

WYROK
z dnia 07 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **02 lutego 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 stycznia 2023 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalno-Budowlanych ZUKOMB Z. S. (Lider); 2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUKOMB MS M. S., ul. Brzezińska 50, 41-400 Mysłowice (Uczestnik); 3) GRUPA KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze (Uczestnik); z adresem dla siedziby lidera: ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Oddział KWK Mysłowice – Wesola, ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice****

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalno-Budowlanych ZUKOMB Z. S. (Lider); 2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUKOMB MS M. S., ul. Brzezińska 50, 41-400 Mysłowice (Uczestnik); 3) GRUPA KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze (Uczestnik); z adresem dla siedziby lidera: ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalno-Budowlanych ZUKOMB Z. S. (Lider); 2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUKOMB MS M. S., ul. Brzezińska 50, 41-400 Mysłowice (Uczestnik); 3) GRUPA KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze (Uczestnik); z adresem dla siedziby lidera: ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalno-Budowlanych ZUKOMB Z. S. (Lider); 2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUKOMB MS M. S., ul. Brzezińska 50, 41-400 Mysłowice (Uczestnik); 3) GRUPA KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze (Uczestnik); z adresem dla siedziby lidera: ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice** na rzecz **Polskiej Grupy Górniczej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Oddział KWK Mysłowice – Wesola, ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowic** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice-Wesoła”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.11.2022 r. pod nr 2022/S 223-640763 przez Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Oddział KWK Mysłowice – Wesoła, ul. Kopalniana 5, 41-408 Mysłowice zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p”.

W dniu 13.01.2023 r. (w profilu Nabywcy Zamawiającego pod numerem 602201260: <https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjna/dostawcy/profil-nabywcy/przetargi>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Piast Group Sp. z o.o. (Lider); 2) Piast Business Service Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 67, 59-220 Legnica (Uczestnik); 3) Piast Kadra, ul. Jaworzyńska 67, 59-220, Legnica (Uczestnik), z adresem dla siedziby lidera: ul. Jaworzyńska 67, 59-220, Legnica zwane dalej: „Konsorcjum Piast” albo „PIAST GROUP Sp. z o.o.”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. (Lider); 2) 4OP Sp. z o.o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica (Uczestnik); 3) CTG Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14/1, 59-220, Legnica (Uczestnik), z adresem dla siedziby lidera: ul. N.M Panny 5/e, 59-220 Legnica zwane dalej: „Konsorcjum DGP”. Trzecią pozycję w rankingu zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) Praxima Krakpol Sp. z o.o., (Lider); 2) Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, z adresem dla siedziby lidera: ul. Dworcowa 2, 32-540 Trzebinia zwane dalej: „Konsorcjum Praxima”. Czwartą pozycję w rankingu zajęła oferta Konsorcjum Firm: 1) Z. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalno-Budowlanych ZUKOMB Z. S. (Lider); 2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUKOMB MS M. S., ul. Brzezińska 50, 41-400 Mysłowice (Uczestnik); 3) GRUPA KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze (Uczestnik); z adresem dla siedziby lidera: ul. Brzezińska 50, 41-404 Mysłowice zwane dalej: „Konsorcjum ZUKOMB” albo „Odwołującym”.

Specyfikacja Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ” została opublikowana w dniu 18.11.2022 r. Zmodyfikowana SWZ została opublikowana w dniu 07.12.2022 r.

Dnia 23.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 13.01.2023 r. złożył Konsorcjum ZUKOMB. Wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 99 ust.1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez wadliwe sporządzenie SWZ oraz Formularza Ofertowego zwanego dalej: „FO”, w zakresie powierzchni całkowitej, na której miała być świadczona usługa sprzątania, co spowodowało w konsekwencji niemożność właściwego przedstawienia oferty, umieszczenie w SWZ oraz w Formularzu Ofertowym i informacjach kierowanych do Odwołującego się wewnątrznie sprzecznych i rozbieżnych danych jednostkowych uniemożliwiających złożenie oferty,
2. art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, podczas gdy oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny,
3. art. 16 Pzp, poprzez dokonanie czynności w postaci wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO oraz dokonanie poniżej wymienionych zaniechań, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 16 Pzp.

Ponadto zaniechania czynności do których Zamawiający był zobowiązany naruszenia:

1. art. 224 Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty w sytuacji, w której oferty złożone zawierały rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 255 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas gdy doszło do sytuacji w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

4. art. 255 pkt. 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący w dniu 23.12.2022 r. złożył wniosek o unieważnienie postępowania i wskazał na nieusuwalne wady postępowania przetargowego.

Powyższe czynności, które podjął Zamawiający oraz zaniechania, których się dopuścił miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wnosił o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. SWZ na stronie internetowej https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjna_dostawcy_profil-nabywcy/przetargi na okoliczność wadliwego jej sporządzenia,
2. FO dostępnego na stronie internetowej <https://7efo.coie.biz/inquiries/showi/6e5b7b30-491e-4dda-b76d-d83dclbl46f2> na okoliczność wadliwego jego sporządzenia,
3. pismo zamawiającego z 22.12.2022 r. na okoliczność ilości łaźni niezgodnej z załącznikiem nr 1 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zwanej dalej: „SOPZ”,
4. odpowiedzi na zapytanie dostępnej na stronie internetowej z 13.12.2022 r. <https://7www.pgg.pl/strefa-korporacyjna/dostawcy/profil-nabywcy7przetargi-zalacznik/e459373eldl341fdc281966c82c21e44> na okoliczność wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO
5. pisma wykonawcy z 17.01.2023 r. na okoliczność wezwania do przedstawienia kalkulacji cen wynikających z aukcji elektronicznej,
6. pisma zamawiającego z 18.01.2023 r. na okoliczność braku podjęcia czynności w związku z badaniem rażąco niskiej ceny,
7. kalkulacji oferty na sprzątanie łaźni KWK Mysłowice - Wesola na okoliczność rażąco niskiej ceny ofert: PIAST GROUP Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o, Praxima Krakpol Sp. z o.o.
8. zestawienia ofert z 14.12.2022 r. na okoliczność wyboru oferty z rażąco niską ceną, nie unieważnienia postępowania w związku z występującymi ku temu przesłankami.
9. informacji o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 20 grudnia 2022 r. na okoliczność wysokości ofert złożonych w aukcji elektronicznej,
10. pismo wykonawcy z 23.12.2022 r. na okoliczność ilości pracowników, pomieszczeń powierzchni łaźni i wezwania zamawiającego do unieważnienia przetargu

Wnosił o:

- stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego, w tym unieważnienia dokonania wyboru oferty złożonej przez PIAST GROUP Sp. z o.o, jako oferty najkorzystniejszej, oraz czynności badania i oceny oferty.
- nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych,

- nakazanie przeprowadzenie nowych czynności dotyczących zamówienia,
- w przypadku jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp wnosił o unieważnienie umowy albo jej unieważnienie w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych.

Wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Wykonawca ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego określonego jako "Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice - Wesola". W trakcie tego procesu wykonawca dopełnił wszystkich formalności wymaganych zgodnie z odpowiednimi postanowieniami, tak przepisów prawa jak i regulaminu udzielenia zamówienia publicznego. Wykonawca wykazał się należytą starannością podczas sporządzania oferty oraz rozważył wszelkie możliwe do uwzględnienia na czas złożenia oferty zmienne, mające wpływ na poprawne i pełne wykonanie przedmiotu zamówienia. Pierwszą istotną kwestią wymagającą poruszenia są różnice występujące pomiędzy Specyfikacją Warunków Zamówienia do sprawy nr 602201260 "Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice - Wesola". Z załącznika nr 1 - SOPZ do SWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest:

1. świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice - Wesola,
2. szacunkowa całkowita powierzchnia do sprzątnia w okresie realizacji Zamówienia wynosi 14311,6194 tyś m²,
3. Zamawiający zastrzega, że określony zakres jest szacunkowy i może ulec zmianie, w przypadku zmniejszenia zakresu wykonawcy nie przysługuje prawo do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu. Wskazał, że zamieszczone w załączniku nr 1 - SOPZ dane są sprzeczne z danymi zamieszczonymi w FO. Bowiem w tabeli 1 określającej rejonu sprzątnia oraz częstotliwość ich sprzątnia znajdujemy informację, że:
 1. dla rejonu sprzątnia budynek/pomieszczenie/łaźnia [...] - powierzchnia rzeczywista obiektu - jednokrotnego sprzątnia została określona na 30,303 tyś m², przy czym powierzchnia do sprzątnia w okresie realizacji umowy wynosi 14311,6194 tyś m²,
 2. dla rejonu sprzątnia łaźnia, ciągi komunikacyjne, ciągi komunikacyjne (Łaźnie Dyrektorska), Łaźnia Dozoru Wyższego - powierzchnia rzeczywista obiekt - jednokrotnego sprzątnia po uwzględnieniu współczynnika została określona na 52430,8 tyś m², podczas gdy całkowita powierzchnia sprzątnia w okresie obowiązywania umowy wyniesie 19137242 tyś m².

Z powyższego wynika, że łączna powierzchnia wynosi 33 448 861,4 m² (14 311 619,4 m² dla łaźni oraz 19 137 242 m² dla ciągów komunikacyjnych, podczas gdy w Formularzu Ofertowym wykonawca miał wskazać stawkę jednostkową za każde 1000 m² dla:

1. sprzątnięcia ciągów komunikacyjnych związanych z łaźniami - 4913,930 tys m²,

2. oraz sprzątnięcia łaźni - 9397,754 tys m²,

co łącznie daje powierzchnię 14311,684 tys m².

Zauważył, że jednocześnie z załącznika nr 1 - Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wynika, że szacunkowa całkowita powierzchnia do sprzątnięcia w okresie realizacji zamówienia wynosi 14311,6194 tys m², podczas gdy w rzeczywistości wykonawca zapewnić ma usługę sprzątnięcia na powierzchni znacznie większej. Mamy zatem do czynienia z trzema różniącymi się wartościami, które powinny być ze sobą tożsame i zarazem określać obszar, na którym zapewniona ma być usługa sprzątnięcia. Bowiernie jedynie jedna wartość powinna określać obszar, na którym zapewniona ma być usługa, tak by wykonawca mógł precyzyjnie, dopasowując się do określonej z góry powierzchni, określić cenę jednostkową netto, albowiem jak zastrzegł Zamawiający w załączniku nr 5 - Istotne Postanowienia Umowy w § 3. Cena i sposób rozliczeń ust. 5 cena jednostkowa netto, w oparciu o którą będą rozliczane wykonane usługi wynosi: [...] zł/ 1000 m² sprzątniętej powierzchni.

Takie działania zamawiającego, wprowadzające w błąd, co do realnej powierzchni sprzątnięcia oraz ilości łaźni, spowodowały u wykonawcy istotne wątpliwości, co poskutkowało wniesieniem przez wykonawcę pisma z 13.12.2022 r. (70/NZZ/JO/84631/2022), którym zadano zamawiającemu dwa pytania.

Pytanie nr 1:

Wobec trwającego remontu łaźni zwracamy się o podanie realnej powierzchni do sprzątnięcia oraz prosimy o informację jak długo będzie trwał remont?

Odpowiedź:

Do postępowania przetargowego została uwzględniona cała powierzchnia łaźni i ciągów komunikacyjnych. Było to podyktowane brakiem informacji na temat remontu dwóch kondygnacji łaźni numer IV. Łączna, niesprzątnięta powierzchnia łaźni w ramach nowego postępowania przetargowego będzie pomniejszona do czasu zakończenia remontu o 177,284 tys m² w skali miesiąca (przy założeniu 22 dni roboczych i 8 dni świątecznych) co na przestrzeni roku daje około 2127,408 tys m². W chwili obecnej Zamawiający nie potrafi określić precyzyjnie terminu zakończenia przedmiotowego remontu łaźni i tym samym zwiększenia powierzchni łaźni do wielkości bazowych określonych w SWZ.

Pytanie nr 2:

Zgodnie z art. 439 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w przypadku gdy umowa jest zawierana na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinna zawierać postanowienie dotyczące

możliwości podwyższenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmian cen materiału, zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia, kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Wobec powyższego wnosimy o zmiany tekstu umowy poprzez wprowadzenie zapisu pozwalającego waloryzować wynagrodzenie wykonawcy po upływie 6 miesięcy trwania umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ, które zostały wprowadzone poprzez modyfikację i opublikowane na stronie Zamawiającego w dniu 08.12.2022 r. Pozostałe zapisy SIWZ nie ulegają zmianie.

Wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 - SOPZ, z tabeli 2) orientacyjne zestawienie ilościowe wynika, że ilość pomieszczeń ogółem wynosi 12, podczas gdy z pisma zamawiającego do wykonawcy wynika, że na terenie kopalni przewidziano do sprzątnięcia 13 łaźni:

1. łaźnia dyrektorska,
2. dwie łaźnie dozoru wyższego (szafkowe),
3. dwie łaźnie dozoru średniego (szafkowe),
4. łaźnia kobieca (szafkowa),
5. łaźnia nr IV:
 - dwie kondygnacje dozór (szafkowe),
 - dwie kondygnacje - łaźnie łańcuszkowe,
6. łaźnia nr V:
 - jedna kondygnacja dozór (szafkowe),
 - dwie kondygnacje - łaźnie łańcuszkowe.

Z przedmiotowego pisma wynika również, iż w chwili obecnej z uwagi na trwający remont dwie kondygnacje łaźni nr IV tj. dozór i łaźnia łańcuszkowa są wyłączone z użytkowania. Zatem trudno nawet ustalić jest liczbę łaźni, które miałyby podlegać kompleksowej usłudze utrzymania łaźni, ponieważ przedstawiane przez zamawiającego dane są niespójne i wewnętrznie sprzeczne. Początkowo biorąc pod uwagę załącznik nr 1 - SOPZ Liczba pomieszczeń została określona na 12, następnie okazało się, że liczba łaźni znajdujących się w kopalni wynosi 13, finalnie na jaw wyszedł fakt, remontu dwóch kondygnacji łaźni nr IV tj. dozoru i łaźni łańcuszkowej wyłączonych z użytkowania. Tak sformułowana odpowiedź zamawiającego nadal nie pozwala na precyzyjne określenie ilości łaźni, nie wiadomo bowiem czy chodzi o dwie kondygnacje łaźni nr IV tj. dozór i łaźnia łańcuszkowa rozumianej jako jedna kondygnacja dozoru (szafkowe) i jedna kondygnacja łaźni łańcuszkowej czy dwie kondygnacje łaźni nr IV rozumianej jako dwie kondygnacje dozoru (szafkowe) oraz dwie kondygnacje łaźni łańcuszkowej (wskazać należy, że wg. opisu zamawiającego łaźnia nr IV składa się z dwóch kondygnacji dozoru (szafowe) oraz dwóch kondygnacji łaźni

łańcuszkowych). W zależności od interpretacji informacji przekazanej przez zamawiającego będziemy mieli do czynienia, bądź z 11 łaźniami, bądź z 9 łaźniami.

W związku z powyższym takie niedopasowanie FO do rzeczywistej powierzchni, dla której ma być świadczona usługa, doprowadzi w konsekwencji do złożenia oferty, która w rzeczywistości nie będzie mogła być realizowana na późniejszym etapie po zawarciu umowy z wykonawcą, który zaproponował określoną kwotę stanowiącą cenę jednostkową netto wynoszącą [...] zł/1000 m². Nadmienić również trzeba w tym miejscu, że FO został w pełni skonstruowany przez zamawiającego i to Zamawiający powinien być odpowiedzialny za jego zgodność ze SWZ, a także z rzeczywistą powierzchnią, na której wykonywana ma być przez wykonawcę usługa. Wykonawca miał jedynie możliwość określenia ceny jednostkowej netto [...] zł/1000 m², dla wprowadzonej do FO powierzchni. Powierzchnia wskazana w FO, na której ma być świadczona kompleksowa usługa utrzymania łaźni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice - Wesola jest rażąco zaniżona w stosunku do rzeczywistej powierzchni, dla której wykonawca w ramach umowy musiałby taką usługę zapewniać.

W konsekwencji błędy popełnione przez zamawiającego, doprowadziły do ziszczenia się przesłanki określonej w art. 255 pkt. 6, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe pozwala stwierdzić, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winne być przez zamawiającego unieważnione. Zgodnie z wyrokiem z 27.01.2021 r., sygn. akt: KIO 3531/20 nie można bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych - treść dokumentacji zamówienia powinna być zgodna ze złożoną ofertą i obie powinny odpowiadać zawartej umowie. Jeśli nie ma tu ciągłości, to w ocenie Izby nie można zawrzeć skutecznej umowy o zamówienie publiczne. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty.

Powyższe potwierdza wyrok z 3.02.2021 r., sygn. akt: KIO 3529/20 zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze, musi nastąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu

ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić w okolicznościach przewidzianych przez ustawę. Kwestia ta uregulowana została w art. 146 ustawy Pzp. Na szczególną uwagę zasługuje przesłanka unieważnienia z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przewidująca możliwość unieważnienia umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że jeśli Zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, które mogą mieć wpływ na jego wynik to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. (...) Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Ponadto mimo zmniejszenia powierzchni łązni i ciągów komunikacyjnych, w związku z prowadzonym na ich terenie remontem wskazane powierzchnie nie korespondują z powierzchnią wskazaną w Formularzu Ofertowym. Podkreślenia również wymaga, że sumując wszystkie kwestie związane z powierzchnią, na której ma odbywać się świadczenie kompleksowych usług utrzymania łązni na rzecz Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Mysłowice - Wesola, mamy do czynienia z aż czterema różnymi wartościami, które różnią się między sobą w sposób istotny. Jak wskazywane było we wcześniejszej części odwołania, te wartości powinny być tożsame, bo tylko takie ich określenie pozwala wykonawcy na złożenie oferty, którą będzie mógł realizować w sposób dokładny, z należytą starannością, na podstawie sporządzonego kosztorysu wykonywania usługi oraz w sposób nie przynoszący mu strat, niewątpliwe w sytuacji gdyby okazało się, że rzeczywista powierzchnia, na której ma być świadczona kompleksowa usługa utrzymania łązni w rzeczywistości okazałaby się większa, niż ta powierzchnia, co do której złożona została oferta, wykonawca byłby stratny, bowiem większa powierzchnia wymaga zwiększonego nakładu pracy oraz zwiększonej ilości używanych sprzętów czy środków chemicznych i pielęgnacyjnych.

Zgodnie z wyrokiem z 08.01.2021 r., sygn. akt: KIO 3352/20 na wstępie należy wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi obowiązek Zamawiającego, ale jednocześnie jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb, (podobnie m.in. wyrok KIO z 08.02.2021 r., sygn. akt KIO 71/21).

Zgodnie natomiast z wyrokiem z 18.02.2021 r., sygn. akt: KIO 3045/20, KIO 3143/20 Izba wskazuje, że art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia. Powyższe wyczerpuje kwestie związane z zarzutem naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez wadliwe sporządzenie SWZ oraz FO, w zakresie powierzchni całkowitej, na której miała być świadczona usługa sprzątania, co spowodowało w konsekwencji niemożność właściwego przedstawienia oferty, umieszczenie w SWZ oraz w FO i informacjach kierowanych do Odwołującego się wewnątrznie sprzecznych i rozbieżnych danych jednostkowych uniemożliwiających złożenie oferty, co spowodowało w konsekwencji niemożność właściwego przedstawienia oferty, oraz zarzutu naruszenia art. 255 pkt. 6 Pzp, poprzez nie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas gdy doszło do sytuacji w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kolejnymi zarzutami stawianymi zamawiającemu jest naruszenie art. 224 Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz niejako w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty w sytuacji w której oferty złożone zawierały rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Swoim zachowaniem Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od

wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Należy w tym miejscu podkreślić fakt, że żądanie podjęcia takich kroków w stosunku do oferty złożonej przez PIAST GROUP Sp. z o.o. złożył pismem z 17.01.2023 r. wykonawca. W przedmiotowym piśmie mój Mandant zwraca się o przedstawienie kalkulacji cen wynikających z aukcji elektronicznej, argumentując swoją prośbę rażąco niskimi w stosunku do panujących na rynku wielkości stawek jednostkowych na innych kopalniach, np. Chwałkowiec, Piast, Ziemowit, Bielszowice i Halemba.

Niestety pismem z 18.01.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawcę, iż po zakończeniu aukcji elektronicznej i przeprowadzeniu analizy cen uzyskanych zarówno w ww. postępowaniu oraz obowiązujących w umowach zawartych w pozostałych Oddziałach PGG S.A., w związku z brakiem przesłanek, nie podjęto czynności związanych z badaniem rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Konsorcjum firm z liderem Piast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy. W związku z powyższym Zamawiający nie dysponuje kalkulacją cen, o która wnioskował wykonawca.

Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Po stronie zamawiającego występował zatem obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Należałoby się zastanowić, którą wysokość ofert należy wziąć pod uwagę podczas obliczania wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w terminie. Możliwe są bowiem w równym stopniu dwa rozwiązania. Pierwsze z nich zakłada uwzględnienie cen złożonych ofert na dzień otwarcia ofert podanych w piśmie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 r., wówczas uzyskalibyśmy następujące wnioski: należałoby stwierdzić, że skoro średnia arytmetyczna wszystkich złożonych w terminie ofert wynosi $4\ 353\ 057,29$ ($6\ 346\ 769,52 + 3\ 342\ 005,05 + 5\ 281\ 011,40 + 3\ 913\ 229,44 + 2\ 882\ 271,05 : 5 = 4\ 353\ 057,29$), to oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. w kwocie $2\ 882\ 271,05$ różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -33,79% (skoro tak wyliczona średnia ofert na poziomie $4\ 353\ 057,29$ wynosiła 100,00%, wówczas oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. w kwocie $2\ 882\ 271,05$ zł była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o 33,79%). Oferta DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. z ceną $3\ 913\ 229,44$ zł różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -10.1 %. Oferta Praxima Krakpol Sp. z o.o. z ceną $3\ 342\ 005,05$ zł była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -23.23%.

Gdyby jednak uznać, że badaniu podlegają oferty dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wówczas wartości te będą następujące: skoro średnia arytmetyczna wynosić będzie $(2\ 882\ 271,05 + 2\ 954\ 000,00 + 3\ 002\ 005,05 + 5\ 281\ 011,40 + 6\ 346\ 769,52) : 5 = 4\ 093\ 211,40$ to oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. w kwocie 2 882 271,05 zł różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -29.58% (skoro tak wyliczona średnia ofert na poziomie 4 353 057,29 wynosiła 100,00%, wówczas oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. w kwocie 2 882 271,05 była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o 29,58%). Oferta DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. z ceną 2 954 000,00 zł różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -27.83%. Oferta Praxima Krakpol Sp. z o.o. z ceną 3 002 005,05 zł była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w terminie ofert o -26.66%.

Zgodnie z treścią wyroku z 24.02.2021 r., sygn. akt: KIO 362/21 Izba wzięła pod uwagę, że cena oferty przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu o -25,47%. Różnicę tę Izba uznała za znaczącą dzieląc w tym względzie argumentację odwołującego. (...) W tej sytuacji pomimo braku osiągnięcia progu 30% różnicy w stosunku do średniej złożonych ofert, o którym mowa w art. 90 ust. 1a Pzp, cena oferty przystępującego powinna być przedmiotem wyjaśnień, których uzyskania Zamawiający zaniechał, (podobnie wyrok z 04.03.2021 r., sygn. akt: KIO 426/21).

Z powyższego wyroku wynika zatem, że Izba niejednokrotnie wskazywała, że obowiązek badania różnic między ofertami powinien obciążać zamawiającego, nawet w sytuacji niewypełnienia dyspozycji przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, ale również w sytuacji w której różnice cen ofert są na tyle widoczne, że najniższa z ofert powinna zostać sprawdzona przez zamawiającego w aspekcie możliwości jej realizacji oraz możliwości jej rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji miałyby doprowadzić do jej odrzucenia.

Wyrok z 11.03.2021 r., sygn. akt: KIO 557/21 w zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów (wyrok KIO z 17.11.2020 r., sygn. akt: KIO 3192/20 oraz przywołane tam orzecznictwo), że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe,

uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powyższe potwierdza wyrok z 17.11.2020 r., sygn. akt: KIO 2717/20 (...) to obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne badanie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny, której sposób kalkulacji zapewni prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający musi mieć pewność, że cena, za którą będzie realizowane przedmiotowe zamówienia jest ceną realną a jej kalkulacja sporządzona jest rzetelnie. (...), oraz wyrok z 01.04.2021 r., sygn. akt: KIO 485/21, KIO 556/21 Izba zgadza się z Odwołującym 1, który podnosił, że Zamawiający zaniechał w istocie badania złożonych ofert przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, do czego był zobowiązany na podstawie zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. To bowiem na etapie po złożeniu ofert następuje ich badanie pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia, gdyż na następnym etapie, tj. w toku aukcji elektronicznej, przepis art. 89 ustawy Pzp nie będzie miał już zastosowania (został wyłączony zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym do udziału w aukcji elektronicznej winni zostać zaproszeni tylko Ci wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, nie zaś wszyscy którzy te oferty złożyli i oferują przedmiot nie spełniający wymagań Zamawiającego.

Konsekwencje rażąco niskiej ceny bądź niewywiązania się wykonawcy z obowiązku udzielenia wyjaśnień niepełnych lub nie w terminie określa ust. 6 powoływanego artykułu, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Na kanwie tego ustępu widać jak dalekosiężne skutki ma art. 224 Pzp.

Skoro jednakże Zamawiający nie wywiązał się z nałożonego na niego obowiązku badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny i zarazem nie posiada kalkulacji cen, o którą wnosił mój Mandant pismem z 17.01.2023 r. wydaje się celowe przytoczenie w tym miejscu

kalkulacji oferty na sprzątanie łaźni KWK Mysłowice - Wesoła, sporządzonej przez mojego Mandanta na okoliczność wykazania, że wszystkie z trzech ofert złożonych przez PIAST GROUP Sp. z o.o., DPG CLEAN PARTNER Sp. z o.o. oraz Praxima Krakpol Sp. z o.o., a w szczególności najniższa z nich, tj. oferta złożona przez PIAST GROUP Sp. z o.o., są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub co najmniej powinny budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

By w pełni zobrazować zarzut rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia lub co najmniej budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, należy ponownie odwołać się do SWZ. Jej część V. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców, precyzuje warunki jakie powinien spełniać wykonawca. Odnajdujemy tam zapis, że wykonawca powinien dysponować następującymi urządzeniami w celu wykonania zamówienia:

- co najmniej 3 maszynami z własnym źródłem zasilania oraz z naciskiem szczotki nie mniejszym niż 32/52 kg, oraz
- co najmniej 3 myjkami ciśnieniowymi.

Wykonawca w piśmie kierowanym do zamawiającego z 23.12.2022 r. wskazywał zamawiającemu, iż wymagania dotyczące sprzętu jakie ma zostać zapewniony przez wykonawcę jest nieproporcjonalny do zakresu usług jakie mają być świadczone (tj. głównie utrzymanie łaźni w czystości). Wykonawca wskazywał, iż zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwem m.in. Trybunału Sprawiedliwości proporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to tyle, co warunek nienadmierny, proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to nakładający takie wymagania, które służą spełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego, proporcjonalne kryteria oceny ofert to takie, które służą jedynie osiągnięciu wyboru oferty najkorzystniejszej (por. w Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021).

Wykonawca wskazywał ponadto, iż na żadnym innym Oddziale Zamawiającego (patrz zamówienia publiczne na świadczenie usług sprzątania łaźni nr 622201827, dot. Oddziału/ Ruchu Ruch Murcki - Staszic, Ruch Wujek , nr 5022015883 dot. Oddziału/ Ruchu Ruch Jankowice, Ruch Rydułtowy, Ruch Marcel, Ruch Chwałowice) nie było wymagane dysponowanie aż 3 maszynami z własnym źródłem zasilania oraz z naciskiem szczotki nie mniejszym niż 32/52 kg. Ponieważ Wykonawca realizuje usługi sprzątania łaźni na Oddziale KWK Mysłowice - Wesoła, jak również realizuje lub realizował usługi na innych Oddziałach - wskazuje, iż powierzchnia występują w łaźniach na terenie KWK Mysłowice - Wesoła nie wymaga (celem utrzymania jej w czystości) stosowania takiego sprzętu. To oznacza, iż ten warunek jest nadmierny i nieadekwatny do usług jakie mają być świadczone i służy

wyłącznie bezpodstawnemu ograniczeniu zasady równego traktowania wykonawcy i ograniczeniu konkurencji.

Wyrok KIO z 04.03.2021 r., sygn. akt: KIO 356/21 Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopię należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękopię jego prawidłowej realizacji.

Zwrócił również uwagę na obowiązki wykonawcy, które musi on, zgodnie z załącznikiem nr 1 - SOPZ, wykonać na własny koszt, tj. zgodnie z VII Obowiązki Wykonawcy:

1. pkt. 2) Zabezpieczenie przez Wykonawcę we własnym zakresie i na własny koszt:
 - a) odpowiedniej liczby pracowników skierowanych do realizacji Zamówienia, która będzie gwarantować prawidłowe i należyte wykonanie prac objętych Zamówieniem,
 - b) niezbędnych maszyn i urządzeń wraz z ich konserwacją,
 - c) niezbędnych materiałów (środki czystości, higieny i pielęgnacji, itp.);wymagania dotyczące środków higieny: ręczniki papierowe, papier toaletowy (szary).
2. pkt. 9) Dysponowanie na potrzeby realizacji świadczenia osobami posiadającymi aktualne szkolenia bhp i badania lekarskie z pozytywnym orzeczeniem do wykonywania danej pracy, w tym posiadające aktualne badania uprawniające do prac na wysokości (mycie okien pow. 2,5 m).
3. pkt. 10) Wykonawca na własny koszt zobowiązany jest do przeprowadzania badań pracowników nowoprzyjętych oraz badań okresowych i specjalistycznych.
4. pkt. 11) Wykonawca prowadzić będzie szkolenia okresowe swoich pracowników w zakresie bezpieczeństwa powszechnego, pożarowego, bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony środowiska, zapobiegania szkodom i ich naprawiania, porządku i dyscypliny pracy, prowadzenia ruchu, znajomości rejonu prac oraz występujących zagrożeń, zasad łączności i alarmowania, zgłaszania wypadków. Wykonawca nie będzie zatrudniał pracowników, którzy nie wykazują się dostateczną znajomością przepisów w zakresie tej tematyki.
5. pkt. 15) Wykonawca zobowiązuje się do wyposażenia pracowników wykonujących prace na terenie Zamawiającego w jednolitą odzież, obuwiu oraz sprzęt ochrony indywidualnej zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności z Rozporządzeniem Ministra

Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej w zakresie dotyczącym wyrobu.

6. pkt. 18) Wykonawca zobowiązany jest ubezpieczyć swoich pracowników od następstw nieszczęśliwych wypadków (śmierć, trwałe uszczerbek na zdrowiu) oraz ponosi pełną odpowiedzialność za następstwa wypadków własnych pracowników powstałych przy wykonywaniu przedmiotu umowy oraz w drodze do i z pracy, a ponadto za szkody wyrządzone osobom trzecim przez własnych pracowników.

7. pkt. 19) Wykonawca w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia.

Ponadto, zgodnie z XII Świadczenia zamawiającego na rzecz wykonawcy w związku z realizacją zamówienia:

8. Odzież robocza, odzież ochronna, środki ochrony indywidualnej (poza półmaskami filtrującymi kl. P2 jednorazowego użytku i/lub półmaskami filtrującymi kl. P3 jednorazowego użytku oraz zatyczkami do uszu, które zostaną w kalkulowane w cenę świadczenia wzajemnych usług na rzecz pracowników Wykonawcy) oraz narzędzia pracy zapewnia Wykonawca. Winne być one zgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie.

Z powyższego wynika zatem, że wykonawca ponosić musi koszty zatrudnienia odpowiedniej liczby pracowników (w tym koszty badań pracowników nowoprzyjętych oraz badań okresowych i specjalistycznych, koszty szkoleń tych pracowników w zakresie wskazanym w pkt 11 VII. Obowiązki wykonawcy, koszty wyposażenia pracowników w jednolitą odzież, obuwie oraz sprzęt ochrony indywidualnej, koszty ubezpieczenia pracowników od następstw nieszczęśliwych wypadków, koszty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, koszty odzieży roboczej, odzieży ochronnej oraz środków ochrony indywidualnej), koszty niezbędnych maszyn i urządzeń wraz z ich konserwacją oraz ewentualnymi naprawami oraz koszty niezbędnych materiałów (takich jak środki czystości, higieny i pielęgnacji).

Ponadto wykonawca musi zapewnić bieżącą obsługę łaźni w osobie łaźniennego, który na swojej zmianie przebywać będzie bez przerw i zakłóceń na łaźni jemu podległej. Łazienny jest zobowiązany do stałego nadzoru stanu łaźni tj. bieżącej kontroli stanu czystości łaźni (usuwanie śmieci, itp.), bieżącego funkcjonowania instalacji i urządzeń łaźniennych (dokręcanie zaworów wody, itp.). prowadzenie kartotek, ewidencja haków oraz szafek. Niezbędne jest również wyznaczenie koordynatora, który będzie zobowiązany do utrzymywania stałego kontaktu (np. telefonicznego) z koordynatorem ze strony zamawiającego.

Kolejną kwestią wymagającą poruszenia w aspekcie wydatków ponoszonych przez wykonawcę jest część XI. Forma zatrudnienia osób realizujących zamówienie załącznika nr 1

- SOPZ. Zgodnie z jego treścią wykonawca jest odpowiedzialny za zatrudnienie do realizacji Zamówienia pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Należy zatem przyjąć, choć wprost nie wynika to z brzmienia tej części załącznika, że preferowaną formą zatrudnienia pracowników będzie umowa o pracę. Należy bowiem odnieść się w tej kwestii do dwóch źródeł. Po pierwsze art. 22. § 1. ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, który wskazuje że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem, natomiast zgodnie z treścią § 1¹. Zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Przytoczyć trzeba, także § 1² powoływanego artykułu zgodnie z którym nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1.

Z powyższego wynika bezsprzecznie, że ustawodawca konstruując przywoływany przepis artykułu przyznaje prymat umowie o pracę, jako formie zatrudnienia, nie jest bowiem dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę, umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków określonych w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.

Odnosząc się do warunków stawianych przez art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, stwierdzić należy, że w tej sytuacji znajdują one wyraz. Przede wszystkim ponownie należy sięgnąć do załącznika nr 1 - SOPZ, zgodnie z pkt. VI Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 3) określono szczegółowy zakres zamówienia, tj.:

3.1 Usługi wykonywane codziennie od poniedziałku do piątku (5 razy w tygodniu) na każdej zmianie oraz w sobotę, niedzielę i święta 2 razy dziennie:

- a) zmiatanie i zmywanie posadzek na każdej zmianie,
- b) mycie kafelek i lamperii w kabinach kąpielowych i toaletach,
- c) mycie umywalek i armatury,
- d) mycie urządzeń i wyposażenia WC (muszle klozetowe, pisuary, umywalki, brodziki, wanny, itd.),
- e) na bieżąco uzupełnianie papieru toaletowego, ręczników papierowych i mydła w płynie,
- f) opróżnianie koszy na śmieci, (mycie ich wg. potrzeb) i wyłożenie workiem foliowym,
- g) wynoszenie śmieci do kontenera centralnego będącego w posiadaniu Zamawiającego,
- h) mycie i wycieranie powierzchni biurek, pótek i innego wyposażenia pozostałych pomieszczeń objętych Zamówieniem,
- i) mycie parapetów i dolnej framugi okien,
- j) zamykanie drzwi, okien, gaszenie światła, oddawanie kluczy na portiernię po zakończonej pracy,

3.2 Usługi wykonywane raz w tygodniu:

- a) mycie górnej powierzchni kaloryferów i widocznych rur,
- b) przemywanie aparatów telefonicznych środkiem dezynfekującym,

3.3 Usługi wykonywane co drugi tydzień:

- a) mycie lamperii i ścian kafelkowych w ciągach komunikacyjnych,

3.4 Usługi wykonywane raz w miesiącu:

- a) mycie kloszy i lamp - po uzgodnieniu z koordynatorem umowy, dozorem właściwego przedstawiciela Oddziału i przy udziale elektryka ze strony Zamawiającego,
- b) czyszczenie kaloryferów pomiędzy żeberkami,
- c) odkurzanie ścian,
- d) mycie drzwi i włączników elektrycznych,
- e) czyszczenie mebli (szafek pracowniczych) z zewnętrznej strony,

3.5 Prace dodatkowe wykonywane okresowo:

- a) mycie okien 2 razy w roku,
- b) drobne roboty naprawcze w tym:
 - nabycie i wymiana materiałów eksploatacyjnych, w szczególności uszczelek, zaworków, mydelniczek, zamków, wkładów spłuczek, desek sedesowych (nabycie sanitariatów tj. muszli klozetowych, pisuarów, wanien, zlewów i umywalek oraz armatury nie wchodzi w zakres Wykonawcy) - na bieżąco,
 - przetykanie krutek i sitek natryskowych, udrażnianie sanitariatów, umywalek i lokalnej kanalizacji w obrębie łaźni- na bieżąco,
 - dorabianie i spinanie łączników, malowanie wieszaków, cięcie kłódek, naprawa szafek, itp. - na bieżąco,
 - szklenie wybitych okien - na bieżąco, (całkowita powierzchnia okien [...], przeciętna ilość okien podlegających szkleniu w miesiącu [... szt]),
- c) w łaźniach dozoru wyższego i średniego:
 - załatwianie spraw związanych z przygotowaniem ubrań roboczych i innego asortymentu do prania - na bieżąco,
 - odbieranie i sortowanie wypranej odzieży roboczej - na bieżąco,
 - zabezpieczenie odpowiedniej ilości odzieży roboczej dla osób dozoru i gości korzystających z łaźni (sorty odzieży zapewnia Zamawiający) - na bieżąco,
- d) załadunek butów gumowych oraz ubrań roboczych do pojemników przeznaczonych do utylizacji.

Z powyższego wynika zatem, że świadczenie kompleksowej obsługi łaźni wykonywane powinno być w stosunku pracy, albowiem pracownik zobowiąże się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca zobowiąże się do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Zgodnie z wyrokiem z 07.12.2020 r., sygn. akt

KIO 3033/20 Izba wskazuje, że art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (obecny art. 95. ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych) jest emanacją polityki socjalnej państwa i ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych w obszarze stosunków zatrudnienia, w szczególności zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi, tam gdzie charakter stosunku łączącego strony odpowiada cechom stosunku pracy określonym w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy. (...) Na gruncie niniejszej sprawy Izba, stwierdziła, że fakt, iż dane prace mają charakter sezonowy nie przesądza, iż ich wykonywanie nie powinno odbywać się w ramach stosunku pracy, jeśli spełniają one przesłanki z art. 22 §1 Kodeksu pracy, jak słusznie podkreślił Zamawiający nie określił on w jakim wymiarze ani na jaki okres wymagana umowa o pracę ma zostać zawarta. Wykonawca prowadzi profesjonalną działalność w zakresie utrzymania zieleni (co podkreślał w toku postępowania), w związku z tym brak jest podstaw aby przyjąć, iż wykonywane prace mają charakter incydentalny. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy zakwalifikował czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia m.in. grabienie liści, koszenie trawników, zarośli jako czynności polegające na wykonywaniu pracy. Izba podziela przywołane powyżej stanowisko Zamawiającego, iż charakter tych czynności oraz sposób świadczenia usługi prowadzi do wniosku, iż wypełniają one przesłanki z art. 22 § 1 kodeksu pracy tj. są to prace określonego rodzaju wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę i wykonywane za wynagrodzeniem.

Powyższe przesądza, że pracownicy powinni być zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, co dodatkowo zwiększa koszty ponoszone przez wykonawcę. Dodatkowo należy zauważyć, że koszty pracownicze umieszczone w kalkulacji oferty na sprzątanie łąźni KWK Mysłowice - Wesola, nie zawierają planowanej podwyżki minimalnego wynagrodzenia, która ma się odbyć w lipcu 2023 r. i zgodnie z którą płaca minimalna ma wynieść 3600 zł brutto.

Znamienna jest również liczba pracowników, którzy muszą być zatrudnienie do prawidłowego realizowania kompleksowej usługi obsługi łąźni. Z obliczeń mojego Mandanta wynika, przedstawionych w piśmie z dnia 23 grudnia 2023 r. wynika, że zgodnie z ww. warunkiem (tj. warunkiem dotyczącym łąźniennego - zgodnie z pkt. VI Opis przedmiotu zamówienia in fine) na każdej z łąźni ma być przez całą dobę 3 pracowników Wykonawcy - łąźnienny. To oznacza, iż celem realizacji tylko obsługi łąźni od poniedziałku do piątku wymagane jest zatrudnienie minimum 39 osób (13 łąźni x 3 zmiany x 1 osoba / na łąźnię). Należy wskazać, iż ww. zestawienie nie obejmuje pracy w sobotę i niedzielę oraz ciągów komunikacyjnych, których powierzchnie według SWZ są większe od łąźni.

Z przeprowadzenia prostych obliczeń matematycznych, sumując wszystkie koszty, które musi ponieść wykonawca wynika, że do prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia potrzebna będzie kwota co najmniej 4 033164,10 zł brutto (tj. 3 278 995,20 zł netto).

Na kanwie powyższych ustaleń należy stwierdzić, że oferta złożona przez PIAST GROUP Sp. z o.o., oraz DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o., oraz Praxima Krakpol Sp. z o.o. są rażąco niskie. Minimalna oferta jaka powinna być złożona w tym postępowaniu powinna opiewać na kwotę 3 278 995,20 zł netto (4 033 164,10 zł brutto), podczas gdy najniższa oferta opiewa na kwotę 2 882 271,05 zł brutto, co nie wystarcza na zapewnienie chociażby kosztów pracowniczych.

Zgodnie z wyrokiem z 12.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2283/20 Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok SO w W-wie z 09.04.2009 r., sygn. akt: TV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Powyższe wyczerpuje zarzut w postaci naruszenia art. 224 Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty w sytuacji w której oferty złożone zawierały rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w dokumentach zamówienia, podczas gdy oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Ostatnim zarzutem, który należy sformułować przeciwko zamawiającemu jest naruszenie ogólnej zasady udzielania zamówień, jaką jest zasada wynikająca z art. 16 Pzp zgodnie z którą, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1. zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2. przejrzysty; 3. proporcjonalny.

Zauważył, że przytoczone wcześniej zarzuty dotyczące tak błędów znajdujących się w samej SWZ oraz w Formularzu Ofertowym, jak i kwestii rażąco niskiej ceny ofert, doprowadziły do naruszenia zarówno zasady postępowania zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzystość prowadzonego postępowania oraz proporcjonalność prowadzonego postępowania. W kwestii wymagań stawianych przez dokumenty biorące udział w udzieleniu zamówienia należy wskazać wyrok z 10.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3040/20 (...) Wymagania określone w SIWZ, w tym dotyczące rodzaju żądanych przez zamawiającego dokumentów, mogą wpływać na decyzje wykonawców, czy wziąć udział w danym postępowaniu i ubiegać się o dane zamówienie. Wykonawcy bowiem na podstawie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oceniają m.in. swoje szanse na wykazanie spełnienia wymagań i co za tym idzie - szanse na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ określonych wymagań może zatem zniechęcić część wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Kolejnym argumentem, którym przemawia za naruszeniem zasady proporcjonalności jest wskazany przez Zamawiającego obowiązek w pkt. VI podpunkt d) załącznika nr 1 SOPZ, zgodnie z którym: wykonawca zapewni bieżącą obsługę łaźni w osobie łaźniennego, który na swojej zmianie przebywać będzie bez przerw i zakłóceń na łaźni jemu podległej. Łazienny jest zobowiązany do stałego nadzoru stanu łaźni tj. bieżącej kontroli stanu czystości łaźni (usuwanie śmieci, itp.), bieżącego funkcjonowania instalacji i urządzeń łaźniennych (dokręcanie zaworów wody, itp.). Natomiast w pkt. VIII obowiązki wykonawcy Pkt. 1) załącznika nr 1 - SOPZ zostało wskazane, iż wykonawca zobowiązany jest do zabezpieczenia przez Wykonawcę we własnym zakresie i na własny koszt: odpowiedniej liczby pracowników skierowanych do realizacji Zamówienia, która będzie gwarantować prawidłowe i należyte wykonanie prac objętych Zamówieniem (...). Na KWK Mysłowice - Wesola jest 13 łaźni. Zgodnie z ww. warunkiem na każdej z łaźni ma być przez całą dobę 3 pracowników Wykonawcy - łaźnienny. To oznacza, iż celem realizacji tylko obsługi łaźni od poniedziałku do piątku wymagane jest zatrudnienie minimum 39 osób (13 łaźni x 3 zmiany x 1 osoba / na łaźnię). Należy wskazać, iż ww. zestawienie nie obejmuje pracy w sobotę i niedzielę oraz ciągów komunikacyjnych, których powierzchnie według SWZ są większe od

łaźni. Na innych Oddziałach PGG SA nie jest praktykowane to, iż na każdą łaźnię ma przypadać jeden łaźnienny - ale jeśli Zamawiający uważa, iż taki warunek jest konieczny to winno mieć to odzwierciedlenie w zapisach FO. Brak uwzględnienia konieczności zatrudnienia takiej ilości osób w FO i rażąco zaniżenie ilości m2 jakie mają być przedmiotem usługi w FO wskazują również na sprzeczność wewnętrzną zapisów SWZ, co w chwili obecnej stanowi wadę nieusuwalną i bezpośrednio wpływa na wynik postępowania, co zostało omówione powyżej.

Powyższe wyczerpuje zarzut naruszenia art. 16 Pzp, poprzez dokonanie czynności w postaci wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO oraz dokonanie poniżej wymienionych zaniechań, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 16 Pzp.

Zamawiający w dniu 24.01.2023 r. (w profilu Nabywcy Zamawiającego pod numerem 602201260: <https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjna/dostawcy/profil-nabywcy/przetargi>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 30.01.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego z uchybieniem terminu (podstawa odrzucenia art. 528 pkt 3 Pzp), a w przypadku stwierdzenia, że w stosunku do któregośkolwiek z zarzutów nie zachodzi przesłanka odrzucenia wnosząc o:

1) oddalenie odwołania ze względu na konieczność pominięcia zarzutów złożonych z uchybieniem terminu tj:

a) zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, gdyż ten dotyczy sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, a termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 28.11.2022 r.

b) zarzutu naruszenia art. 16 gdyż ten dotyczy sporządzenia SWZ i formularza ofertowego, a termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 28.11.2022 r.

c) zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6) gdyż ten jak wynika z uzasadnienia odwołania dotyczy dwóch czynności dokonanych i ujawnionych przy ustalaniu treści SWZ tj:

- niespójności między SOPZ, a FO (str. 6- 7 uzasadnienia),

- nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej (str. 11- 12 uzasadnienia),

co oznacza, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 28.11.2022 r.

2) Oddalenie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8), gdyż także zaniechanie odrzucenia jakiegokolwiek z ofert znane było Odwołującemu w dacie uzyskania informacji o zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji, a zaproszenie takie może mieć miejsce tylko wobec

wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. W odwołaniu nie wskazuje się natomiast na okoliczności odrzucenia, które powstałyby dopiero po aukcji,

3) Oddalenie zarzutu naruszenia 224 ze względu na:

a) konieczność pominięcia zarzutu naruszenia art. 224 w zakresie dotyczącym zaniechania badania ceny rażąco niskiej ofert przed aukcją elektroniczną jako spóźnionego, gdyż Odwołujący co najmniej od dnia zawiadomienia o wynikach aukcji wiedział jacy wykonawcy zostali do aukcji zaproszeniu tj że ich oferty nie zostały odrzucone z żadnego powodu, także ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Termin na wniesienie odwołania upływał więc po 10 dniach od powzięcia przez odwołującego informacji o fakcie zaproszenia do aukcji (nie odrzucenia ofert) określonych wykonawców,

b) konieczność pominięcia zarzutu naruszenia art. 224 w zakresie dotyczącym zaniechania badania ceny rażąco niskiej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, gdyż w toku aukcji cena oferty najkorzystniejszej nie zmieniła się w stosunku do ceny z oferty pierwotnej, a brak odrzucenia oferty z tego tytułu Odwołujący we właściwym terminie nie kwestionował a nie wystąpiły nowe okoliczności, które zobowiązywałyby zamawiającego do przeprowadzenia takiego badania ceny po aukcji.

W dniu 23.01.2023 r. Odwołujący - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu obliczając termin na jego wniesienie od powiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów przywołanych wyżej w punkcie 1. odpowiedzi na odwołanie, wskazując na dokonanie przez zamawiającego niezgodnie z prawem (art. 16 i 99 Pzp) czynności sporządzenia SWZ, która to czynność zdaniem odwołującego powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6) Pzp.

W ocenie Zamawiającego zarzuty naruszenia art. 16, art. 99 oraz art. 255 ust. 1 pkt 6) są spóźnione i powinny zostać pominięte w przez KIO w toku rozpatrywania odwołania. Informację o określonej treści SWZ wykonawca posiada od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia i nie skorzystał z prawa do jej zakwestionowania. To treść tej SWZ i podnoszoną wzajemną niespójność dokumentów zamówienia wykonawca określa jako wadę postępowania. Wada ta (jeśli zdaniem wykonawcy istnieje) nie powstała obecnie lecz już w trakcie ogłoszenia przetargu. Znamienne jest że zarzucana niespójność dokumentów zamówienia i podnoszona konieczność unieważnienia przyszłej umowy nie stanowiła dla wykonawcy przeszkody w udziale w przetargu i dążenia do zawarcia tej umowy. Dopiero ustalenie przez zamawiającego wyniku aukcji elektronicznej w dniu 20.12.2022 r., tj. przesądzenie iż umowa nie będzie zawarta z Odwołującym spowodowało iż zaczął negocjować on treść SWZ (pismo z 23.12.2022 r.), a dopiero wybór oferty najkorzystniejszej spowodował wniesienie odwołania na treść SWZ. Odwołującemu nie przeszkadzało więc podnoszone w odwołaniu ryzyko zawarcia umowy podlegającej

unieważnieniu, gdyby była to umowa zawierana z nim, przeszkadza mu natomiast takie samo ryzyko w przypadku umowy zawieranej z innym wykonawcą. Taki sposób korzystania ze środków ochrony prawnej jest sprzeczny z art. 505 Pzp gdyż ewentualna szkoda innego wykonawcy (zawarcie przez niego umowy podlegającej unieważnieniu) nie może być podstawą wniesienia odwołania przez konkurenta. Zachowanie takie jest przy tym niezgodne z art. 5 Kc, gdyż innej oceny czynności zamawiającego Odwołujący dokonuje ze względu na to czy to on będzie jej beneficjentem, czy też jego konkurenci. W przypadku korzyści własnej - czynność jest prawidłowa. W przypadku korzyści innego podmiotu - wadliwa. Nie sposób zaakceptować takiego rozumowania. Uprzednie w stosunku do tych rozważań jest jednak uchybienie terminowi na formułowanie takich zarzutów podniesione wyżej.

Zamawiający zwrócił też uwagę, że nie dochodzi w postępowaniu do wady która powoduje, że umowa w przypadku jej zawarcia podlegałaby unieważnieniu. Unieważnienie umowy o zamówienie publiczne następuje w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 457. Żadna z tych przesłanek nie jest spełniona w okolicznościach niniejszej sprawy, tym samym nie mogło dojść do naruszenia art. 255 ust. 1 pkt 6) Pzp.

Zamawiający wnosił także o pominięcie jako spóźnionego zarzutu naruszenia art. 224 poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień cen złożonych w ofertach w ich pierwotnym kształcie (cen sprzed aukcji) gdyż wiedzę o nieprzeprowadzeniu takiego badania i nie odrzuceniu ofert któregośkolwiek z wykonawców Odwołujący posiadał w związku z zaproszeniem wszystkich do aukcji podczas gdy ewentualna cena rażąco niska w tych ofertach jako przesłanka odrzucenia uniemożliwiłaby zaproszenie do aukcji zgodnie z art. 232 ust 1 Pzp. Fakt decyzji Zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia ofert jest równoznaczny z uznaniem że ceny nie są cenami rażąco niskimi, a Odwołujący tej decyzji nie zakwestionował.

Zamawiający zwracał też uwagę, że cena oferty wykonawcy wobec którego złożono odwołanie i którego oferta jest uznana za najkorzystniejszą w toku aukcji | (wykonawca Piast Group sp. z o.o.) nie zmieniła się w stosunku do ceny zaproponowanej w pierwotnej ofercie. Braku odrzucenia oferty tego wykonawcy z taką ceną Odwołujący nie kwestionował przy zaproszeniu go do aukcji. Od tej pory nie wystąpiły jakiegokolwiek nowe okoliczności które uprawniałyby Odwołującego do wniesienia odwołania. W szczególności zamawiający w zakresie kwalifikacji tej oferty jako podlegającej lub nie podlegającej odrzuceniu nie podejmował żadnych czynności. Z tego powodu także ten zarzut powinien być pominięty gdyż jest złożony w terminie skutkującym jego odrzuceniem.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 podnoszony ze względu na brak przeprowadzenia badania cen ofert po przeprowadzonej aukcji powinien być wg Zamawiającego oddalony ze względu na brak konieczności badania cen w którejkolwiek z ofert ze względu na brak obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny i przeprowadzenia jej badania pod

kątem tego czy nie jest to cena rażąco niska. Jak przyznaje sam Odwołujący - żadna z ofert po aukcji nie jest tańsza o więcej niż 30% od wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu.

Ceny oferty konsorcjum, ani ich części składowe nie budziła i nie budziły wątpliwości zamawiającego. Nie zachodzi więc pierwsza z okoliczności wskazana w art. 224 ust. 1, którego naruszenie zamawiającemu zarzuca odwołujący. To, iż cena ta budzi wątpliwości Odwołującego nie może być zrównane z tym, iż także zamawiający takie wątpliwości musi powziąć. A tylko w tej sytuacji - powzięcia takich wątpliwości wezwanie kogokolwiek z wykonawców do wyjaśnień ceny (i przedkładania dowodów) powinno mieć miejsce. Brak wątpliwości zwalnia zamawiającego z tego obowiązku.

Cena i żadne jej części składowe nie wydają się także rażąco niskie. Stąd także druga z przesłanek art. 224 ust 1 Pzp nie zachodzi, a tym samym brak jest obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień i składania dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Brak tych wątpliwości i obaw co do zaniżonego charakteru cen w ofertach. Po pierwsze - nie ulega wątpliwości, że cena oferty Konsorcjum Impel jest jedynie nieznacznie niższa wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego powiększonej o kwotę podatku VAT i wynoszącej 3 254 159 zł brutto. Także kwota środków jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana przed otwarciem ofert tj. 2 766 035,34 zł brutto jest zbliżona do ceny oferty najkorzystniejszej (a nawet niższa). Wartość zamówienia oraz wielkość środków na jego sfinansowanie zostały ustalone w oparciu o podobne zamówienia realizowane w innych oddziałach zamawiającego i za środki tej skali są one wykonywane należycie. Nie ma więc powodów by uznawać, że zamawiający powinien mieć jakiegokolwiek wątpliwości co do realności cen w ofertach które są na tym poziomie. To raczej niektóre oferty w tym przetargu - w tym oferta Odwołującego są rażąco zawyżone, a nie oferta wybrana zawiera cenę rażąco niską. Po drugie oferta najkorzystniejsza po aukcji, ani żadna inna nie odbiega o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen ofert po aukcji Zamawiający nie był więc zobowiązany do wezwania któregokolwiek z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny także na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz 2). Brak takiego obowiązku powoduje, że nie wzywając wykonawcy do wyjaśnień nie naruszył tego przepisu. a tym samym zarzut odwołania który na takie naruszenie wskazuje jest bezpodstawny. Orzecznictwo KIO (np. wyrok z 25 kwietnia 2022 KIO 931/22_ wskazuje że jeżeli różnica w cenie oferty najtańszej do wartości szacunkowej oraz średniej ceny nie wypełniała ustawowego wskaźnika zasadności podejrzenia rażąco niskiej ceny, a Odwołujący nie przedstawił innych, obiektywnych okoliczności, które mogłyby podważać wycenę świadczenia, to nie ma podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny.

Zamawiający zwracał więc uwagę, że ciężar dowodu iż zamawiający przepis naruszył obciąża Odwołującego. W tej sytuacji nie znajduje bowiem zastosowania przepis art. 224 ust. 5, gdyż dopiero wezwanie do wyjaśnień ustanawiałoby domniemanie ceny rażąco niskiej i przeniesienie obowiązku obalenia tego domniemania na wykonawcę, którego oferta jest badana pod kątem zaniżenia ceny (tak m. in. KIO w sprawie KIO 1176/22 z 19 maja 2022).

Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, które ceny ofert innych wykonawców by dotyczyły. Dowody załączone do odwołania przez Odwołującego to dowody, które odnoszą się do kosztów Odwołującego ponoszonych w związku ze świadczeniem usług

Ponadto w przedstawionej kalkulacji nie wiadomo z jakiego powodu Odwołujący doszedł do wniosku, że konieczne będzie zatrudnienie 39 plus 10 tj 49 osób. Z systemu nadzoru nad wykonywaniem umów funkcjonującego w PGG wynika, że obecnie czynności te wykonywane są przez 19 osób w przeliczeniu na etatowy (8 godz. dziennie) wymiar pracy. Nie do pominięcia jest także fakt, że czynności te wykonuje obecnie jeden z konsorcjantów odwołującego się konsorcjum. Zgodnie z otrzymanym przez zamawiającego pismem z dnia 26 stycznia, które zamawiający przedstawił Izbie na rozprawie, ZUKOMB Z. S. proponuje przedłużenie obecnej umowy którą realizuje (która miała być zastąpiona umową zawartą po postępowaniu w którym rozpatrywane jest odwołanie Konsorcjum) za stawkę o 1/3 niższą niż zaproponował w swojej ofercie w przetargu. Ww świetle powyższej obniżki o 33% w stosunku do ceny oferty za całkowicie niewiarygodny należy uznać zarzut ceny rażąco niskiej w innych ofertach, ze względu na to, że są tańsze od średniej ceny ofert o 33%. Wskazuje to na fakt, że rzeczywistym celem odwołania, łącznie jest przedłużenie postępowania by odnieść korzyści z kontynuowania obecnej umowy. Zachowanie takie nie może korzystać z ochrony prawnej stanowiąc nadużycie prawa i naruszenie art. 5 Kc.

Mając na względzie powyższe uzasadnienie uznał, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego są chybione i jako takie nie zasługują na uwzględnienie, zatem odwołanie zasługuje na oddalenie w całości jako bezzasadne.

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

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

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” (pozostałe elementy zaliczone przy odwołaniu) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 13.01.2023 r. Dodatkowo, istotne postanowienia umowy – załącznik nr 5 do SWZ, jak i protokół nr 3 z 14-19.12.2022 r., pismo Odwołującego z 15.12.2022 r., protokół nr 4 z 20-29.12.2022 r., jak i protokół nr 5 z 30.12.2022 r. - 04.01.2023 r.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

1. SWZ na stronie internetowej https://www.pgg.pl/strefa-korporacyjna_dostawcy_profil-nabywcy/przetargi na okoliczność wadliwego jej sporządzenia,
2. FO dostępnego na stronie internetowej <https://7efo.coie.biz/inquiries/showi/6e5b7b30-491e-4dda-b76d-d83dclbl46f2> na okoliczność wadliwego jego sporządzenia,
3. pismo zamawiającego z 22.12.2022 r. na okoliczność ilości łaźni niezgodnej z załącznikiem nr 1 - SOPZ,
4. Odpowiedzi na zapytanie dostępnej na stronie internetowej z 13.12.2022 r. <https://7/www.pgg.pl/strefa-korporacyjna/dostawcv/profil-nabywcy7przetargi-zalacznik/e459373eldl341fdc281966c82c21e44> na okoliczność wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO
5. Pisma wykonawcy z 17.01.2023 r. na okoliczność wezwania do przedstawienia kalkulacji cen wynikających z aukcji elektronicznej,
6. Pisma Zamawiającego z 18.01.2023 r. na okoliczność braku podjęcia czynności w związku z badaniem rażąco niskiej ceny,
7. Kalkulację oferty na sprzątnięcie łaźni KWK Mysłowice - Wesola na okoliczność rażąco niskiej ceny ofert: PIAST GROUP Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., Praxima Krakpol Sp. z o.o.
8. Zestawienia ofert z 14.12.2022 r. na okoliczność wyboru oferty z rażąco niską ceną, nie unieważnienia postępowania w związku z występującymi ku temu przesłankami.
9. Informacji o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 20 grudnia 2022 r. na okoliczność wysokości ofert złożonych w aukcji elektronicznej,
10. Pismo wykonawcy z 23.12.2022 r. na okoliczność ilości pracowników, pomieszczeń powierzchni łaźni i wezwania zamawiającego do unieważnienia przetargu.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła także złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

1) Tabela wejść i wyjść za wrzesień i października 2022 r. na okoliczność, że aktualnie konsorcjant Odwołującego realizuje tożsame zamówienie 19 osobami + kilkoma osobami do sprzątnia;

2) pismo z 26.01 2023 r. konsorcjanta Odwołującego do Zamawiającego na okoliczność tego, że Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę skoro de facto Odwołujący proponuje realizację zamówienia za porównywalną cenę.

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

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust.1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez wadliwe sporządzenie SWZ oraz FO, w zakresie powierzchni całkowitej, na której miała być świadczona usługa sprzątnia, co spowodowało w konsekwencji niemożność właściwego przedstawienia oferty, umieszczenie w SWZ oraz w FO i informacjach kierowanych do Odwołującego się wewnątrznie sprzecznych i rozbieżnych danych jednostkowych uniemożliwiających złożenie oferty,

2. art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, podczas gdy oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny,

3. art. 16 Pzp, poprzez dokonanie czynności w postaci wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO oraz dokonanie poniżej wymienionych zaniechań, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 16 Pzp.

Ponadto naruszenia:

1. art. 224 Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty w sytuacji, w której oferty złożone zawierały rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. art. 255 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, wówczas gdy doszło do sytuacji w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

4. art. 255 pkt. 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy Odwołujący w dniu 23.12.2022 r. złożył wniosek o unieważnienie postępowania i wskazał na nieusuwalne wady postępowania przetargowego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Spór nie dotyczył stanu faktycznego, ale oceny czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wszystkich ofert skalsyfikowany powyżej oferty Odwołującego, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia z tego powodu, w szczególności Konsorcjum Piast.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

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

Izba uznała za spóźnione, a w konsekwencji pozostawiła bez merytorycznego rozpoznania zarzuty: naruszenia art. 99 ust.1 Pzp dotyczący wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO, w zakresie powierzchni całkowitej, na której miała być świadczona usługa sprzątnia, naruszenia art. 16 Pzp poprzez dokonanie czynności w postaci wadliwego sporządzenia SWZ oraz FO oraz dokonanie poniżej wymienionych zaniechań, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 16 Pzp, zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6) gdyż ten jak wynika z uzasadnienia odwołania dotyczy dwóch czynności dokonanych i ujawnionych przy ustalaniu treści SWZ tj: niespójności między SOPZ, a FO (str. 6- 7 uzasadnienia), nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej (str. 11- 12 uzasadnienia). Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 28.11.2022 r.

Dodatkowo, Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8), gdyż także zaniechanie odrzucenia jakiegokolwiek z ofert znane było Odwołującemu w dacie uzyskania informacji o zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji, a zaproszenie takie

może mieć miejsce tylko wobec wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Niniejsza okoliczność znajduje dodatkowe potwierdzenie w piśmie Odwołującego z 15.12.2022 r. skierowanym do Zamawiającego, gdzie Odwołujący wnioskuje do wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej Konsorcjum Piast i wskazuje na to, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Podobnie, spóźnionym jest zarzut naruszenia 224 Pzp w zakresie dotyczącym zaniechania badania ceny rażąco niskiej ofert przed aukcją elektroniczną jako spóźnionego, gdyż Odwołujący co najmniej od dnia zawiadomienia o wynikach aukcji wiedział jacy wykonawcy zostali do aukcji zaproszeniu tj. że ich oferty nie zostały odrzucone z żadnego powodu, także ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Termin na wniesienie odwołania upływał więc po 10 dniach od powzięcia przez odwołującego informacji o fakcie zaproszenia do aukcji (nie odrzucenia ofert) określonych wykonawców. W tym zakresie należy ponownie wskazać na pismo z 15.12.2022 r.

W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przepisy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami - powinny zostać pozostawione bez rozpoznania – podobnie w wyroku SO w Szczecinie z 20.07.2012 r., sygn. akt: II Ca 685/12, w wyroku SO w Przemyślu z 11.05.2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15 - W tym ostatnim orzeczeniu w uzasadnieniu sąd wskazał, że gdyby zarzut stanowił samodzielną podstawę odwołania, wówczas odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże jeśli spóźniony zarzut został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp (obecnie art. 528 pkt 3 NPzp) pozostawiony bez rozpoznania, oraz wyrokach KIO z 19.05.2017 r., sygn. akt: KIO 903/17, z 03.03.2016 r., sygn. akt: KIO 222/16, z 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2690/13 oraz z 30.03.2012 r., sygn. akt: KIO 482/12. Podobnie w wyroku KIO z 03.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1349/20, w wyroku KIO z 13.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1447/19, w wyroku KIO z 19.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1808/18, w wyroku KIO z 21.02.2018 r., sygn. akt: KIO 231/18, w wyroku KIO z 30.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1047/16, czy też w wyroku KIO z 19.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2743/14.

Z powyższych względów Izba oddaliła także wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości (gdyż całe odwołanie nie kwalifikowało się do odrzucenia), jak i wskazuje na brak możliwości odrzucenia poszczególnego zarzutu.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 224 Pzp w zakresie dotyczącym zaniechania badania ceny rażąco niskiej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, jak i zarzutu art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, podczas gdy oferta PIAST GROUP Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Jednocześnie uznając, że niniejsze zarzuty podlegają merytorycznemu rozpoznaniu, mimo że cena po aukcji oferty Konsorcjum Piast nie uległa zmianie, albowiem zarzuty dotyczyły de facto wszystkich ofert które zostały skalsyfikowane powyżej oferty Odwołującego, jak i biorąc pod uwagę, że po aukcji zmianie uległy różnice procentowe w kontekście 30 % w zakresie badania ceny rażąco niskiej, z racji cen innych Wykonawców.

Po pierwsze należy podkreślić, że mimo zmiany otoczenia cenowego po aukcji, które uległo zmianie nie zaistniały podstawy do obligatoryjnego wezwania na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

Po drugie, należy podkreślić, że Odwołujący wyraźnie oświadczył na rozprawie, iż wiedział że przedmiotem postępowania jest 13 łaźni oraz części wspólne, a podstawą wyceny była informacja zawarta SWZ oraz odpowiedzi na pytanie (odpowiedź z 22.12.2022 r.). Nadto, wyraźnie przyznał na rozprawie (okoliczność przyznana), że wycenił cenę według ilości powierzchni podanej w formularzu ofertowym. Miał też wiedzę wynikającą z dotychczasowej realizacji, obsługi przedmiotu zamówienia. Należy więc zgodzić się z Zamawiającym, że kwestia powierzchni nie budziła wątpliwości innych Wykonawców, którzy nie zadawali dalszych pytań w tym zakresie. Naturalnie nie licząc tych na które Zamawiający odpowiedział 13 i 22.12.2022 r. W konsekwencji Izba uznała, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, jak i Formularz Ofertowy stanowią jedno skutecznie wyjaśniające oświadczenie.

Względem zaś samego zaniechania wezwania w zakresie ceny rażąco niskiej, to konieczne jest wskazanie, że w wypadku niezastnienia domniemania ceny rażąco niskiej ciężar dowodu w zakresie konieczności wezwania z uwagi na zaistnienie ceny rażąco niskiej spoczywa na Odwołującym, czemu Odwołujący nie sprostał.

Jeśli bowiem kwestia konieczności zapewnienia 1 łaźniowego, czyli 3 na łaźnie z uwagi na zmiany, czyli w efekcie, z uwagi na 13 łaźni – 39 pracowników, nie ulega wątpliwości. To kwestia konieczności zapewnienia 10 dodatkowych pracowników (Kalkulacja oferty na sprzątnięcie łaźni KWK Mysłowice – Wesola) nie została w żaden wymierny sposób przez Odwołującego wykazana. W tym zakresie bowiem należy zauważyć, że Odwołujący realizował dotychczas kontrakt u Zamawiającego z 19 łaźniowymi + kilkoma osobami do

sprzątania (Tabela wejść i wyjść za wrzesień i października 2022 r. złożona na rozprawie przez Zamawiającego), czyli 20 kilkoma pracownikami. W żaden sposób nie wyjaśnił w sposób wiarygodny, dlaczego musi być to akurat 10 dodatkowych osób. Należy zauważyć także że nie udowodnił, że pozostali Wykonawcy w zakresie kosztów sprzętu lub środków czystości, nie są w stanie zakupić taniej sprzętu lub środków czystości. Nadto, po odjęciu owych 10 osób dodatkowych przy owych 39 pracowników przewidzianych przez Odwołującego, koszty, które pozostają zawierają w sobie rezerwę 300 tys. PLN. Ta nadwyżka stała się podstawą dla Zamawiającego do uznania (jak oświadczył na rozprawie), że brak jest podstaw do domniemania ceny rażąco niskiej. Kwestia wzrostu płacy minimalnej nie wpływa na osąd Izby, w tym zakresie, z racji przewidzianej w tym zakresie przez Zamawiającego waloryzacji (§ 3 ust. 4 istotnych postanowień umowy).

Należy także zauważyć, że jakby nie patrzeć dowód złożony na rozprawie przez Zamawiającego, tj. pismo z 26.01.2023 r. konsorcjanta Odwołującego do Zamawiającego, potwierdza, że Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, która obecnie proponuje, skoro jeden z konsorcjantów Odwołującego proponuje dalszą realizację zamówienia za porównywalną cenę.

Argumentacja Odwołującego odnośnie owych 10 dodatkowych osób jest niespójna, gdyż opiera się na konieczności obsługi pozostałych korytarzy kopalni, gdyż łącznie muszą obsługiwać łązienni, przy założeniu, że sam Odwołujący przyznał, że wie jaka jest powierzchnia przewidziana do realizacji i w żadnym wypadku nie jest to powierzchnia 19 tys. m². Jest to bowiem uboczna znikoma wielkość, która w żadnej mierze nie musi być obsługiwana przez 10 dodatkowych pracowników, skoro obecnie jest to liczba mniejsza.

W tym ostatnim wypadku, należy podkreślić, że

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....