

Sygn. akt: KIO 3466/20

Sygn. akt: KIO 3468/20

WYROK

z dnia 26 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 roku przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, „DRESŁAW” Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, 7MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy i E.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą E.G. „WULKAN” Usługi Elektroniczne - sygn. akt: KIO 3466/20;**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonie; Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, FOSA Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, SILEZJAN System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i SILEZJAN EKO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – sygn. akt: KIO 3468/20;**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System”, zgłaszających swoje**

przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3466/20 po stronie zamawiającego,

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt: KIO 3466/20:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, „DRESŁAW” Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, 7MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy i E.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą E.G. „WULKAN” Usługi Elektroniczne** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły** jako najkorzystniejszej w części III zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „**STEKOP**” S.A. z siedzibą w Warszawie i „**STEKOP-OCHRONA**” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonie; Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, FOSA Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, SILEZJAN System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i SILEZJAN EKO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3466/20

Sygn. akt: KIO 3468/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: *Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021-2022.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2020 r. pod numerem 2020/S 175-423834. Zamówienie zostało podzielone na 4 części.

Sygn. akt: KIO 3466/20

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, „DRESŁAW” Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, 7MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy i E.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.G. „WULKAN” Usługi Elektroniczne (zwani dalej łącznie: „konsorcjum DGP” lub „odwołującym I”) wnieśli w dniu 28 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie części I, a polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System” (zwanych dalej łącznie: „konsorcjum Seris Konsalnet” lub „przystępującym I”);

2. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez konsorcjum Seris Konsalnet i uznaniu, że:

- oferta została podpisana przez pełnomocnika prawidłowo, skutecznie, wiążąco umocowanego do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy, podczas gdy z treści oferty, w tym z treści załączonych pełnomocnictw (ciągu pełnomocnictw), nie wynika umocowanie dla pani **L.G.** do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy;

- oferta została zabezpieczona wadium, podczas gdy do oferty załączono gwarancję wadialną nr RW/GW/45/561/8975/2020 z dnia 7 grudnia 2020 roku wystawioną przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. z siedzibą w Warszawie zgodnie z

treścią, której wykonawcą ubiegającym się o zamówienie publiczne w zakresie części (zadania) I jest Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, występująca w konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podczas gdy ofertę złożyło konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Tym samym wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy, ergo oferta przedłożona przez wykonawcę nie została zabezpieczona wadium;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Seris Konsalnet, pomimo że jest niezgodna z ustawą Pzp, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności rozdziałowi VIII, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. kodeksu cywilnego, albowiem przepisy ustawy Pzp, SIWZ, KC wymagają, aby oferta w postępowaniu została podpisana w taki sposób, aby prawnie zobowiązywała wszystkich wykonawców występujących wspólnie. W przypadku, gdy oferta podpisywana i składana jest przez pełnomocnika, z treści oferty, w szczególności ze złożonych pełnomocnictw, musi wynikać umocowanie pełnomocnika do działania w postępowaniu w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnik musi być ustanowiony w sposób ważny, skuteczny, prawnie wiążący przez mocodawcę. Tymczasem, w niniejszej sprawie, brak jest umocowania dla pani L.G. do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy, albowiem umocowanie dla niej pochodzi od podmiotu, który w niniejszym postępowaniu nie został prawidłowo umocowany jako lider konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. w dniu 15 września 2020 roku umocowała Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. do działania w imieniu konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie zaś do działania w imieniu konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Z kolei R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System” udzielił pełnomocnictwa dla Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. dopiero w dniu 18 września 2020 roku (literalnie 2019 r.). Tym samym, Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. nie miała legitymacji do działania w imieniu wykonawcy i możliwości ważnego i skutecznego ustanowienia dalszego pełnomocnika;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Seris Konsalnet, pomimo że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, niezgodny z celem wadium, albowiem w

treści gwarancji ubezpieczeniowej opisanej powyżej został wskazany inny podmiot (inny wykonawca opisany powyżej) niż wykonawca ubiegający się w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ergo oferta wykonawcy nie została zabezpieczona wadium;

5. przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez: (1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jest niezgodna z treścią Pzp, jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. KC, (2) jest ofertą niezabezpieczoną wadium albowiem wadium zostało wniesione w nieprawidłowy sposób.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu – w zakresie części (zadania) I - naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8 w zw. z art. 131bc ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 104 KC w zw. z art. 131h ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131k ustawy Pzp poprzez błędne badanie i ocenę oferty wykonawcy, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że jest niezgodna z ustawą Pzp, jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), w szczególności rozdziałowi VIII, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. kodeksu cywilnego, albowiem przepisy ustawy Pzp, SIWZ i KC wymagają, aby oferta została podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkich wykonawców występujących wspólnie. W przypadku, gdy oferta podpisana i składana jest przez pełnomocnika, z treści oferty, w szczególności ze złożonych pełnomocnictw, musi wynikać umocowanie pełnomocnika do działania w postępowaniu, w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; pełnomocnik musi być ustanowiony w sposób ważny, skuteczny, prawnie wiążący przez mocodawcę. Tymczasem w niniejszej sprawie brak jest umocowania dla pani L.G. do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy, albowiem umocowanie dla niej pochodzi od podmiotu, który w niniejszym postępowaniu nie został prawidłowo umocowany jako lider konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. w dniu 15 września 2020 r. umocowała Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. do działania w imieniu konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie zaś do działania w imieniu konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący

działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Natomiast R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System” udzielił pełnomocnictwa dla Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. w 18 września 2020 roku (literalnie 2019 r.). Tym samym Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. udzielając w dniu 15 września 2020 r. pełnomocnictwa pani L.G. - z obu wskazanych powyżej przyczyn - nie miała legitymacji do działania w imieniu wykonawcy i możliwości ważnego, i skutecznego ustanowienia dalszego pełnomocnika w imieniu wykonawcy,

- a w konsekwencji wybór wykonawcy, pomimo iż złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu.

2. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131h ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 131k ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne badanie i ocenę oferty wykonawcy, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy, niezgodny z celem wadium, w treści gwarancji wadialnej został wskazany inny podmiot niż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Z treści załączonej do oferty gwarancji wadialnej nr RW/GW/45/561/8975/2020 z dnia 7 grudnia 2020 roku wynika, iż została wystawiona przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. z siedzibą w Warszawie dla wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne za nr referencyjnym 24/PODOiB-E/2020 w zakresie części (zadania) I, to jest Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, występującego w konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Tymczasem ofertę w niniejszym postępowaniu złożyło konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Tym samym wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, ergo oferta przedłożona przez wykonawcę występującego w postępowaniu za nr referencyjnym 24/PODOiB-E/2020 w zakresie części (zadania) I, tj. konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System” nie została zabezpieczona wadium,

- a w konsekwencji wybór wykonawcy pomimo, iż złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu.

3. art. 131h ust. 1 w zw. z art. 131k w zw. z art. 47 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez: (1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jest niezgodna z treścią

Pzp, jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. KC, (2) jest ofertą niezabezpieczoną wadium, albowiem wadium zostało wniesione w nieprawidłowy sposób.

W oparciu o powyższe – w zakresie części (zadania) I - odwołujący I wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. wykonawcę;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym:
 - odrzucenie oferty ww. wykonawcy;
 - wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił co następuje.

a) w zakresie zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa dla pani L.G.:

W pierwszej kolejności odwołujący I zwrócił uwagę na treść pełnomocnictwa z dnia 15 września 2020 roku udzielonego przez Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. spółce Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. do działania w imieniu konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie zaś do działania w imieniu konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”.

Także w dniu 15 września 2020 roku zostało udzielone pełnomocnictwo pani L.G. przez Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., w którym wskazano, iż: *„Działając w imieniu spółki Seris Konsalnet Ochrona Sp. z (...) z siedzibą w Warszawie (...) oraz na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Seris Konsalnet Security Sp. (...) z dnia 15.09.2020 r. reprezentując konsorcjum spółek: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. niniejszym udzielamy pełnomocnictwa Pani L.G. (...) do występowania w imieniu Konsorcjum w czasie trwania postępowania (...) Niniejsze pełnomocnictwo umocowuje do występowania w imieniu konsorcjum w trakcie prowadzonego postępowania a w szczególności do zaciągania związanych z przedmiotowym postępowaniem zobowiązań i płatności w imieniu i na rzecz działających w ramach konsorcjum firm: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Seris Konsalnet Security Sp. z o.o.”.*

Zdaniem odwołującego I z powyższego wynika, że Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. za wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

(konsorcjum), którzy biorą udział w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, uznawała konsorcjum w składzie Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. Swoim umocowaniem dla pełnomocnika konsorcjum (lidera) obejmowała wyraźnie kilkakrotnie wskazane w treści pełnomocnictwa konsorcjum firm w ww. ściśle określonym składzie. Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. nie miała świadomości występowania w konsorcjum firm trzeciego członka w osobie R.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System”.

Odwołujący I podkreślił, że powyższe wnioski potwierdza następstwo czasowe udzielanych w sprawie pełnomocnictw. Udzielając dalszego pełnomocnictwa w dniu 15 września 2020 r. Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. nie mogła go udzielić w imieniu konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System, albowiem sam został umocowany przez R.G. do pełnienia funkcji partnera wiodącego w konsorcjum firm w ww. składzie, w tym do zaciągania zobowiązań i płatności w imieniu i na jego rzecz, dopiero w dniu 18 września 2020 roku. Odwołujący I zwrócił przy tym uwagę na zasadę pisemności postępowania i na przepis art. 99 KC.

Następnie odwołujący I wywodził, że Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. nie będąc liderem ustanowionym w sposób ważny do działania w imieniu wykonawcy nie mógł skutecznie i ważnie udzielić dalszego pełnomocnictwa do działania pani L.G., a tym samym oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu wykonawcy.

Reasumując swoje rozważania w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący I wskazywał, że zamawiający nie jest uprawniony, zgodnie z zasadą jednokrotności wezwania, do kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań związanych z treścią przedłożonego pełnomocnictwa, jak i mających na celu wykazanie poprawnego umocowania osoby podpisującej ofertę. Wezwanie do wyjaśnień, w wyniku których wykonawca przedłożyłby umowę konsorcjum, z której rzekomo miałyby wynikać umocowanie do działania w imieniu konsorcjum należałoby uznać za obejście zasady jednokrotności wezwania. Podkreślił też, że wykonawca w treści pełnomocnictwa udzielanego pani L.G. nie wyprowadzał tytułu prawnego do działania z treści łączącej strony umowy konsorcjum. Jako źródło umocowania do działania wskazywał na pełnomocnictwo z dnia 15 września 2020 r. Ponadto, umowa konsorcjum nie została przedłożona do wglądu zamawiającemu, nie miał on zatem wiedzy o treści jej postanowień, a w konsekwencji nie mógł z jej ewentualnej treści wyprowadzać umocowania do działania w imieniu wykonawcy. Wykonawca nie przedłożył umowy konsorcjum na wezwanie z dnia 15 grudnia 2020 r. (a miał możliwość w odpowiedzi

na ww. wezwanie przedłożenia umowy konsorcjum bądź pełnomocnictwa, a nawet obu tych dokumentów.).

b) w zakresie zarzutu dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej:

Odwołujący I podnosił, że konsorcjum Seris Konsalnet złożyło wadium w sposób niewłaściwy, albowiem wadium zostało złożone przez inny podmiot niż wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu. Zgodnie z treścią gwarancji wadium wykonawcą ubiegającym się o zamówienie publiczne za nr referencyjnym 24/PODOiB-E/2020 w zakresie części (zadania) I jest Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wstępująca w konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podczas gdy ofertę w niniejszym postępowaniu złożyło konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R.G. „Alarm Cobra System”. Odwołujący I stwierdził, że tym samym wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy, co oznacza, że oferta ww. wykonawcy w zakresie części (zadania) I nie została zabezpieczona wadium.

Jednocześnie odwołujący I wskazał, że specyfika stanu faktycznego w tej sprawie jest taka, iż wykonawca nie poprzestał na wskazaniu w treści dokumentu gwarancji wyłącznie lidera, lecz zdecydował się na podanie pełnego składu konsorcjum, którego dotyczy wystawiony dokument, tj. jako wykonawca wskazana jest Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. występująca w konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. - lider konsorcjum, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. - partner konsorcjum. Zatem, gwarancja została wystawiona na inny podmiot, niż wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym gwarant uprawniony jest do uchylenia się od odpowiedzialności za działania i zaniechania wykonawcy innego niż ten wyraźnie wskazany w treści gwarancji.

Odwołujący I wskazywał ponadto na rozbieżność poglądów zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie dotyczącą kwestii skuteczności wniesienia wadium przez konsorcjum, przy czym akcentował odmienną naturę stanu faktycznego w niniejszej sprawie, wskazując, iż wykonawca zdecydował się podać pełny skład konsorcjum na rzecz którego udzielana jest gwarancja wadium. Zdaniem odwołującego I, jednocześnie z uwagi na fakt nieprawidłowości w ustanowieniu lidera konsorcjum, Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. nie była umocowana do pozyskania wadium w imieniu wykonawcy.

Następnie odwołujący I powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17 z którego wynika, że wniesienie wadium w formie gwarancji

ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. O przesłankach realizacji decyduje treść gwarancji. Za ww. wyrokiem odwołujący I podnosił, że okoliczność wskazania w treści gwarancji innego wykonawcy niż ten ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji wadliwość wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, winna być rozstrzygana ad casum, w każdym konkretnym przypadku poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe tylko wówczas, jeżeli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się tych przesłanek - tylko wówczas wadium spełnia swoją zabezpieczającą rolę. Ponadto, odwołujący I wskazał, iż po ponownym rozpoznaniu sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, po uwzględnieniu wytycznych zawartych w w/w wyroku Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18 uznał, iż w okolicznościach tamtej sprawy wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy.

W ocenie odwołującego I gwarancja wadium złożona przez konsorcjum Seris Konsalnet nie zapewnia zamawiającemu możliwości skutecznej realizacji roszczeń, gdyż obejmuje swoim zakresem działania i zaniechania innego wykonawcy niż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. W treści gwarancji zdefiniowano pojęcie „wykonawcy”, wskazując precyzyjnie skład konsorcjum. Gwarant wiedział bez wątplenia, że Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. działa w imieniu konsorcjum i dokładnie znał skład tego konsorcjum. Dodał, że w tej sprawie aktualność zachowują uwagi poczynione przez Sąd Najwyższy i Sąd Okręgowy w Gdańsku w ww. wyrokach m.in. o braku odpowiedzialności gwaranta za działania i zaniechania podmiotu nie wskazanego w treści gwarancji.

Odwołujący I stwierdził ponadto, że konsorcjum firm to nie nowy podmiot prawa, lecz jest to umowa zawarta pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie gwarant zobowiązał się do odpowiedzialności za działania i zaniechania podjęte w ramach innej umowy konsorcjum. Odpowiedzialność gwaranta odnosi się do umowy konsorcjum zawartej pomiędzy Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. Zauważył, że z żadnego innego fragmentu gwarancji

wadialnej nie wynika - ani wprost, ani w sposób dorozumiany - że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko podmiot dokładnie oznaczony w dokumencie gwarancji wadialnej, ale również wszystkich wykonawców, z którymi ten podmiot zdecyduje się ubiegać o udzielenie zamówienia. Ponadto, treść gwarancji wadialnej definiuje także warunki zapłaty, w tym określa, za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp gwarant ponosi odpowiedzialność. W treści gwarancji wadialnej wielokrotnie podkreślane jest przejście przez gwaranta odpowiedzialności za działania i zaniechania wykonawcy oraz „przyczyny leżące po jego stronie” czy „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”. Brak jakichkolwiek postanowień, z których wynikałoby, że gwarant przyjął odpowiedzialność za działania i zaniechania innych podmiotów, niż za wyraźnie wskazany w jego treści skład konsorcjum bądź by pojęcie „z przyczyn leżących pod stronie wykonawcy” obejmowało również działania i zaniechania podmiotów, które będą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą. Odwołujący I konkludując stwierdził, że skoro treść gwarancji wadialnej w sposób precyzyjny określała, że pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć podmiot zdefiniowany w komparacji gwarancji wadialnej, tj.: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. oraz Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., a z żadnego innego fragmentu gwarancji wadialnej nie wynikało - ani wprost, ani w sposób dorozumiany - że wykonawca działa, zamierza lub może działać jako lider (lub członek) innego konsorcjum, to wykładnia językowa stanowczo sprzeciwia się uznaniu, iż gwarant przyjął odpowiedzialność nie tylko za działania i zaniechania wykonawcy, ale również za działania i zaniechania innych, nieznanym sobie podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący I zwrócił uwagę na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji, co oznacza, że zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od ukształtowania oraz treści stosunku prawnego podstawowego, tj. w okolicznościach niniejszej sprawy zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od relacji prawnej istniejącej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. W konsekwencji - z uwagi na szeroki zakres odpowiedzialności ponoszonej przez gwaranta - gwarant w treści dokumentu gwarancji precyzyjnie określa zarówno zakres podmiotowy gwarancji (tj. za czyje działania i zaniechania odpowiada), jak i zakres przedmiotowy (tj. za jakie działania i zaniechania odpowiada). W sytuacji, gdy jak w niniejszej sprawie, literalne brzmienie gwarancji wadialnej nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, iż gwarant przyjął odpowiedzialność za inne podmioty niż podmiot określony w treści gwarancji wadialnej oraz za inne przesłanki niż „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”, dokonywanie wykładni treści gwarancji wadialnej w taki sposób skutkowałoby rozszerzeniem odpowiedzialności gwaranta poza podmiotowy oraz przedmiotowy zakres gwarancji, w sposób, na który sam gwarant (mimo iż jest stroną umowy gwarancji) nie miałby

wpływu. Odwołujący I zauważył też, że przed podjęciem decyzji o udzieleniu gwarancji, ubezpieczyciel dokładnie bada ryzyko z jakim związane jest takie działanie, wymagając od wnioskodawcy przedłożenia szeregu dokumentów, w tym związanych z sytuacją ekonomiczną oraz zdolnością do wykonania kontraktu przez wykonawcę, którego udział w przetargu ma zostać zabezpieczony gwarancją. Wynik szacowania ryzyka przeprowadzonego przez ubezpieczyciela przed udzieleniem gwarancji w pierwszej kolejności wpływa na podjęcie przez niego decyzji o udzieleniu gwarancji, ale również przesądza również o tym, czy przed udzieleniem gwarancji bankowej zażąda od wnioskodawcy ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia, a także o wysokości wynagrodzenia, które z tytułu udzielenia gwarancji pobierze. Na etapie podejmowania decyzji, czy gwarancja zostanie udzielona, a jeżeli tak, to jakie będą warunki udzielenia gwarancji, zasadnicze znaczenie ma więc okoliczność za jakie działania i zaniechania ubezpieczyciel przejmuje odpowiedzialność, a także za czyje (tj. jakiego podmiotu) działania i zaniechania odpowiada. Z tego względu racjonalna i zgodna z praktyką ubezpieczeniową wykładnia treści gwarancji winna prowadzić do wniosku, iż treść gwarancji odzwierciedla wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Odwołujący I podniósł także, iż na skuteczność gwarancji zapłaty wadium nie ma wpływu solidarny charakter obowiązków obciążających wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że podmiot, za którego działania lub zaniechania przyjął odpowiedzialność gwarant jest w ramach stosunku podstawowego współdziałnikiem solidarnym, nie może stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Wskazał ponadto, że prawidłowość gwarancji wadialnej, która nie obejmuje wszystkich członków konsorcjum, nie może być wywodzona także z okoliczności, iż gwarancja wadialna była bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Odwołujący I podnosił, iż w praktyce zdarzają się sytuacje, gdy gwarant (ubezpieczyciel lub bank) odmawia zamawiającemu wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej obejmującej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. Skoro praktyka zna przypadki, w których gwarancja wadialna udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów skutkuje uchycieniem się przez gwaranta od wypłaty sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniały po stronie drugiego z wykonawców działających w ramach konsorcjum oznacza to, że wadium wniesione w taki właśnie sposób nie spełnia swojej zabezpieczającej.

W związku z powyższym odwołujący I wnosił jak w petitum.

Sygn. akt: KIO 3468/20

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Ekspert Security Duo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonie; Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, FOSA Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, SILEZJAN System Security - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i SILEZJAN EKO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwani dalej łącznie: „konsorcjum Ekspert Security” lub „odwołującym II”) wnieśli w dniu 28 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności dokonanych przez zamawiającego w zakresie części III, a polegających na:

1. dokonaniu przez zamawiającego poprawek w ofercie złożonej przez konsorcjum wykonawców „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły (zwanym dalej łącznie: „konsorcjum STEKOP” lub „przystępującym II”) podczas, gdy naniesione poprawki nie kwalifikują się jako oczywiste omyłki rachunkowe;
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 postępowania złożonej przez konsorcjum STEKOP i zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, a ponadto obciążonej błędami w obliczeniu ceny;
3. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 postępowania.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu – w zakresie części (zadania) III - naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum STEKOP do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, która nie uwzględnia kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych oraz, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP, mimo że jego oferta jest niezgodna z ustawą Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów.
3. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawek w ofercie złożonej przez konsorcjum STEKOP podczas, gdy naniesione przez zamawiającego poprawki nie kwalifikują się jako oczywiste omyłki rachunkowe.

4. art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji.

W oparciu o powyższe odwołujący II wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum STEKOP jako najkorzystniejszej w części nr 3 postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP, a w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ w części nr 3 postępowania;
4. ewentualnie, w przypadku przyjęcia iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, wezwanie wykonawcy konsorcjum STEKOP do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny poprzez złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, a także w zakresie wyjaśnienia ceny ofertowej;
5. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący II zwrócił uwagę na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej (pkt X), z których wynikało, że cena ofertowa musi być jednoznaczna i ostateczna, i winna zawierać wszystkie nieprzewidziane wydatki oraz różnorakie ryzyko związane z koniecznością wykonania całości prac objętych umową. Podkreślił, że postanowienia te są istotne z punktu widzenia wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

a) w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i niezgodności oferty z ustawą w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę odwołujący II wskazywał, co następuje.

Zgodnie z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego wszyscy pracownicy świadczący usługę SUFO powinni być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, a wykonawca winien uwzględnić w kalkulacji ceny oferty wysokość minimalnego wynagrodzenia, obowiązującego od dnia 1 stycznia 2021 roku, a także koszty związane z pracowniczymi planami kapitałowymi (Załącznik nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy). Ponadto, zamawiający nie dopuszczał możliwości zatrudnienia osób ze stopniem niepełnosprawności (§ 5 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy), czyli wykonawcy nie mogą korzystać w tym zakresie z ulg związanych z dofinansowaniem z PFRON.

Odwołujący II podał, że konsorcjum STEKOP zaoferowało w części III następujące stawki:

- a) rok 2021 kompleks w m. Olszewnica Stara ul. Wojska Polskiego - stawka 22,95 zł netto, 28,23 zł brutto;
- b) rok 2022 kompleks w m. Olszewnica Stara ul. Wojska Polskiego - stawka 23,15 zł netto, 28,23 zł brutto;
- c) rok 2021 kompleks w m. Borzęcin Duży ul. Spacerowa 75 - stawka 23,15 zł netto, 28,23 zł brutto;
- d) rok 2022 kompleks w m. Borzęcin Duży ul. Spacerowa 75 - stawka 23,15 zł netto, 28,23 zł brutto.

W ocenie odwołującego II zaoferowane stawki, przy uwzględnieniu kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, obowiązujących od 2021, są niemożliwe do realizacji. Podał, iż od 1 stycznia 2021 roku wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę to 2.800,00 zł brutto.

Następnie, odwołujący II przedstawił swoje wyliczenie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę w 2021 roku, przy założeniu:

- a) minimalne wynagrodzenie obowiązujące od dnia 1 stycznia 2021 roku - 2.800,00 zł brutto;
- b) dodatek za godziny nocne zgodnie z art. 151 (7) §1 kodeksu pracy - 186,67 zł brutto;
- c) urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni - 237,03 zł brutto (miesięcznie).

Dodał też, że jeśli uwzględnić składkę na PPK ww. koszt jeszcze by wzrósł.

Według odwołującego II, z powyższych obliczeń wynika, że minimalne koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracownika to 22,98 zł. Tym samym, cena ofertowa wskazana przez konsorcjum STEKOP - 22,95 zł netto - jest ceną rażąco niską, gdyż nie pozwala nawet na pokrycie kosztów zatrudnienia pracowników, a tym bardziej i wszelkich dodatkowych kosztów związanych z realizacją umowy, które wykonawcy byli obowiązani skalkulować w swojej cenie. Stwierdził też, że skoro wynagrodzenie w zakresie roku 2021 nie podlega jakimkolwiek zmianom, potencjalne wyjaśnienia wykonawcy zmierzające w kierunku dowodzenia, że występowałyby o waloryzację wynagrodzenia za 2021 rok byłyby bezzasadne.

W dalszej kolejności odwołujący II stwierdził, że z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny wiąże się także zarzut polegający na złożeniu przez konsorcjum STEKOP oferty niezgodnej z ustawą. Podniósł, że skoro oferta ww. wykonawcy nie uwzględnia minimalnych kosztów wynagrodzenia pracowników, to oznacza, że podstawą kalkulacji musiała być kwota wynagrodzenia niższa niż przewidziana w ustawie. W konsekwencji oznacza to niezgodność oferty z ustawą i konieczność jej odrzucenia. Odwołujący II powołał się w tym zakresie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 527/19.

b) w zakresie zarzutu dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum STEKOP odwołujący II wskazywał, co następuje.

Odwołujący II zauważył, że konsorcjum STEKOP w zakresie części nr 3 złożyło ofertę z ceną 3.043.307,70 zł netto, co stanowi kwotę brutto 3.743,268,47 zł dla roku 2021 oraz z ceną 3.092.879,70 zł netto, co stanowi kwotę brutto 3.804.242,03 zł dla roku 2022. Takie też kwoty zamawiający wskazał w informacji z otwarcia ofert z dnia 14 grudnia 2020 roku. Natomiast w powiadomieniu o wyborze oferty ww. wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w części nr 3 postępowania zamawiający wskazał inne wartości, tj.:

dla roku 2021 - kwota 3.055.470,90 złotych netto / 3.758.229,21 złotych brutto -100 pkt.

- w tym stawka za rbg.: 22,95 zł netto / 28,23 zł brutto; 23,15 zł netto / 28,47 zł brutto.

dla roku 2022 3.119.832,90 złotych netto / 3.837.394,47 złotych brutto -100 pkt.

- w tym stawka za rbg.: 23,15 zł netto / 28,47 zł brutto.

Z informacji uzyskanych telefonicznie odwołujący II powziął informację, że zamawiający dokonał poprawek w ofercie wykonawcy STEKOP w zakresie sprostowania omyłek rachunkowych. Odwołujący II zapoznał się też ze skanem oferty ww. wykonawcy, otrzymanym od zamawiającego.

Zdaniem odwołującego II czynności dokonanych przez zamawiającego nie sposób uznać za sprostowanie omyłek rachunkowych.

W kwestii jak należy rozumieć pojęcie oczywistej omyłki rachunkowej odwołujący II powoływał się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak również na przywołane w niej wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2011 roku, sygn. akt: KIO 1787/11, a także z dnia 28 września 2010 roku, sygn. akt: KIO 1978/10. Odwołujący II podkreślił, że przy dokonywaniu poprawek w zakresie omyłek rachunkowych należy kierować się sposobem obliczenia ceny oferty wskazanym przez zamawiającego w SIWZ (w tym przypadku pkt 1 ppkt 5 Załącznika nr 2 do SIWZ).

W ocenie odwołującego II, działania zamawiającego w zakresie dokonania poprawek w ofercie konsorcjum STEKOP, są pozbawione konsekwencji. Zauważył, że gdyby kierować się podstawowymi zasadami logiki należałoby przyjąć, iż w przypadku podzielenia przedmiotu zamówienia na rok 2021 i 2022 wykonawca przyjmie jednolitą stawkę w danym roku albo jednolitą stawkę dla całości oferty. A zatem, intencją konsorcjum STEKOP mogło być:

- zaoferowanie stawki w roku 2021 w wysokości 22,95 zł netto za godzinę, zaś w roku 2022 w wysokości 23,15 zł netto za godzinę;

- zaoferowanie jednolitej stawki godzinowej dla usług świadczonych w roku 2021 i 2022 na poziomie 22,95 zł netto za godzinę.

Tymczasem w przypadku kompleksu w m. Borzęcin Duży za 2021 rok konsorcjum STEKOP proponuje stawkę 23,15 zł netto, a w algorytmie przyjmuje stawkę 22,95 zł netto, którą logicznym byłoby, że chciał przyjąć jednolicie dla 2021 roku. Odwołujący II podkreślił, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca na dowolnym poziomie kształtował stawki oferowane w ofercie, jednakże w świetle konieczności kierowania się algorytmem obliczenia ceny, owa rozbieżność powoduje wątpliwości, które stawki należałoby przyjąć w dokonywaniu poprawek omyłek rachunkowych, a tym samym wykracza to już poza pojęcie oczywistej omyłki rachunkowej, którą zamawiający obowiązany jest poprawić. Ponadto, to algorytm i kwoty w nim przyjęte powinny być punktem wyjścia dla zamawiającego.

Dalej odwołujący II wskazywał, że analizując treść oferty konsorcjum STEKOP nie sposób z samego formularza ofertowego stwierdzić czy dla kompleksu w m. Borzęcin Duży w odniesieniu do roku 2021:

- błąd polegał na wpisaniu dla ww. obiektu w kolumnie „stawka netto za godzinę” kwoty 23,15 zł, tym samym powodując brak jednolitości ze stawką godzinową oferowaną za rok 2021 roku dla kompleksu w m. Olszewnica, gdzie przyjęto 22,95 zł netto - wówczas algorytm wyliczenia wynagrodzenia ze stawką 22,95 zł oraz stawką brutto za godzinę w wysokości 28,23 zł jest prawidłowy, czy też
- błąd polegał na nieprawidłowym wskazaniu w algorytmie stawki 22,95 zł, w miejsce kwoty 23,15 zł netto oraz błędnym obliczeniu stawki brutto za godzinę w wysokości 28,23 zł zamiast 28,47 zł - wówczas w algorytmie należałoby przyjąć stawkę 23,15 zł oraz dokonać poprawki stawki brutto.

Odwołujący II wywodził, iż z samego tego faktu nie sposób uznać, którym wartościom zawartym w ofercie dać prym, a tym samym, które wartości uznać za właściwe i z ich wykorzystaniem dokonać poprawek rachunkowych, a to świadczy o tym, że nie można tego zakwalifikować jako oczywistej omyłki rachunkowej. W takiej sytuacji, zamawiający nie był obowiązany do dokonania poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaistniała sytuacja wykracza poza zakres przedmiotowy tego przepisu.

Ponadto, podnosił, że trudno na podstawie zapoznania się jedynie z ofertą założyć, że ww. wykonawca chciał dokonać rozróżnienia stawki proponowanej dla kompleksu Olszewnicy i Borzęcinie Dużym w 2021 roku, czy więcej - w ogóle planował dokonać rozróżnienia stawki dla poszczególnych pozycji w tej części. Zdaniem odwołującego II, nie sposób tego wysnuć z całokształtu złożonej oferty.

Następnie, odwołujący II zwrócił uwagę na sposób ukształtowania stawki w ofercie dla pozostałych części (1, 2 i 4) i wskazał, że w obrębie pozostałych części zamówienia, konsorcjum STEKOP przyjęło jednolitą stawkę dla wszystkich obiektów zarówno w roku 2021 i 2022. Zdaniem odwołującego II, oznacza to, iż taką też logiką wykonawca kierował się składając ofertę na część nr 3, objętą odwołaniem. W konsekwencji należałoby przyjąć, iż wykonawca planował zaoferować jednolitą stawkę 22,95 zł netto, gdyż taka wartość znajduje się w algorytmie wyliczenia wynagrodzenia. Dodatkowo, zbieżna z taką stawką netto jest stawka brutto (28,23 zł brutto ze stawki 22,95 zł netto) wskazana we wszystkich polach tabeli kalkulacyjnej dla części nr 3. Oznacza to, że błędnie wpisano jedynie kwoty netto jako 23,15 zł. Odwołujący II zwrócił przy tym uwagę na definicję ceny na gruncie ustawy Pzp, wskazując, że ceną jest kwota brutto.

Konkludując, odwołujący II podnosił, że za prawidłową stawkę ofertową należało uznać kwotę 28,23 zł (netto 22,95 zł). Zamawiający zaś zamiast podwyższyć łączną wartość oferty winien ją obniżyć, gdyby potencjalnie uznać, że możliwym byłoby dokonanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych z poszanowaniem zasad Prawa zamówień publicznych. Zamawiający dokonał poprawy omyłek tam, gdzie nie było podstaw ku temu, a nadto jego działania cechowała niekonsekwencja.

Sygn. akt: KIO 3466/20

Sygn. akt: KIO 3468/20

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopie odwołań wniesionych w sprawach o sygn. akt: KIO 3466/20 oraz KIO 3468/20.

W dniu 31 grudnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System” (zwani dalej łącznie: „konsorcjum Seris Konsalnet” lub „przystępującym I”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3466/20.

W dniu 30 grudnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Porosły (zwani dalej łącznie: „konsorcjum STEKOP” lub „przystępującym II”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniach odwoławczych po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika tych postępowań - odpowiednio: konsorcjum Seris Konsalnet w sprawie o sygn. akt: KIO 3466/20 oraz konsorcjum STEKOP w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20.

W dniu 31 grudnia 2020 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20, w której wskazał, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Odpowiedź zamawiającego o tożsamej treści – w formie pisemnej – wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 roku.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20 przystępujący II złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu (oświadczenie z dnia 13 stycznia 2021 roku, wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – 14 stycznia 2021 roku).

Ponadto, w dniu 21 stycznia 2021 roku przystępujący II przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej – drogą elektroniczną – pisemne stanowisko w sprawie o sygn. akt: KIO 3468/20.

W dniu 22 stycznia 2021 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – przystępujący I złożył pisemne stanowisko w sprawie o sygn. akt: KIO 3466/20.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 stycznia 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego (tj. z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty konsorcjum Seris Konsalnet, wezwania skierowanego do Seris Konsalnet w zakresie uzupełnienia pełnomocnictwa i odpowiedzi ww. wykonawcy na to wezwanie, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty konsorcjum STEKOP, zawiadomienia o dokonanych poprawkach w ofercie wykonawcy konsorcjum STEKOP w części III, protokołu z otwarcia wniosków, zawiadomienia o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaproszeń do składania ofert, protokołu z otwarcia ofert, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty), a także z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 stycznia 2021 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług na rzecz zamawiającego przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia oraz porządku na terenie chronionym, w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021-2022. Zamówienie zostało podzielone na 4 części. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

W dniu 28 października 2020 roku zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pismami z dnia 2 listopada 2020 roku zamawiający zaprosił wykonawców do składania ofert w ramach poszczególnych części zamówienia. Termin składania ofert wyznaczył na dzień 14 grudnia 2020 roku.

Sygn. akt: KIO 3466/20

W dniu 2 października 2020 roku wykonawca konsorcjum Seris Konsalnet złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części I – IV zamówienia.

Do wniosku załączył pełnomocnictwo z dnia 15 września 2020 roku dla spółki Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. udzielone przez Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. w związku z zawartą umową konsorcjum spółek Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. do pełnienia funkcji partnera wiodącego w konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Pełnomocnik został umocowany do *„zaciągania związanych z przedmiotowym postępowaniem zobowiązań i płatności w imieniu i na rzecz Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., do wyłącznego występowania w imieniu Konsorcjum w trakcie prowadzonego postępowania, a w szczególności do udziału w postępowaniu, do podpisywania bądź poświadczania za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów koniecznych do przygotowania i złożenia wniosku i oferty, do wniesienia wadium, do składania oświadczeń woli i wiedzy związanych z przedmiotowym postępowaniem, składania i podpisywania informacji o stwierdzonych naruszeniach w przypadku gdy nie przysługuje odwołanie oraz podpisania wniosku i oferty składanej w tym postępowaniu (...)*”. Jednocześnie pełnomocnik miał prawo udzielania dalszych pełnomocnictw. Ponadto do wniosku ww. wykonawca załączył pełnomocnictwo z dnia 18 września 2019 roku (winno być 2020) dla spółki Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. udzielone przez R.G. „Alarm Cobra System” w związku z zawartą umową konsorcjum spółek Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. i R.G. „Alarm Cobra System” do pełnienia funkcji partnera wiodącego w konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Zakres udzielonego pełnomocnictwa był tożsamy z tym jakie udzieliła spółka Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. Do wniosku załączono także pełnomocnictwo dla pani B.Ż. z dnia 15 września 2020 roku do występowania w imieniu konsorcjum: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. udzielone przez lidera konsorcjum - Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o.

W dniu 15 grudnia 2020 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał lidera konsorcjum Seris Konsalnet do uzupełnienia pełnomocnictwa dla pani L.G., która podpisała ofertę. W dniu 16 grudnia 2020 roku ww. wykonawca złożył dwukrotnie pełnomocnictwo dla pani L.G. z dnia 15 września 2020 roku udzielone przez lidera konsorcjum, w tym do podpisania oferty składanej w tym postępowaniu, przy czym w pierwszym dokumencie pełnomocnictwa było wskazane konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., a w drugim – konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. i R.G. „Alarm Cobra System”.

W rozdziale VI SIWZ zamawiający zawarł wymagania dotyczące wadium, wskazując: wysokość wymaganego wadium dla poszczególnych części zamówienia, formy wniesienia wadium (w tym gwarancję bankową i ubezpieczeniową) oraz, że należy je wnieść

przed upływem terminu składania ofert z dopiskiem: „*Wadium dotyczące usługi w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42. Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021 – 2022*” – nr sprawy 24/PODOiB-E/2020. Poza ww. ogólnymi wymaganiami dotyczącymi wadium, zamawiający nie zawarł bardziej szczegółowych postanowień w tym zakresie.

Wykonawca - konsorcjum Seris Konsalnet załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową nr RW/GW/45/561/8975/2020 z dnia 7 grudnia 2020 r. wystawioną przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. z siedzibą w Warszawie. W treści dokumentu gwarancji został oznaczony Wykonawca – Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. występująca w konsorcjum firm w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. – Lider i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. – Partner, a także oznaczono jako Beneficjenta – 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego oraz przedmiot przetargu: „*Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021-2022*”, Numer sprawy: 24/PODOiB-E/2020, część I”. Z przedmiotowego dokumentu wynika, że Gwarant zobowiązał się „*nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta, złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Gwarancji, kwoty (...) stanowiącej wadium, w związku ze złożoną Ofertą w Przetargu.*”. Roszczenie o wypłatę z przedmiotowej Gwarancji, według oświadczenia Gwaranta, miało powstać, gdy ziszczą się wskazane w tym dokumencie okoliczności – zgodne z dyspozycją przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jednocześnie Gwarant zobowiązał się do wypłaty należnej kwoty w terminie 14 dni od „*daty otrzymania od Beneficjenta pisemnego żądania zapłaty z niniejszej Gwarancji, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania Beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność, bądź okoliczności, spośród wymienionych w ust. 3, stanowiące podstawę złożenia żądania zapłaty. Do pisemnego żądania zapłaty należy dołączyć poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osoby umocowane do reprezentowania Beneficjenta kopię dokumentu, z którego wynika umocowanie osób, które podpisały niniejsze żądanie*”. Ponadto, Gwarant w treści ww. dokumentu wskazał na okres ważności Gwarancji i wskazał, że tylko żądanie zapłaty spełniające wszystkie wymogi formalne określone w ust. 4 i 5 (czyli dotyczące formy i treści pisemnego żądania zapłaty oraz wymogów co do sposobu jego przesłania), otrzymane przez niego w terminie ważności Gwarancji, będzie powodowało obowiązek wypłaty z Gwarancji.

Sygn. akt: KIO 3468/20

Zamawiający w rozdziale III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – wskazał, że ochrona obiektów ma być realizowana całodobowo w systemie 24 godzinnym. Opisał też szczegółowo na czym ma polegać ochrona obiektów, w tym także w zakresie Patrołu Interwencyjnego oraz zapewnienia dodatkowej ochrony związanej z osiągnięciem gotowości do podjęcia działań oraz na sygnał o wzmocnieniu systemu ochraniających obiektów, po ogłoszeniu mobilizacji, a także przy wprowadzeniu stanów nadzwyczajnych.

W rozdziale X SIWZ zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny ofertowej, wskazując m.in., że: *„Oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę brutto obejmującą wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia”* (pkt 2); *„Cenę należy skalkulować w formularzu ofertowym. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wszystkich pól formularza. Cena ofertowa powinna obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w niniejszej SIWZ”* (pkt 4). *„Kwota winna zawierać wszystkie nieprzewidziane wydatki oraz różnorakie ryzyko związane z koniecznością wykonania całości prac objętych umową”* (pkt 8).

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. W OPZ zamawiający wymagał m.in. całodobowej ochrony fizycznej za pośrednictwem odpowiednio wyposażonych i przeszkolonych pracowników ochrony, przy czym podał (w tym dla części III) jaki powinien być skład osobowy sił ochronnych i wymagania w stosunku do niego (m.in. wymóg posiadania legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony, a także poświadczenia bezpieczeństwa lub pisemnego upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych minimum o klauzuli „ZASTRZEŻONE” oraz ważne zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych). Pracownik ochrony portier – pracujący w dni robocze. W części III zamówienia zamawiający wymagał także okresowego wystawienia jednego dodatkowego posterunku, co wykonawca był zobowiązany w kalkulować w cenę oferty.

W załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy – w pkt 2 zamawiający określił wymóg zatrudnienia wszystkich pracowników świadczących usługę SUFO na podstawie umowy o pracę.

W załączniku nr 3 do SIWZ – Projekt umowy dla części III – w § 3 zamawiający określił zakres działań SUFO, jak i zadania pracowników ochrony podczas pełnienia służby ochronnej. W § 5 ust. 2 pkt 7 zamawiający wskazał, że nie dopuszcza zatrudnienia osób z niepełnosprawnościami. Z kolei zgodnie z § 5 ust. 3 wykonawca został zobowiązany do odpowiedniego wyposażenia pracowników w niezbędną ilość broni i amunicji, umundurowanie, kamizelki kuloodporne, hełmy, identyfikatory, urządzenia łączności

radiowej, służbowe telefony itp. W § 12 projektu umowy zamawiający określił zakres obowiązkowych szkoleń wynikających z realizacji umowy.

W dniu 17 grudnia 2020 roku zamawiający poinformował wykonawcę – Konsorcjum STEKOP o dokonanych poprawkach w ofercie w części III zakwalifikowanych, jako oczywista omyłka rachunkowa. Zamawiający wskazał w jakich pozycjach dokonał poprawy i kwoty wynikające z przeliczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

W związku z powyższym Izba orzekła na podstawie przepisów dotychczasowej ustawy, tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Sygn. akt: KIO 3466/20

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum Seris Konsalnet z uwagi na brak umocowania dla pani L.G. do działania w imieniu i na rzecz tego wykonawcy, a tym samym do podpisania oferty w jego imieniu.

Izba ustaliła, że ww. zarzut jest zarzutem spóźnionym.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Stosownie do art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z uzasadnienia przedmiotowego zarzutu wynika, że odwołujący I kwestionował prawidłowość umocowania do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum Seris Konsalnet, osoby, która podpisała ofertę w imieniu tego wykonawcy, tj. prawidłowość umocowania pani L.G.. Z kolei brak umocowania pani L.G. do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum Seris Konsalnet odwołujący I wywodził z faktu, iż pełnomocnictwo zostało udzielone jej przez podmiot - Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który w tym postępowaniu nie został prawidłowo umocowany jako lider konsorcjum w składzie: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i R.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.G. „Alarm Cobra System”. W konsekwencji powyższego, odwołujący I podnosił, że Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie będąc liderem ustanowionym w sposób ważny do działania w imieniu wykonawcy, nie mógł skutecznie i ważne udzielić dalszego pełnomocnictwa do działania pani L.G., a tym samym oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu wykonawcy.

Jak powyżej Izba wskazała, przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, jest zatem postępowaniem dwuetapowym.

W dniu 28 października 2020 roku wykonawcy biorący udział w postępowaniu zostali poinformowani przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Od tej daty odwołujący I, na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, mógł się ubiegać o udostępnienie mu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konkurencyjnego wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego I, iż ewentualne zarzuty w tym zakresie odwołujący I mógł i powinien podnieść na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bowiem już na tym etapie został przedstawiony ciąg pełnomocnictw dla lidera konsorcjum - Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, które obecnie kwestionuje odwołujący I, a na podstawie których następnie lider konsorcjum Seris Konsalnet udzielił umocowania pani L.G. do złożenia oferty w imieniu i na rzecz ww. konsorcjum.

Okolicznością bezsporną jest, że pełnomocnictwo dla pani L.G. zostało przedłożone przez ww. wykonawcę dopiero w związku ze złożeniem oferty (w następstwie wezwania zamawiającego z dnia 15 grudnia 2020 roku do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę), ale należy zauważyć, iż osnową zarzutu było to, że lider konsorcjum Seris Konsalnet sam nie był prawidłowo umocowany do działania w imieniu tego konsorcjum.

Zatem, zarzut w tym zakresie powinien być podniesiony w terminie 10-dniowym liczonym od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. od dnia 28 października 2020 roku. Ciąg pełnomocnictw dla lidera konsorcjum – Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. został bowiem załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 30 września 2020 roku. Pełnomocnictwo zaś udzielone pani L.G. było kwestionowane tylko i wyłącznie z uwagi na brak właściwego umocowania dla lidera konsorcjum.

W tym kontekście nietrafiona jest argumentacja odwołującego I zaprezentowana w toku rozprawy w dniu 22 stycznia 2020 roku, iż w odwołaniu kwestionuje prawidłowość złożenia oferty, a nie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 47 ustawy Pzp przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Możliwość złożenia oferty jest więc wynikiem pozytywnej oceny wniosku wykonawcy o dopuszczenie do udziału w przetargu i zaproszenia go do złożenia oferty.

Wobec powyższego Izba pominęła przedmiotowy zarzut przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy jako spóźniony.

2. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Seris Konsalnet z uwagi na to, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Stosownie do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Z kolei z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia wadium przez konsorcjum Seris Konsalnet nie potwierdził się.

Należy zwrócić uwagę, że treść SIWZ nie zawiera szczególnych wymagań zamawiającego co do wniesienia wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum, ani co do treści dokumentu wadialnego, w tym obowiązku wskazania w nim wszystkich członków konsorcjum.

Z treści dokumentu gwarancji wadialnej nr RW/GW/45/561/8975/2020 z dnia 7 grudnia 2020 roku, wystawionej przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. wynika, że Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta określonej kwoty.

W kwestii oceny prawidłowości wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 roku, wydanym w sprawie IV CSK 86/17 (wyrok powoływany też przez odwołującego I). Sąd Najwyższy w wyroku tym stwierdził m.in., że: *„gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (...) Tym niemniej, korzystając ze swobody umów (art. 3531 KC.) strony mogą ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne sposoby (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Mogą zatem postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizować się będzie tylko w razie spełnienia materialnych „warunków” zapłaty - rzeczywistego wystąpienia wypadku gwarancyjnego - np. niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczonego zobowiązania, co podlega dowodzeniu na zasadach ogólnych i zakłada, iż zobowiązanie to istniało, zaktualizowały się przesłanki jego wymagalności oraz nie zostało wykonane (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Strony mogą też postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizuje się już w razie przedstawienia gwarantowi dokumentów - ściśle określonych w treści*

gwarancji - „stwierdzających” spełnienie „warunków” zapłaty (tzw. gwarancja dokumentowa). Nie zależy ono wówczas bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek („warunków”) materialnoprawnych, leżących poza stosunkiem gwarancji. W przypadku zaś cieszącej się szczególną popularnością w obrocie gwarancji „bezwartkowej” i „na pierwsze żądanie” strony uzależniają zazwyczaj ciążący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika. (...) decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 KC), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty.(...) Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 KC, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregośkolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B.(...) S.A. (...) Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ZamPublU). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta

stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.”.

Jak wynika z powyższego wyroku o prawidłowości udzielonej gwarancji każdorazowo decyduje treść gwarancji wystawionej w konkretnych okolicznościach, która to treść może być ukształtowana w różny sposób.

Faktem jest, że w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej złożonego w przedmiotowym postępowaniu zostało wskazanych tylko dwóch spośród trzech konsorcjantów, jednak w ocenie Izby, nie przesądza to o wadliwości dokumentu gwarancji, czy braku rzeczywistego zabezpieczenia interesów zamawiającego i możliwości zaspokojenia się z gwarancji.

Świadczy o tym całokształt okoliczności faktycznych sprawy, w tym, że wykonawca – konsorcjum Seris Konsalnet złożył wadium w formie nieodwołanej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji ubezpieczeniowej, w której wskazano wszystkie istotne elementy opisujące szczegółowo postępowanie, w którym ma zostać złożona oferta, zabezpieczona tym wadium (tj. podano konkretną nazwę i numer postępowania o zamówienie publiczne, określono część zamówienia – I, nazwę Beneficjenta - zamawiającego, wymieniono wszystkie ustawowe przesłanki zatrzymania wadium), a ponadto wskazano, że „Wykonawcą” składającym ofertę jest Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. występujący w określonym składzie.

Jak wyżej wskazano, jako skład konsorcjum oznaczono: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. – Lider i Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. – Partner i nie wskazano trzeciego z uczestników tego konsorcjum – R.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: R.G. „Alarm Cobra System”. W ocenie Izby, nie stanowi to jednak o tym, że zamawiający nie będzie mógł się zaspokoić z tej Gwarancji w przypadku wystąpienia ustawowych ku temu przesłanek. W szczególności Izba zwraca uwagę na treść ust. 6 przedmiotowego

dokumentu, w którym Gwarant określił, że obowiązek wypłaty z Gwarancji będzie powodować otrzymane przez Gwaranta w oznaczonym terminie żądanie zapłaty, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w ust. 4 i 5, a które to odnoszą się do pisemnej formy żądania zapłaty, podpisanego przez umocowane osoby do reprezentowania Beneficjenta i wskazania okoliczności, stanowiących podstawę złożenia żądania zapłaty, a także sposobu przesłania tego żądania Gwarantowi.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że odwołujący I nie udowodnił okoliczności przeciwnych, a mianowicie, iż gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez konsorcjum Seris Konsalnet nie zabezpieczenia w sposób realny interesów zamawiającego i nie daje mu możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Nie potwierdzają tego złożone przez odwołującego I dowody z wydruków korespondencji e-mailowej prowadzonej z poszczególnymi ubezpieczycielami czy bankiem. Przede wszystkim należy podnieść, że odwołujący I w ogóle nie przedstawił zapytania skierowanego do podmiotu, który wystawił kwestionowaną przez niego gwarancję ubezpieczeniową, tj. do Korporacji Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. Odpowiedź pochodząca od tego podmiotu byłaby najbardziej adekwatna do oceny zasadności podnoszonych twierdzeń. Ponadto, pytania skierowane do towarzystw ubezpieczeniowych i banku odwołujący I sformułował w ten sposób, że opisał w nim sytuację, która nie jest zbieżna ze stanem faktycznym w niniejszej sprawie, albowiem dotyczyła ona wymuszonej zmiany konsorcjum w związku z dokonaniem przez zamawiającego zmian w specyfikacji. Tym samym odpowiedzi w tym zakresie też nie można uznać za miarodajne. Abstrahując od powyższego, należy wskazać, że uzyskane przez odwołującego I odpowiedzi nie potwierdzają jego stanowiska. InterRisk TU S.A. wskazał na brak możliwości zajęcia jednoznacznego stanowiska, konieczność badania stanu prawnego i orzecznictwa, a także, że w każdym przypadku decyduje treść gwarancji, która może być różnie ukształtowana. Biuro Ubezpieczeń Ryzyk Finansowych PZU S.A. wskazało na powinność skorygowania składu konsorcjum w treści gwarancji, ale nie przesądziło o skutkach braku takiej zmiany. Z kolei ING Bank Śląski S.A. (przy czym należy zwrócić uwagę, że jest to instytucja bankowa działająca na podstawie innych przepisów niż towarzystwa ubezpieczeń) wskazał również na konieczność dostosowania listu gwarancyjnego do stanu faktycznego, ale z uwagi na możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego. Wyjaśnił też, że w przypadku, gdyby do tego nie doszło, to najprawdopodobniej odrzuciłby roszczenie albo pisał do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie. Tym samym, nawet ten podmiot nie przesądził swojej decyzji o odmowie wypłaty roszczenia z tytułu gwarancji.

Co istotne, odwołujący I w treści odwołania powoływał się na praktykę, że zdarzają się sytuacje, gdy gwarant (ubezpieczyciel lub bank) odmawia zamawiającemu wypłaty kwoty

wynikającej z gwarancji wadialnej obejmującej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców, natomiast żadnych dowodów potwierdzających istnienie takiej praktyki nie przedłożył (tj. dowodu z którego wynikałoby, że gwarant odmówił wypłaty kwoty sumy gwarancyjnej w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa powyżej).

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, że odwołujący I nie wykazał, że konsorcjum Seris Konsalnet wniosło wadium w sposób nieprawidłowy.

Wobec powyższego zarzut podlega oddaleniu.

3. Zarzut przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba uznała, że w konsekwencji bezzasadny jest zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Sygn. akt: KIO 3468/20

W sprawie o sygn. akt KIO 3468/20 zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości. Wykonawca – konsorcjum STEKOP, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. W związku z wniesieniem sprzeciwu Izba rozpoznała odwołanie na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Izba uznała, że odwołanie należało częściowo uwzględnić.

1. Zarzut art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum STEKOP do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, która nie uwzględnia kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych oraz, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wynika, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu nie zachodzą obligatoryjne przesłanki wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty, określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Natomiast rozstrzygnięcia wymagała kwestia czy zachodzą fakultatywne przesłanki wezwania wykonawcy do wyjaśnień zaoferowanej ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przywołanym powyżej.

Izba uznała, że odwołujący II wykazał, iż w niniejszej sprawie wystąpiły okoliczności, które powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, a tym samym obligują one zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy – konsorcjum STEKOP o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, niemniej jednak zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym przedstawienia stawek wynagrodzenia dla kadry ze wskazaniem stawek za rbh oraz wskazania kosztów wynikających z przemnożenia tych stawek przez ilość pracogodzin dla danego okresu.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał, że wątpliwości może budzić w szczególności przyjęta przez wykonawcę – konsorcjum STEKOP cena jednostkowa za roboczogodzinę w części III zamówienia, a tym samym szacunek kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, w oparciu o które wykonawca następnie skalkulował cenę oferty. Zwrócić należy uwagę, że zamawiający wymagał, aby osoby świadczące usługi ochrony, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę (a tym samym wykonawca winien w kalkulacji uwzględnić koszty wynagrodzenia, jak i wszystkich pochodnych). Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący II wykonawcy nie mogli zatrudniać osób z niepełnosprawnościami, tym samym nie mogli uwzględniać w cenie ulg związanych z dofinansowaniem z PFRON. Z uwagi na wymóg całodobowej ochrony – kalkulacja wynagrodzenia winna uwzględniać dodatek za pracę w godzinach nocnych. Dodając do tego wymóg zatrudnienia osób o określonych kwalifikacjach, a także przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaoferowana cena powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Uprawdopodobniają to też zestawienia wyliczeń przedstawione przez odwołującego II w toku rozprawy, nawet przy uwzględnieniu zastrzeżeń wniesionych przez przystępującego II co do prawidłowości tych obliczeń (np. błędów przy podaniu wartości składek emerytalno-rentowych - co zresztą następnie zostało sprostowane przez odwołującego II w toku rozprawy, czy kwestii rozbieżności co do dodatku za pracę w godzinach nocnych - rozbieżności wynikające z przyjęcia określonej liczby godzin w miesiącu – 56 a 54). Nawet przy tych wątpliwościach co do obliczeń przedstawionych przez odwołującego II, to z uwagi na minimalne różnice w tym zakresie, w dalszym ciągu przedstawione zestawienia uprawdopodobniają, że powinny zaistnieć wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty ww. wykonawcy w oparciu o przyjęte stawki. Faktem jest, że wynikająca z wyliczeń odwołującego II stawka za 1 rbh odnosi się do wynagrodzenia brutto (22,98zł) i jest porównywalna ze wskazaną w ofercie stawką netto za 1 rbh (22,95zł i 23,15zł), a stawka brutto podana w ofercie konsorcjum STEKOP w części III to 28,23 zł za 1 rbh. Jednakże należy mieć tu na uwadze, że w ramach tej stawki wykonawca winien skalkulować wynagrodzenie brutto pracownika (o określonych kwalifikacjach – tu powstaje kolejne pytanie czy wykonawca znajdzie osoby, które zechcą świadczyć przedmiotowe usługi za wynagrodzenie na poziomie minimalnego wynagrodzenia czy nieco wyższego niż minimalne), a także swoje koszty związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę (w tym składki ZUS), a także wszystkie inne elementy kosztotwórcze niezbędne

do realizacji zamówienia (w tym koszty związane z wyposażeniem pracowników w odpowiedni sprzęt, koszty szkoleń). Powstaje również pytanie czy wykonawca skalkulował zysk itd. Kwestia dysponowania własnym wyposażeniem niezbędnym na potrzeby realizacji zamówienia i kosztów z tym związanych, czy braku kosztów związanych z przeprowadzeniem szkoleń we własnym zakresie, podnoszone przez przystępującego II w toku postępowania odwoławczego, powinna być przedmiotem oceny w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Reasumując, stwierdzić należy, że odwołujący II, wykazał, że istnieją podstawy do zastosowania procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ramach której zamawiający powinien zbadać czy wykonawca STEKOP uwzględnił w cenie oferty wszystkie elementy kosztotwórcze niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu wyjaśnienia winny być poparte dowodami.

Wobec powyższego Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum STEKOP jako najkorzystniejszej w części III zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP, mimo że jego oferta jest niezgodna z ustawą Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2010 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2435/19, iż: *„obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 8 ZamPubIU, przewidział obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Powyższe tym bardziej potwierdza,*

iz użyte w art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU pojęcie „ustawy” dotyczy Prawa zamówień publicznych. W tym miejscu Izba wskazuje, iż powyższe nie oznacza, że dozwolone jest stosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż określone ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jednakże takie działanie może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ZamPublU, o czym pośrednio świadczy treść art. 90 ust. 1 pkt 1 tej ZamPublU, gdzie wymieniona jest m.in. ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”.

Tym samym, zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zastosowanie stawki wynagrodzenia niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ta okoliczność, może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z uzasadnienia w kwestii rozstrzygnięcia zarzutu nr 1, Izba w tym zakresie nakazała zamawiającemu wszczęcie procedury wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników i uwzględnienia przy kalkulacji ceny oferty przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. W tym zakresie zarzut zaniechania odrzucenia oferty należałoby też uznać za przedwczesny.

Wobec powyższego Izba oddaliła ww. zarzut.

3. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zarzut się potwierdził.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1313/20 stwierdzić należy, że: *„W świetle orzecznictwa, oczywista omyłka rachunkowa, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ZamPublU, to omyłka matematyczna dająca się poprawić przy zastosowaniu elementarnej wiedzy z zakresu podstawowych działań matematycznych (dodawania, mnożenia). Oczywistość omyłki definiuje się jako dającą się zauważyć na pierwszy rzut oka, którą da się poprawić tylko na jeden sposób. W przypadku, gdy możliwe są co najmniej dwa sposoby poprawienia takiej omyłki, z których każdy będzie powodował inny skutek rachunkowy, nie można uznać, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Wskazać należy jednocześnie, że ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje przy poprawianiu oczywistej omyłki rachunkowej uwzględniać konsekwencje rachunkowe dokonywanych zmian, a to oznacza,*

że ZamPublU dopuszcza wpływ dokonanej korekty na cenę oferty. (...) Nie budzi wątpliwość, że aby dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający powinien mieć wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne, a prawidłowe obliczenia doprowadzą do ustalenia prawidłowej ceny oferty. Zamawiający jest zobowiązany dokonać korekty takich obliczeń i poinformować wykonawcę o tym fakcie. Wykonawca nie musi wyrazić zgody na dokonanie przez zamawiającego powyższej poprawy.”

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do dokonania poprawy omyłek rachunkowych w ofercie konsorcjum STEKOP dla części III zamówienia, albowiem nie posiadają one przymiotu „oczywistości”. Wbrew twierdzeniom przystępującego II nie sposób stwierdzić, która z cen jednostkowych powinna być traktowana jako wyjściowa do dokonania poprawy omyłek. Na podstawie treści oferty nie da się ustalić w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości w jaki sposób powstała omyłka i jak powinna zostać poprawiona.

W treści oferty konsorcjum STEKOP w tabeli kalkulacyjnej dla części III zamówienia, zawartej w formularzu ofertowym, w kolumnie „Stawka netto za godzinę” zostały wskazane w poszczególnych pozycjach dwie różne stawki 22,95 zł i 23,15 zł, w kolumnie „Stawka brutto za godzinę” została wskazana jednolita stawka 28,23 zł dla wszystkich pozycji, w kolejnej kolumnie „Pracogodziny w okresie” do obliczeń wykonawca przyjął jednolitą stawkę 22,95 zł netto we wszystkich pozycjach.

Tym samym, nie jest oczywiste, czy należało – tak jak twierdził przystępujący II – sprawdzenie ceny i poprawienie omyłki rozpocząć od ceny netto za jedną roboczogodzinę, co oznaczałoby pozostawienie bez zmian wartości w kolumnie: „Stawka netto za godzinę” i przyjęcie, iż wykonawca zaoferował dwie zróżnicowane stawki netto za godzinę (tj. 22,95 zł i 23,15 zł netto) – różnicując je nie tylko z uwagi na rok realizacji zamówienia, ale i kompleks na którym mają być świadczone usługi, objęte przedmiotowym zamówieniem. W konsekwencji prowadziłyby to do zmiany wartości w kolejnych kolumnach, tj. „Stawka brutto za godzinę” oraz „Pracogodziny w okresie”, gdzie jednak została przyjęta jednolita cena jednostkowa – 22,95 zł netto i 28,23 zł brutto. W takim zakresie też zamawiający dokonał poprawy omyłek w ofercie ww. wykonawcy. Czy jednak należało uznać, że wolą wykonawcy było przyjęcie jednolitej stawki za roboczogodzinę we wszystkich pozycjach tabeli kalkulacyjnej dla części III zamówienia. Słusznie też zwrócił uwagę odwołujący II, iż w ofercie dla części I, II i IV, dla każdej z tych części w jej obrębie wykonawca - konsorcjum STEKOP przyjął jednolitą stawkę dla wszystkich obiektów zarówno w roku 2021, jak i 2022. To może pomocniczo wskazywać jaką logiką przy kalkulacji ceny kierował się ten wykonawca.

Skoro omyłki w ofercie konsorcjum STEKOP nie są prostą konsekwencją nieprawidłowości przeprowadzonych działań matematycznych i nie pozwalają w sposób jednoznaczny zidentyfikować źródła ich powstania, tj. nie da się z treści oferty wywieść, która cena jednostkowa jest ceną wyjściową - ceną, którą chciał w rzeczywistości przyjąć przystępujący II, to nie można mówić o oczywistości omyłki rachunkowej.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do dokonania poprawy omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy konsorcjum STEKOP w zakresie części III, a tym samym za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji.

Izba oddaliła ww. zarzut wobec braku wskazania okoliczności na jego potwierdzenie (brak uzasadnienia dla ww. zarzutu w treści odwołania).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba częściowo uwzględniła odwołanie wniesione w sprawie KIO 3468/20 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum STEKOP jako najkorzystniejszej w części III zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

W sprawie o sygn. akt KIO 3466/20 orzeczono o kosztach ponadto na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

W sprawie o sygn. akt KIO 3466/20 orzeczono o kosztach ponadto na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

