

WYROK

Warszawa, dnia 29 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Sportu- Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. JSEL Sport Turystyka i Rekreacja J. G. z siedzibą w Małym Cichym**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu** i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Sportu- Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, którego przedmiotem są: „Usługi zimowego utrzymania skoczni i tras biegowych dla Centralnego Ośrodka Sportu –Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem” (Numer referencyjny: ZP.29.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.10.2023 r., nr 2023/BZP 00467161.

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: usługi zimowego utrzymania skoczni i tras biegowych dla Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem, polegających na:

1. dokonaniu błędnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę F.H.U. JSEL Sport Turystyka i Rekreacja J. G., NIP: 7361617145, REGON: 363105657 (dalej zwany F.H.U.), uznania jej za zgodną z treścią SWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu,
2. dokonaniu błędnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę F.H.U. poprzez pominięcie uchybień wykonawcy w zakresie obliczenia ceny i kosztu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy F.H.U. mimo tego, że oferta złożona przez tego Wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- d) odrzucenia oferty Wykonawcy F.H.U. z uwagi na fakt, że treść oferty złożonej przez tego Wykonawcę z uwagi na fakt, że kalkulacja ceny nie obejmuje istotnych elementów zamówienia lub czyni to w sposób fikcyjny oraz sprzeczny niemożliwy do sprostowania w trybie art. 223 ust. 2 i 3.

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą na okoliczności wskazane w dacie ich powołania, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia z dnia 27.10.2023 r., formularzy ofertowych oraz kalkulacji ceny ofertowej przedłożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego oraz Wykonawcę F.H.U., a także wyjaśnień Wykonawcy F.H.U. w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych na okoliczność niewłaściwego obliczenia ceny przez Wykonawcę F.H.U.,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych,

4. w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 i 3 ustawy PZP), Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie skoczni i tras biegowych dla Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem. Postępowanie prowadzone jest trybie podstawowym przy wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych. W ramach postępowania złożono 2 oferty, z czego pierwotnie Zamawiający uznał za ważną jedynie

ofertę Odwołującego, natomiast po złożeniu odwołania z dnia 17.11.2023 r. przez F.H.U. uznał on za ważną również ofertę tego ostatniego wykonawcy, przyznając jej 100 pkt.

Oferta została uznana za ważną z uwagi na przedstawianie przez nią najkorzystniejszego bilansu oceny ofert (cena 100%). Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający wezwał wykonawcę F.H.U. do złożenia wyjaśnień w kalkulacji ceny ofertowej, gdyż w wierszu nr 3 i wierszu nr 4 kalkulacji ceny ofertowej nie wpisał on żadnej wartości (koszt pośredni ryczałt dzienny oraz koszt pośredni ryczałt za miesiąc) pismem z dnia 06.11.2023 r. Wykonawca F.H.U. odpowiedział na zarzuty pismem z dnia 07.11.2023 r., przedstawiając zaktualizowaną kalkulację ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów pośrednich wykonania zamówienia z podziałem naienne oraz łączne. Wyjaśnienia oraz objęta nimi kalkulacja są wewnętrznie sprzeczne. Nie pozwala to na uznanie, że wykonawca F.H.U. świadomie obliczył koszty pośrednie wykonania zamówienia bowiem w ogóle ich nie uwzględnił w sumie wszystkich kosztów wykonania zamówienia jaką spodziewa się ponieść, a ponadto suma dzienna tych kosztów jest niższa niż suma łączna, zaś gdyby potraktować jedną lub drugą ze wskazanych wartości jako poprawną, a następnie powiększyć o nią proporcjonalnie sumaryczny koszt realizacji zamówienia przez Wykonawcę, to koszty pośrednie okazują się być albo absurdalnie niskie albo wysokie (ryczałt dzienny kosztów pośrednich 5.105,67 zł oraz łączny na poziomie 4.918,39 zł).

Ponadto Wykonawca F.H.U. zaktualizował nazwę prowadzonej działalności gospodarczej 31.10.2023 r. – poprzednia nazwa brzmiała Wynajem Pokoi J. G. przy czym PKD przedsiębiorcy również nie daje rękojmi posiadanego doświadczenia oraz zdolności do świadczenia usług wysokiej jakości, o których mowa w SWZ, którego przedmiotem jest utrzymanie skoczni i tras biegowych dla Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem. Twierdzenie wykonawcy F.H.U. w piśmie z dnia 07.11.2023 r., że jest on w stanie zrealizować usługi, o których mowa w SWZ jest w ocenie Odwołującego co najmniej wątpliwe, co stanowi uzasadnienie zarzutu sprzeczności oferty wykonawcy z SWZ w postępowaniu, o którym mowa w niniejszym odwołaniu zgodnie z art. 116 ustawy PZP.

Zarzut błędnego obliczenia ceny i kosztu:

Wykonawca F.H.U. dokonał błędnego obliczenia ceny oraz kosztów wykonania zamówienia o czym już była częściowo mowa powyżej. W pierwszej kolejności należy wskazać, że podany przez niego sumaryczny koszt realizacji zamówienia nie obejmuje w ogóle kosztów pośrednich jego wykonania pomimo wyraźnego wskazania przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.11.2023 r., że cenę oferty należy obliczyć uwzględniając cały zakres zamówienia

(wykonawca F.H.U. nie wskazał w ogóle kosztów pośrednich w pierwotnej kalkulacji ceny ofertowej).

Bardzo łatwo to udowodnić po prostu dodając do siebie liczby wskazane przez wykonawcę F.H.U. w trzech podstawowych kategoriach kosztowych wymienionych przez niego w piśmie z dnia 07.11.2023 r., stanowiącego wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych. Są to następująco:

1. pracownicy – suma łączna 412.840,80 zł,
2. utrzymanie trasy (koszt najmu sprzętu od COS) – suma łączna 40.000,00 zł
3. pozostałe koszty:
 - a. dojazd, posiłki, pozostałe koszty pracownicze oraz niemożliwe do przewidzenia – suma łączna 90.000,00 zł;
 - b. VAT (8%) – suma łączna 64.263,84 zł;
 - c. Podatek dochodowy – suma łączna 71.633,55 zł;
 - d. Koszty pośrednie ryczałt dzienny – suma dzienna 5.105,87 zł oraz suma łączna 4.918,39 zł.

Dodanie do siebie komponentów kosztowych wskazanych w pkt 1, 2 oraz 3 lit. od a do d pozwala na uzyskanie sumy wszystkich kosztów obliczonych w kosztorysie wskazanym w piśmie z dnia 07.11.2023 r., tj. kwoty 678.738,19 zł. Oznacza to, że suma wszystkich kosztów wykonania zamówienia została obliczona przez wykonawcę F.H.U. z całkowitym pominięciem kosztów pośrednich ($412.840,80 + 40.000,00 + 90.000,00 + 64.263,84 + 71.633,55 = 678.738,19$).

Powyższego nie sposób uznać za oczywistą omyłkę rachunkową, dającą się skorygować w trybie art. 223 ustawy PZP. Po pierwsze koszty pośrednie w ujęciu dziennym i całkowitym zostały obliczone w sposób niemożliwy do pogodzenia, co uniemożliwia ustalenie właściwej ich wartości. Po drugie suma kosztów pośrednich nie została w żaden sposób uwzględniona w sumie wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Nie ma zatem żadnych podstaw do tego, aby wnioskować o intencji wykonawcy w zakresie kosztów pośrednich, na które byłby gotów się on zgodzić, skoro wymienione przez niego w omawianym kosztorysie miały całkowicie fikcyjny charakter.

Wskazuje to na oczywistą podstawę do tego by uznać, że wykonawca F.H.U. niewłaściwie obliczył cenę oraz koszty realizacji zamówienia. Po pierwsze nie uwzględnił on w ogóle niektórych kosztów jego wykonania w sumarycznym koszcie realizacji zamówienia, a po drugie pewne jego substraty określił w sposób całkowicie sprzeczny i absurdalny, tj.

niemożliwy do skorygowania jako oczywistą omyłkę pisarską przez posłużenie się zasadami doświadczenia życiowego lub logicznego rozumowania. Brak jest bowiem jakichkolwiek przesłanek w przedstawionym kosztorysie, na których dałoby się oprzeć przy korygowaniu wysokości wskazanych przez wykonawcę F.H.U. kosztów pośrednich lub łącznej kwoty kosztów realizacji zamówienia.

Powyższe działanie Zamawiającego stanowi w ocenie Odwołującego podstawę do odrzucenia oferty w trybie przewidzianym w art. 226 ust. 5 pkt 10 ustawy PZP. Wykonawca F.H.U. złożył bowiem fikcyjne oraz wewnętrznie sprzeczne wyjaśnienia w piśmie z dnia 07.11.2023 r. w przedmiocie wysokości kosztów pośrednich wykonania zamówienia. Wykonawca wbrew swoim twierdzeniom złożonym w piśmie z dnia 07.11.2023 r. nie wykazuje w sposób kompletny i klarowny jaki zysk będzie w stanie uzyskać w oparciu o złożoną ofertę ponieważ niemożliwe jest ustalenie jego całkowitych kosztów jego realizacji. Fakt że oferta Odwołującego została złożona z uwzględnieniem kosztów pośrednich, a wykonawca F.H.U. nie wliczył ich w koszty wykonania zamówienia i pomimo powyższego oferta wykonawcy F.H.U. została wybrana jako najkorzystniejsza z w postępowaniu przetargowym stanowi zachwianie równowagi pozycji pomiędzy stronami, świadczącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zarzut niezgodności oferty wykonawcy F.H.U. z treścią SWZ:

Wykonawca F.H.U. zaktualizował nazwę prowadzonej działalności gospodarczej 31.10.2023 r. – poprzednia nazwa brzmiała Wynajem Pokoi J. G., natomiast art. III ust. 5 SWZ wskazuje jasno, że zakres wskazanych w specyfikacji robót wymaga od wykonawcy możliwości spełnienia oczekiwania Zamawiającego względem wysokiej jakości świadczenia usług i koniecznością uniknięcia błędów w wycenach. Tego drugie wykonawca F.H.U. nie zdołał uniknąć, co zostało wykazane powyżej. Istotną kwestią natomiast jego zagadnienie, które dotyczy możliwości udzielenia przez wykonawcę F.H.U. rękojmi wykonania prac, o którym mowa powyżej przy jednoczesnym zapewnieniu ich wysokiej jakości.

Nie wydaje się to być możliwe. Wykonawca F.H.U. nie udowodnił w postępowaniu, że posiada niezbędne umiejętności wykonania prac przy zachowaniu wysokiej jakości tego wykonania. Jego działania sugerują, że główny przedmiot jego działalności jest dalece odmienny od wymaganego dla efektywnej realizacji zamówienia (tj. 55.20. Z: Obiekty noclegowe turystyczne i miejsca krótkotrwałego zakwaterowania). Twierdzi on, że jego firma od wielu lat istnieje i działa na rynku, a tym samym posiada niezbędne doświadczenie do realizacji usług na wysokim poziomie i po zrównoważonej cenie, ale jest to rozumowanie fałszywe oraz

pomijając kwestię rodzaju doświadczenia, którym wykonawca koniecznie musi się legitymować, aby być w stanie zrealizować wspomniane usługi w powyższy sposób.

Bez wątpienia Odwołujący się takimi zdolnościami charakteryzuje. Jego oferta w przedmiocie wykonania usług analogicznych do tych, które objęte były SWZ w powyższym postępowaniu przetargowym została już wcześniej wybrana przez Zamawiającego, który nie zgłaszał na etapie wykonania prac jakichkolwiek zastrzeżeń. Słusznie wykonawca F.H.U. podnosi w piśmie 07.11.2023 r., że oferta Odwołującego została wybrana przez Zamawiającego w roku ubiegłym względem postępowania przetargowego mającego być przedmiotem niniejszego postępowania.

Zgodnie z art. 116 ustawy PZP: „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.” Wykonawca F.H.U. nie udowodnił, że spełnia kryteria na podstawie stwierdzenia, których dałoby się wnioskować o tym, że daje on rękojmię wykonania zamówienia na poziomie jakościowym oczekiwanym przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stoi w sprzeczności z wymaganiami stawianym potencjalnym wykonawcom przez Zamawiającego w treści SWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 stycznia 2024 r. (pismo z dnia 18 stycznia 2024 r.) wnosił o odrzucenie odwołania w całości, a w przypadku niepodzielenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

W pierwszej kolejności, w celu uporządkowania stanu faktycznego, Zamawiający wskazuje, że dnia 28.11.2023 r. Zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty Trachtech sp. z o.o. uznanej wówczas za najkorzystniejszą oraz odrzucenia oferty złożonej przez „F.H.U. J. G.”. Tym samym, wszczęte przez „F.H.U. J. G.” postępowanie odwoławcze przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 3449/23 zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako bezprzedmiotowe. Zamawiający zdecydował wówczas, że przystąpi do ponownego badania i oceny złożonych ofert. Na czynność Zamawiającego w postaci unieważnienia wyboru oferty Trachtech sp. z o.o. i odrzucenia oferty „F.H.U. J. G.” z dnia 28.11.2023 r. nie został wniesiony w ustawowym terminie, o którym mowa w art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp żaden środek ochrony prawnej. Trachtech sp. z o.o. nie odwołał się od ww. czynności, mimo, iż wiedział, że

została dokonana w następstwie zapoznania się przez Zamawiającego z odwołaniem „F.H.U. J. G.”, w którym to wykonawca ten podnosił, że jego oferta została odrzucona bezpodstawnie, gdyż w istocie spełniał on warunki udziału w postępowaniu. Skoro Trachtech sp. z o.o. nie złożył odwołania na ww. czynności Zamawiającego z dnia 28.11.2023 r., tzn. że miał świadomość, iż odrzucenie oferty wykonawcy „F.H.U. J. G.”, a tym samym wybór jego oferty były co najmniej przedwczesne. **Zamawiający dnia 28.11.2023 r. unieważnił czynności, po to, aby ponownie zbadać ofertę, która w przeświadczeniu Trachtech sp. z o.o. od początku była ofertą niespełniającą warunków zamówienia. Zatem Trachtech sp. z o.o. powinien był podnieść zarzuty już wcześniej tj. składając odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci unieważnienia odrzucenia oferty Janusz Gał „F.H.U. J. G.”.** Powyższe dowodzi, że Odwołanie wniesione w niniejszej sprawie złożone przez „TRACKTECH Sp. z o.o.” zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 2 lit. a) Pzp, stąd winno zostać odrzucone jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Termin ten upłynął w dniu 04.12.2023 r.

W sytuacji niepodzielenia przez KIO w/w stanowiska co do wniosku o odrzucenie odwołania, poniżej przedstawiam stanowisko Zamawiającego co do poszczególnych zarzutów Odwołującego.

Zamawiający zaprzecza w całości stanowisku Odwołującego przedstawionemu w Odwołaniu za wyjątkiem okoliczności przyznanych w sposób bezpośredni. Zamawiający podnosi, że przedstawione w Odwołaniu stanowisko pozbawione jest uzasadnionych podstaw faktycznych, stanowiąc jedynie bezzasadną polemikę Odwołującego z prawidłowo przeprowadzonym postępowaniem.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający podnosi co następuje:

Zarzuty Odwołującego nawiązujące do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 5) Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie odrzucenia oferty złożonej przez „F.H.U. J. G.” jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błędy w obliczeniu ceny uznać należy za wadliwe. Wybrana oferta nie jest ani niezgodna z warunkami zamówienia, ani nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Zdaniem Zamawiającego rozpatrzenie obu w/w zarzutów powinno nastąpić łącznie z uwagi na ich funkcjonalny charakter. Ponadto, z treści Odwołania wynika, że zarzuty te zostały przez Odwołującego połączone, poprzez ujęcie ich wyłącznie w uzasadnieniu Odwołania na stronach od 5 do 7.

Stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. Sprzeczność ta polega na wykreowaniu przez Odwołującego dwóch zarzutów tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 Pzp, w sytuacji, gdy w uzasadnieniu Odwołania brak jest powiązania niezgodności tejże oferty z warunkami zamówienia. Uzasadnienie przedstawione na stronach od 5 do 7 nie zawiera żadnego merytorycznego stanowiska, które odnosiłoby się do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp i art. 226 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp.

Odwołujący kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty „F.H.U. J. G.” w sytuacji, gdy **Odwołujący nie występował do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej po dniu 07.11.2023 r. w celu zapoznania się z pełną dokumentacją postępowania. Mowa tu w szczególności o treści wezwania z dnia 20.12.2023 r. oraz wyjaśnień złożonych przez „F.H.U. J. G.” dnia 21.12.2023 r.**

Odwołujący opiera przedstawione w Odwołaniu zarzuty wyłącznie na podstawie: treści oferty „F.H.U. J. G.”, treści wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 06.11.2023 r., treści złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień z dnia 07.11.2023 r. oraz treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 02.01.2024r., pomijając w zupełności wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 20.12.2023 r. oraz treść wyjaśnień złożonych przez „F.H.U. J. G.” z dnia 21.12.2023 r. Zdaniem Zamawiającego brak w/w informacji po stronie Odwołującego spowodowało sformułowanie chybionych zarzutów Odwołania.

Dowód: Wezwanie Zamawiającego z dnia 20.12.2023 r. i wyjaśnienia „F.H.U. J. G.” z dnia 21.12.2023 r.

W wyniku przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert w następstwie czynności z dnia 28.11.2023 r. (unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie odrzucenia oferty), Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta „F.H.U. J. G.” była prawidłowa. Wprawdzie oferta zawierała w swojej treści uchybienia w postaci niewypełnienia wierszy w zakresie kalkulacji ceny oferty w pozycji nr 3 i 4, jednak stanowiło to przedmiot wyjaśnień z dnia 07.11.2023 r. oraz dodatkowo z dnia 20.12.2023 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia przez „F.H.U. J. G.” rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 07.11.2023r. w tej części nie budziły wątpliwości. Zamawiający wezwał następnie w dniu 20.12.2023r.

„F.H.U. J. G.” do udzielenia wyjaśnień co do metodyki przedstawionej kalkulacji. Wyjaśnienia złożone przez „F.H.U. J. G.” z dnia 21.12.2023 r. ponownie wyeliminowały wątpliwości

Zamawiającego. Wypełniając wymóg proceduralny, Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty w dniu 28.12.2023 r., wezwał Wykonawcę do wyrażenia zgody na wybór oferty. Wykonawca w dniu 29.12.2023 r. wyraził zgodę na wybór oferty. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wysłano w dniu 02.01.2024 r.

Dowód: Wezwanie Zamawiającego z dnia 20.12.2023 r., Wyjaśnienia „F.H.U. J. G.” z dnia 21.12.2023 r., Wezwanie Wykonawcy do wyrażenia zgody na wybór oferty, Odpowiedź „F.H.U. J. G.”.

Mając na uwadze powyższe oraz uwzględniając fakt **ryczałtowej formy wynagrodzenia wskazać należy, że kalkulacja ceny oferty (tabela elementów rozliczeniowych) miała charakter wyłącznie informacyjny, w celu podziału transz ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego na poszczególne miesiące. Obowiązującym i wiążącym było wskazanie łącznego wynagrodzenia za całość zamówienia realizowanego w okresie od dnia 16.11.2023r., do 31.03.2024 r.** Wymóg ten postawiono w celu zaplanowania przepływów finansowych, z uwagi na konieczność zabezpieczenia środków w ramach dwóch lat budżetowych, tj. na lata 2023 i 2024. Ponadto, w celach rozliczeniowych i w celach ewidencjonowania rachunkowego, podział taki był w ocenie Zamawiającego zasadny i oczywisty. Należy podnieść, że specjalistyczny i wysoce niestandardowy charakter zamówienia sprawiał, że ustalenie wynagrodzenia w formie ryczałtu jest najbardziej korzystnym dla Zamawiającego. Powyższe powoduje, że wymagane przez Zamawiającego wskazanie przez oferentów wynagrodzenia za całość zamówienia o charakterze ryczałtowym jest najbardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia. Podstawą ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia było przeniesienie na Wykonawców pewnych ryzyk, zwłaszcza pogodowych, mających wpływ na należyłą realizację zamówienia. Zapisy SWZ nie budziły w tym zakresie żadnych wątpliwości Wykonawców.

Dowód: Projektowane postanowienia umowy (§ 4 ust. 1) zawarte w SWZ

Potwierdzeniem powyższego są również inne zapisy SWZ, do których Wykonawcy nie wnosili żadnych wniosków, w których Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przy kalkulacji uwzględnili następujące wymagania:

„1. Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając cały zakres zamówienia.”

„2. Stawka VAT za usługi objęte przedmiotem zamówienia wynosi 8% i taką stawkę należy przyjąć w ofercie. Zdaniem Zamawiającego jest to stawka poprawna pod względem podatkowym i odnosi się do usług objętych przedmiotem zamówienia.”

„3. Cena musi zawierać wszystkie koszty, jakie mogą powstać w trakcie realizacji zamówienia,

w tym również koszty wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.”

„4. Wykonawca ponosi koszty opłat za udostępnienie sprzętu.”

„5. Koszty udostępnienia sprzętu zgodnie z cennikami obowiązującymi w COS-OPO.”

„6. Zaoferowane ceny jednostkowe netto są stałe i mogą ulec zmianie wyłącznie na warunkach określonych w treści projektowanych postanowień umowy i opisu przedmiotu zamówienia.”

„7. Cena oferty powinna być podana w ujęciu za całość usług a rozliczenia co miesięczne należy przedkładać na koniec miesiąca do zatwierdzenia w celach rozliczeniowych.”

„8. Rozliczenia między zamawiającym i wykonawcą prowadzone będą w polskich złotych.”

Dowód: SWZ - Rozdział „XII Opis sposobu obliczenia ceny” (w aktach sprawy).

Konsekwencją w/w zapisów jest ustalenie faktycznego wynagrodzenia łącznego, jakim bezsprzecznie jest ryczałt. Oceniając zatem zgłoszony zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp i art. 226 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp traktujący o błędzie w obliczeniu ceny (kalkulacji), stwierdzić należy, że z uwagi na wskazaną powyżej ryczałtową formę wynagrodzenia, zarzuty Odwołania są niezasadne i błędne. Kalkulacja treści oferty nie miała bowiem istotnego znaczenia, w sytuacji, w której Wykonawca podawał cenę za całość usług w ujęciu ryczałtowym. Cena za całość zamówienia miała być przedstawiona na formularzu kalkulacji ceny oferty, co też zostało spełnione przez wszystkich Wykonawców.

Brak wpisania do tabeli dot. kalkulacji treści oferty kosztów pośrednich został przez „F.H.U. J. G.” wyjaśniony najpierw w dniu 07.11.2023 r., a następnie dodatkowo w dniu 21.12.2023 r. Bezpodstawny jest zatem zarzut, że cena oferty nie obejmowała tych elementów, w sytuacji, w której jak wynika z treści ww. wyjaśnień, koszty te zostały faktycznie uwzględnione przez Wykonawcę w zaoferowanej łącznej cenie ryczałtowej.

Dowód: Wyjaśnienia „F.H.U. J. G.” z dnia: 07.11.2023 r. i 21.12.2023 r.

Wskazanie przez Odwołującego mylnych wartości pozycji sumy łącznej i sumy dziennej uznać należy za nieuzasadnione, gdyż „F.H.U. J. G.” w sposób czytelny i jasny wyjaśnił w pismach datowanych na 07.11.2023 r. i 21.12.2023 r. treść i prawidłowość złożonej oferty.

Wyjaśnienia te nie budziły wątpliwości Zamawiającego, w szczególności matematycznych oraz nie zmieniały treści złożonej oferty. Dlatego też kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach z dnia 21.12.2023 r. została zdaniem Zamawiającego sporządzana prawidłowo, a stwierdzone drobne omyłki nie zmieniły treści samej oferty.

Dowód: Wyjaśnienia „F.H.U. J. G.” z dnia: 07.11.2023 r. i 21.12.2023 r.

W tym miejscu należy przytoczyć fakty, wynikające z przedłożonych materiałów przetargowych, zawartych w aktach sprawy:

- W pkt. a) wyjaśnień Wykonawca wskazał sposób wyliczenia sumy dziennej i sumy łącznej,
- W pkt. b) wyjaśnień Wykonawca wskazał sposób wyliczenia sumy dziennej i sumy łącznej, wskazując również na nieistotną omyłkę stwierdzoną w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego,
- W pkt. c) wyjaśnień Wykonawca wskazał sposób obliczeń, w tym potwierdził fakt nieistotnej omyłki,
- W pkt. d) wyjaśnień Wykonawca wskazał sposób obliczeń, w tym wyjaśnił jedną z uzasadnionych przyczyn wezwania do wyjaśnień, nie mającą istotnego wpływu na treść oceny oferty,
- W pkt. e) wyjaśnień Wykonawca wskazał sposób obliczeń, w tym potwierdził prawidłowość przedstawionych wyliczeń.
- W podsumowaniu wyjaśnień Wykonawca ponownie potwierdził, że zakłada osiągnięcie zysku, przedstawiając w tym celu wiarygodne wyliczenia,

Z w/w względów stwierdzić należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiła podnoszona w Odwołaniu niezgodność oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp), ani jakakolwiek inna sytuacja związana z błędami w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp).

Zamawiający wskazuje, że jego stanowisko pozostaje zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwem sądowym zgodnie, z którym sposób obliczenia ceny, w tym nawet ewentualne nieścisłości, nie mają znaczenia z punktu widzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia, jak również nie stanowią błędu w obliczeniu ceny. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 01 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1516/12; KIO 1994/12 wskazała, że: *„dla wysokości ceny określonej w formie ryczałtu nie mają znaczenia faktycznie poniesione przez wykonawcę koszty. Jest to wynagrodzenie przyjęte z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy*

jakichkolwiek kosztorysów. Przyjęta przez wykonawcę metodologia ustalenia ceny ryczałtowej nie ma bowiem znaczenia.

W kontekście w/w stanowiska Zamawiającego, w szczególności wobec obalenia zarzutów Odwołującego zawartych w pkt 1 i 2 Odwołania stwierdzić należy, że wadliwym i błędnym jest dalsze stanowisko Odwołującego nawiązujące do naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp. Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy, co powoduje, że nie doszło również do naruszenia art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 i 2 pzp. W przeprowadzonym postępowaniu Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty z najniższą ceną i zgodnie z kryterium oceny ofert (cena 100%) zawartą w SWZ.

Zarzuty Odwołującego dotyczące niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia oparte na analizie danych zawartych w CEIDG „F.H.U. J. G.” są niezrozumiałe, gdyż Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Odwołującego odnosi się do kwalifikacji podmiotowej Wykonawców, co nie ma związku z podstawą wniesienia środka ochrony prawnej.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.10.2023 r., nr 2023/BZP 00467161.

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: usługi zimowego utrzymania skoczni i tras biegowych dla Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem, polegających na:

1. dokonaniu błędnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę F.H.U. JSEL Sport Turystyka i Rekreacja J. G., NIP: 7361617145, REGON: 363105657 (dalej zwany F.H.U.), uznania jej za zgodną z treścią SWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu,

2. dokonaniu błędnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę F.H.U. poprzez pominięcie uchybień wykonawcy w zakresie obliczenia ceny i kosztu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy F.H.U. mimo tego, że oferta złożona przez tego Wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę TRACKTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Targu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 stycznia 2024 r. (pismo z dnia 18 stycznia 2024 r.) wniósł o odrzucenie odwołania w całości, a w przypadku niepodzielenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. JSEL Sport Turystyka i Rekreacja J. G. z siedzibą w Małym Cichym.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2024 r. (pismo z dnia 19 stycznia 2024 r.) odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przystępujący stwierdził, iż w trakcie prowadzonego postępowania Przystępujący został dwukrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień, z których dobitnie wynika, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz zawiera w sobie wszystkie elementy mimo omyłkowego przeoczenia i nie wypełnia dwóch pozycji w tabeli. Błąd jak miał miejsce, jest ewidentną omyłką rachunkową i tak należy go traktować w odniesieniu do orzecznictwa KIO – co prawidłowo uczynił Zamawiający. Pojawiające się wątpliwości Przystępujący wyjaśnił w drugiej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w treści przedstawiając działania

matematyczne obrazujące metodykę kalkulacji ceny. Wyliczenia przedstawione Zamawiającemu w wyjaśnieniach wykazały realny zysk, jaki Przystępujący będzie w stanie osiągnąć na bazie złożonej oferty. Przystępujący nie odniósł się do drugiego zarzutu, gdyż w jego ocenie jest on całkowicie bezzasadny.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności odnie się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, ze względu na to, iż odwołanie wniesione przez Odwołującego zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 2 lit. a) Pzp. Zamawiający stwierdził, iż w dniu 28 listopada 2023 r. unieważnił czynności wyboru oferty Trachtech sp. z o.o. uznanej poprzednio za najkorzystniejszą oraz odrzucenia oferty złożonej przez F.H.U. J. G., a postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3449/23 zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako bezprzedmiotowe. Na czynność Zamawiającego w postaci unieważnienia wyboru oferty Trachtech sp. z o.o. i odrzucenia oferty F.H.U. J. G. nie został wniesiony w ustawowym terminie, o którym mowa w art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp żaden środek ochrony prawnej. Z tego też względu, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w niniejszej sprawie powinien był podnieść zarzuty wcześniej, tj. składając odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci unieważnienia odrzucenia oferty Janusz Gał F.H.U. J. G..

Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Zamawiającego. Izba zważyła, że zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć

postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest uporządkowanym ciągiem czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż w ocenie Izby Zamawiający dokonując w dniu 28 listopada 2023 r. czynności unieważnienia wyboru oferty Trachtech sp. z o.o. i odrzucenia oferty F.H.U. J. G., dokonał tych czynności po to, aby dokonać ponownego badania i oceny złożonych ofert, co jest zgodne z powyższą normą prawną wskazującą na „uporządkowany ciąg czynności”. Do momentu podjęcia decyzji przez Zamawiającego w postaci ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, co nastąpiło w dniu 2 stycznia 2024 r. (publikacja informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej), zdaniem Izby, Odwołujący nie był obowiązany do złożenia odwołania, licząc termin na jego wniesienie od czynności zamawiającego w postaci unieważnienia odrzucenia oferty J. G. F. H. U J. G. z dnia 28 listopada 2023 r.

Nadto Izba zważy, że umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP nie pozbawia wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, w tym Odwołującego z możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w przypadku gdy Zamawiający ponownie dokona czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tym samym, Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważy, że zarzut nr 1 odwołania w zakresie uznania przez Zamawiającego oferty Przystępującego za zgodną z treścią SWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust.

1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba uważa, że Odwołujący oparł powyższy zarzut na analizie danych zawartych w CEIDG Przystępującego, wskazując w odwołaniu, iż Przystępujący zaktualizował nazwę prowadzonej działalności gospodarczej 31.10.2023 r., zaś poprzednia nazwa brzmiała Wynajem Pokoi J. G..

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt III ust. 5 SWZ, Zamawiający postawił wymagania stawiane wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia, wymagając również odbycia wizji lokalnej w celu zapoznania się z obiektami i zapewnieniu należytej realizacji zamówienia.

Izba uważa, że w pkt V ust. 1 SWZ, Zamawiający nie postawił jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu, stwierdzając jedynie, iż „Obowiązujące są wymagania opisu przedmiotu zamówienia, w których przedstawiono wymagane standardy realizacji usług”.

Nadto w pkt V ust. 3 SWZ, Zamawiający nie opisał podmiotowych środków dowodowych, jakich będzie żądał w przedmiotowym postępowaniu: „Podmiotowe środki dowodowe: nie dotyczy”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż w formularzu ofertowym Przystępujący oświadczył, iż „oferujemy należyte wykonanie przedmiotu zamówienia” oraz że odbył wizję lokalną w dniu 31.10.2023 r.

Zdaniem Izby, to że Przystępujący „zaktualizował” nazwę prowadzonej działalności gospodarczej nie można skutkować z góry założeniem, iż złożone powyżej oświadczenie przez Przystępującego jest niezgodne z prawdą i w ten sposób Przystępujący nie daje rękami należytego wykonania prac, zwłaszcza, jak już Izba wskazała powyżej, Zamawiający nie żądał w przedmiotowym postępowaniu żadnych podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie tego, iż usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w postaci wykazu usług wraz z dowodami.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu nr 2 odwołania dotyczący dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty złożonej przez Wykonawcę F.H.U. poprzez pominięcie uchybień wykonawcy w zakresie

obliczenia ceny i kosztu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, tj. naruszenia przez Zamawiającego treści art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji Wykonawców w postępowaniu, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, że istota sporu dotyczyła sytuacji, w której to Przystępujący nie wypełniając w kalkulacji ceny ofertowej (tabela elementów rozliczeniowych), stanowiący załącznik nr 3 do SWZ, poz. 3 i 4, tj. odpowiednio koszty pośrednie ryczał dzienny oraz koszty pośrednie ryczał za miesiąc, powoduje zdaniem Odwołującego, iż suma kosztów pośrednich nie została uwzględniona w sumie kosztów wykonania zamówienia. Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 6 listopada 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień, w związku z podejrzeniem zaoferowania rażąco niskiej ceny m.in. o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia elementy, jakie Wykonawca winien uwzględnić w treści oferty, w tym związane z udostępnieniem sprzętu, wskazane w pkt I ppkt 1 pkt 1), 3), 4) i 5). Na ww. wezwanie Przystępujący w dniu 7 listopada 2023 r. złożył wyjaśnienia, przedstawiając m.in. koszty pośrednie ryczał dzienny na kwotę 5.105,87 zł (suma dzienna) oraz sumę łączną na kwotę 4 918,39 zł (suma łączna), średni koszt zimowego utrzymania (dzienny) z oferty na kwotę 5 821,00 zł oraz sumę kosztów na kwotę 678 738,19 zł, cenę oferty na kwotę 803 298,00 zł, zysk na kwotę 124 559,81 zł, w tym zysk miesięczny na kwotę 24 911,96 zł. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, iż „ w złożonej pierwotnie ofercie omyłkowo nie zostały zawarte w kalkulacji, gdyż ujęto je w pozycji: Średni koszt zimowego utrzymania (dzienny) – wynoszący 5 821,00 zł”.

W związku z powyżej udzielonymi wyjaśnieniami, Zamawiający w dniu 20 grudnia 2023 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie metodyki przedstawionej kalkulacji m.in. w pkt d) „Koszty pośrednie ryczał dzienny na sumę dzienną 5 105,87 zł **i sumę łączną 4.918,39 zł. Prosimy o przedstawienie sposobu wyliczenia sumy dziennej i sumy łącznej, w tym potwierdzenie rachunkowe wyliczenia (działania, w oparciu o które wyliczone zostały wskazane kwoty), gdyż z danych zawartych w tabeli nie wynika, że suma łączna wyliczona na kwotę 4.918,39 zł jest wyliczona w oparciu o działanie arytmetyczne wynikające z obliczeń sumy dziennej wynoszącej 5.105,87 zł”.**

Na powyższe wezwanie Przystępujący w dniu 21 grudnia 2023 r. udzielił wyjaśnień wskazując, iż: „Wartość 4 918.39 zł jest sumą poszczególnych elementów, w skład których wchodzi:

- Pracownicy suma dzienna: 2 991,60 zł
- Utrzymanie trasy suma dzienna: 289,86 zł
- Dojazd, posiłki, pozostałe koszty pracownicze oraz nie możliwe do przewidzenia suma dzienna: 652.17 zł
- Vat 8 % suma dzienna: 465,68 zł
- Podatek dochodowy suma dzienna: 519,08 zł

Wartość 5 105, 87 powstała w wyniku dodania kosztów polisy OC od prowadzonej działalności zakupionej na 12 miesięcy (wskazanej w dalszej części SWZ) 2249,76 zł : 12 miesięcy = 187.48

4918,39 + 187,48 = 5 105.87 zł – kwota ta nie brała udziału w sumie całościowej gdyż służyła wyłącznie do oszacowania wartości: *Średni koszt zimowego utrzymania (dzienny) Z OFERTY*”.

Tym samym, w ocenie Izby, wskazywanie przez Odwołującego mylnych pozycji sumy łącznej i sumy dziennej Izba uznała za nieuzasadnione, ponieważ po pierwsze Przystępujący w sposób zrozumiały i jasny wyjaśnił ww. kwestie w wyjaśnieniach z dnia 7 listopada 2023 r . oraz z dnia 21 grudnia 2023 r., a wyjaśnienia te nie zmieniały treści złożonej oferty przez Przystępującego, a po drugie Odwołujący oparł swój zarzut wyłącznie na pierwszych wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 7 listopada 2023 r., przy czym co należy podkreślić do oceny złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny przez Przystępującego należy brać również wyjaśnienia z dnia 21 grudnia 2023 r.

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby w tym miejscu również podkreślić, iż zgodnie z postanowieniami SWZ w pkt XII ust. 1, Zamawiający wskazał, iż „Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając cały zakres zamówienia”, „Cena musi zawierać wszystkie koszty, jakie mogą powstać w trakcie realizacji zamówienia, w tym również koszty wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (ust. 3 pkt XII SWZ), czy też „Cena oferty powinna być podana w ujęciu za całość usług a rozliczenia co miesięczne należy przedkładać na koniec miesiąca do zatwierdzenia w celach rozliczeniowych” (ust. 7 pkt XII SWZ). W ocenie Izby powyższe postanowienia SWZ mają swoje odzwierciedlenie także w zapisach projektowanych postanowień umowy (PPU), stanowiący załącznik nr 2 do SWZ, w którym to w § 4 ust. 1 i 3 PPU Zamawiający jednoznacznie wskazał na wynagrodzenie ryczałtowe zawierające

wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia, o czym świadczą odpowiednio postanowienia ust. 1 PPU „Strony ustalają ryczałtową wartość przedmiotu umowy w okresie jej obowiązywania na podstawie oferty na kwotę zł netto, wraz z podatkiem VAT 8% w kwocie zł tj.zł brutto, a kalkulacja ceny ofertowej stanowi załącznik nr 1 do Umowy” oraz ust. 3 PPU „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, które zawiera wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby kalkulacja ceny ofertowej nie miała istotnego znaczenia, ponieważ każdy wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu, w tym Przystępujący podawał cenę za całość usług w ujęciu ryczałtowym, zwłaszcza uwzględniając również fakt ryczałtowej formy wynagrodzenia. Tym samym, Izba zgadza się z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że „kalkulacja ceny oferty (tabela elementów rozliczeniowych) miała charakter wyłącznie informacyjny, w celu podziału transz ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego na poszczególne miesiące”.

Warto powołać się w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2012 r. o sygn. akt: KIO 1516/12; KIO 1994/12, zgodnie z którym: *„dla wysokości ceny określonej w formie ryczałtu nie mają znaczenia faktycznie poniesione przez wykonawcę koszty. Jest to wynagrodzenie przyjęte z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy jakichkolwiek kosztorysów. Przyjęta przez wykonawcę metodologia ustalenia ceny ryczałtowej nie ma bowiem znaczenia”*, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

W podobnym duchu wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Krakowie, który w wyroku z dnia 24 czerwca 2019 r. II Ca 928/19, stwierdził, że „w utrwalonym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny (...) Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego (...) Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć w innej zbliżonej pozycji opisu (...)”.

Konkludując, w ocenie Izby, brak wpisania do tabeli w kalkulacji ceny ofertowej kosztów pośrednich został przez Przystępującego wyjaśniony w pierwzych wyjaśnieniach z dnia 7 listopada 2023 r., a następnie wyjaśnieniami z dnia 21 grudnia 2023 r. Tym samym, zdaniem Izby zarzut Odwołującego, że cena oferty Przystępującego nie obejmowała ww. kosztów jest w ocenie Izby nieuzasadniony, zwłaszcza że z treści ww. wyjaśnień wynika, iż koszty te zostały faktycznie uwzględnione przez Przystępującego w zaoferowanej łącznej cenie ryczałtowej, a Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił stosownymi dowodami, że Przystępujący nie uwzględnił kosztów pośrednich w zaoferowanej przez niego cenie. Poza tym, jak już Izba powyżej wskazała, z projektowanych postanowień umowy wynika, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, zaś koszty pośrednie nie zostały w jakikolwiek sposób w PPU uregulowane w sposób indywidualny, odmienny przez Zamawiającego.

Tym samym, zdaniem Izby, zarzut nr 2 jest niezasadny, a w konsekwencji również zarzut nr 3.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: