak szkoły, przedszkola, muzea, teatr, urząd miejski, domy pomocy społecznej).

Pełnomocnik odwołującego (p. M. M.) oświadcza, że formułując pytania do oferentów, zwłaszcza spoza Grudziądza zaznaczał, że chodzi o świadczenie usługi na terenie Grudziądza, tj. u zamawiającego. W tym miejscu prostuje wypowiedź pełnomocnika odwołującego, że pytania dotyczyły jego firmy zlokalizowanej w Grudziądzu. Natomiast w przypadku odniesienia wskazano, że miejscem tym będzie zamawiający. Pan M. M. też oświadcza, że jeżeli chodzi o tzw. przeprogramowania/przepięcia systemu alarmowego to zadając pytanie firmom mającym siedzibę w Grudziądzu były udostępnione wykonawcom.

## **12. Protokół z negocjacji prowadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.**

Zamawiający składa protokół z negocjacji prowadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki – 28 grudnia 2021 r. Negocjacje prowadził zamawiający. W tym miejscu wyjaśnia, że protokół został sporządzony na okoliczność świadczenia przedmiotowych usług w okresie od grudnia 2021 r. do 31 stycznia 2022 r., przy czym aktualnie nadal odwołujący świadczy te usługi. Przedstawiciele wyjaśniają, że umowa z odwołującym jest zawarta do końca kwietnia 2022 r.

W tym miejscu p. M. M. ze strony odwołującego wyjaśnia, że po zapoznaniu się z protokołem wynika, iż on był stosowany do końca marca 2022 r. natomiast aktualnie świadczą ponownie usługi w tym samym zakresie, ale za kwoty wynagrodzenia wyższe tj 26,50 zł netto za ochronę fizyczną. Stawka ta jest po kontroli Państwowej Inspekcji pracy w Bydgoszczy, ponieważ stawka stosowana była za niska.

W tym miejscu adwokat zamawiającego wyjaśnia, że w zw. z odpowiedzią na odwołanie uwzględniają zarzuty 5, 6 i 8, a dotyczą one wezwania do wypełnienia JEDZ, zobowiązuje się do wypełnienia JEDZ każdego ze współników spółki cywilnej oraz do przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia bankowozu i JEDZ podmiotu trzeciego. W formularzu ofertowym było zaznaczenie, że będzie podwykonawca w zakresie bankowozu, ale nie było JEDZ oraz zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia. Jeżeli chodzi o współników spółki cywilnej to każdy z nich ma złożyć osobny JEDZ. W tym miejscu zamawiający wyjaśnia, że w wykazie narzędzi wykonawcy wybranego było napisane 2 bankowozy – podwykonawstwo. Kontynuując wypowiedź mecenas zamawiającego przywołuje następujące kwoty – **wycena zamawiającego 6 287 312 zł**, również podana na otwarciu ofert. **Wykonawca wybrany dał ofertę 6 198 330,93 zł** a odwołujący złożył ofertę na poziomie **6 706 014,14 zł**.

**13.** W tym miejscu odwołujący składa pismo z dnia 18 marca 2022 r. – jest to sygnalizacja do zamawiającego o zaniżonej cenie w ofercie wykonawcy wybranego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę wybranego w trzech egzemplarzach. Zamawiający potwierdza, że to pismo otrzymał”  
**(koniec wyciągu z Protokołu z posiedzenia/rozprawy).**

Reasumując Izba uwzględniła powyższy zarzut, co do podstaw wezwania wykonawcy wybranego na podstawie art.224 ust.1 Pzp, w związku z wykazanymi wątpliwościami przez

odwołującego, co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę wybranego, w ramach zaoferowanej w ofercie ceny, zgodnie z przedmiotem zamówienia.

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 116 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w Rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. a), lit. d) oraz lit. g) SWZ (tj. świadczenie usług ochrony osób i mienia w 35 instytucjach, dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut, dysponowanie doświadczonym personelem) [Zarzut Nr 3]

Zamawiający nie uwzględnił powyższego zarzutu odwołania. Izba po rozpoznaniu zarzutu nie uwzględnia niniejszego zarzutu odwołania, dzieląc stanowisko przystępującego jak poniżej (pismo z dnia 21 kwietnia 2022r. – w aktach sprawy).

„Zarzut Nr 3 Przystępujący podkreśla, że Zamawiający nie mógł naruszyć art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucić oferty Przystępującego, gdyż zgodnie z art. 128 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. W związku z tym, że dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowią podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób o informacje czy wymienieni w wykazie pracownicy posiadają wymagane doświadczenie na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucjach kultury. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedłożył wykaz osób uzupełniony o informacje wymagane przez Zamawiającego. W pozostałym zakresie brak było podstaw do wzywania Konsorcjum do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów podmiotowych. W świetle powyższych okoliczności, całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego jakoby to

Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu”.

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 PZP oraz art. 117 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że Konsorcjum nie udowodniło Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponowało niezbędnymi zasobami podwykonawców na których to się powołuje, w ten sposób, iż podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. e) (tj. dysponowanie bankowozami) [Zarzut Nr 4];

Zamawiający nie uwzględnił powyższego zarzutu odwołania. Izba po rozpoznaniu zarzutu nie uwzględnia niniejszego zarzutu odwołania, podzielając stanowisko przystępującego jak poniżej (pismo z dnia 21 kwietnia 2022r. – w aktach sprawy).

„Zamawiający nie mógł naruszyć art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 2, 3 i 4, a w konsekwencji odrzucić oferty Przystępującego, gdyż zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, co z kolei oznacza, że podlega on regulacji przewidzianej w przywołanym art. 128 ust. 1 p.z.p. W wyroku z 24.09.2021 r., KIO 2353/21 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że 'Wykładnia art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, co z kolei oznacza, że podlega on regulacji przewidzianej art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, z której w niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał wzywając Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu realizacji przez (...) Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia". W świetle powyższych okoliczności, całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego, jakoby to Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu”.



5. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 125 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia dokumentów JEDZ podmiotów trzecich, na których zasoby powołują się członkowie Konsorcjum w swoich dokumentach JEDZ [Zarzut Nr 5];

Wobec uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego (odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 20 kwietnia 2022r. - w aktach sprawy) oraz nie wniesienia sprzeciwu przez przystępującego/wykonawcę wybranego (pismo z dnia 21 kwietnia 2021r. – w aktach sprawy) Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu Nr 5.

6. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 125 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia osobnych dokumentów JEDZ dla członka Konsorcjum będącego spółką cywilną **[Zarzut Nr 6]**

Wobec uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego (odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 20 kwietnia 2022r. - w aktach sprawy) oraz nie wniesienia sprzeciwu przez przystępującego/wykonawcę wybranego (pismo z dnia 21 kwietnia 2021r. – w aktach sprawy) Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu Nr 6.

z ostrożności procesowej:

7. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych dokumentów dotyczących:

- a) referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Załącznik nr 6 – wykaz usług);
- b) dysponowania co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut (Załącznik nr 7 – wykaz narzędzi);
- c) dysponowania doświadczonym personelem na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury (Załącznik nr 9 – wykaz osób);

w sytuacji, gdy przedstawione dokumenty przez Konsorcjum nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, których mowa w Rozdz. 5 pkt 6) ppk 4) lit. a), lit. d) oraz lit. g) **[Zarzut Nr 7]**

Zamawiający nie uwzględnił powyższego zarzutu odwołania. Izba po rozpoznaniu zarzutu nie uwzględnia niniejszego zarzutu odwołania, dzieląc stanowisko przystępującego jak poniżej (pismo z dnia 21 kwietnia 2022r. – w aktach sprawy).

„W niniejszym stanie faktycznym brak było podstaw do wzywania Przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia wykazu usług ochrony osób i mienia w 35 instytucjach, gdyż Przystępujący w pierwotnie złożonym wykazie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Analogiczna sytuacja dotyczy dysponowania dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut. W zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania doświadczonym personelem, Zamawiający pismem nr PN/06/22 z dnia 21 marca 2022 roku wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób o informacje czy wymienieni w wykazie pracownicy posiadają wymagane doświadczenie na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucjach kultury. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz osób o informacje wymagane przez Zamawiającego. W świetle powyższych okoliczności Zamawiający nie naruszył art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP”.

8. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 117 ust. 3 i art. 118 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasoby powołują się członkowie Konsorcjum w swoich dokumentach JEDZ [**Zarzut Nr 8**].

Wobec uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego (odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 20 kwietnia 2022r. - w aktach sprawy) oraz nie wniesienia sprzeciwu przez przystępującego/wykonawcę wybranego (pismo z dnia 21 kwietnia 2021r. – w aktach sprawy) Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu Nr 8.

**W tym miejscu Izba podsumowuje czynność zamawiającego co do uznania zarzutów Nr 5, 6, 8 odwołania**, który przedstawił uzasadnienie tej decyzji, w przywołanym powyżej piśmie z dnia 20 kwietnia 2022r. odpowiedź na odwołanie, a mianowicie „Zamawiający zgadza się z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, iż powinien zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p wezwać wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie zobowiązań podmiotów trzecich, na które powołuje się Konsorcjum w zakresie dysponowania bankowozami. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, powinien także zostać wezwany do przedstawienia JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego

podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. Zamawiający zgadza się, iż obaj wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia działający w formie spółki cywilnej powinni złożyć oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz informacje o przynależności do grupy kapitałowej dotyczące każdego z tych wykonawców z osobna. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający dokona unieważnienia wyboru oferty wykonawcy, dokona odpowiednich wezwań do złożenia dokumentów i oświadczeń oraz dokona ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty”.

**Izba** odnosząc się co do sporu w związku z interpretacją pojęcia samorządowe budżetowe i/lub samorządowe instytucje kultury (jednostek budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury o łącznej wartości co najmniej 2 mln złotych) poniżej przedstawia stanowiska stron w tym zakresie to jest jak w odwołaniu i na rozprawie (pełnomocnicy zamawiającego).

Odwołanie „Jednostka budżetowa jest definiowana jako jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych nieposiadająca osobowości prawnej, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Samorządową instytucją kultury jest samorządowa osoba prawna, dla której działalność kulturalna jest podstawowym celem statutowym (nie stanowiącym jednocześnie działalności gospodarczej), prowadzona w szczególności w formie: muzeów, biur wystaw artystycznych, galerii i centrów sztuki, bibliotek, domów i ośrodków kultury, świetlic i klubów.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. a) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu usług wraz z referencjami (por. str. 12 SWZ).

Tym samym na potwierdzenie spełnienia w/w warunku Konsorcjum przedłożyło Załącznik nr 6 (wykaz usług), w którym wskazano 39 podmiotów, na rzecz których Konsorcjum świadczy i świadczyło usługi w powyższym zakresie. Dodatkowo, na potwierdzenie wykazu Konsorcjum przedłożyło listę stosownych referencji.

Poddając analizie wykaz świadczonych usług i przedłożone referencje, wskazać należy co następuje:

- 1) Gdańskie Wody Sp. z o. o. – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną, nie jest również instytucją kultury;
- 2) Szpital Miejski im. Jana Pawła II w Elblągu – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;

- 3) Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Rudno – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;
- 4) Stowarzyszenie Rodzin Katolickich Diecezji Elbląskiej – nie jest jednostką budżetową ani instytucją kultury (jest społeczną organizacją działającą w ramach przepisów o stowarzyszeniach);
- 5) Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Elblągu – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;
- 6) HANYANG ZAS Sp. z o. o. – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury, gdyż działalność spółki skupia się wokół montażu, lakiernictwa.

Wobec powyższego, podmioty wskazane powyżej nie powinny być brane pod uwagę w zakresie potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum warunku wskazanego w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. a) SWZ.

Wobec powyższego, Konsorcjum nie spełniło kolejnego warunku, który został wprost określony w SWZ i jest jednocześnie warunkiem udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie – oferta powinna zostać odrzucona.

Z kolei zamawiający na rozprawie oświadczył do protokołu jak poniżej.

„W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego (adwokat) odnosi się do zarzutu, że miały być to stricte w sensie dosłownym zgodnie z przepisami jednostki budżetowe, czyli nieposiadające np. osobowości prawnej. Uważa, że nie można wywieść takiego poglądu jak to czyni odwołujący z treści swz. Chodzi o jednostki, które podlegają ustawie PZP czyli jednostki sektora finansów publicznych w szerokim tego słowa znaczeniu bez znaczenia od obowiązującej u nich struktury organizacyjno-prawnej. Podtrzymuje w tym zakresie swój wywód zawarty w odpowiedzi na odwołanie. W tym miejscu przedstawiciele zamawiającego (pracownicy) wyjaśniają, że wymóg był 35 podmiotów. Wykonawca wybrany wykazał doświadczenie u 39 podmiotów. Gdyby Izba uznała zarzut odwołującego to trzeba byłoby pomniejszyć o 6 co dałoby liczbę 33. Wyjaśnia, że formułując ten wymóg chodziło nam to, aby było doświadczenie, w zakres którego wchodziłyby różne podmioty, tak jak u nas podległe gminie Grudziądz (chodziło o jednostki organizacyjne takie jak szkoły, przedszkola, muzea, teatr, urząd miejski, domy pomocy społecznej)”.

**Izba** uwzględniając intencje i rozumienie zamawiającego, ale też ścisłą interpretację odwołującego, pojęcia jednostek budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury o łącznej wartości co najmniej 2 mln złotych stwierdza, że pod tak sformułowanym pojęciem

mogą mieścić się zarówno jednostki stricte budżetowe, jak i inne instytucje w tym osoby prawne, jednak ze sfery kultury. W związku z tak niejednoznaczną definicją „jednostek” oraz brakiem na 35 pozycji 2 pozycji, zamawiający winien rozważyć wezwanie wykonawcy wybranego do uzupełnienia wykazu, dla spełnienia celu, jakim jest prawidłowość podjętych czynności w postępowaniu.

Podsumowując Izba uwzględniła odwołanie, stwierdzając zasadność naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, w zakresie zarzutu Nr 2, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekając na podstawie art.554 ust.1 pkt 1) Pzp. jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) w zw. z § 8 ust.2 pkt 1 oraz odpowiednio § 7 ust.3 pkt 2) w zw. z ust.2 pkt 1 oraz w zw. z w § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000,00 złotych oraz w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w części, jak również oddaleniem części zarzutów koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 (wynagrodzenie pełnomocników) znosi się wzajemnie.

**Przewodniczący:** .....