

Sygn. akt: KIO 3126/22

WYROK
z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXUS sp. z o.o. oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Ginekologiczno-Położniczemu Szpitalowi Klinicznemu Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MAXUS sp. z o.o. oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MAXUS sp. z o.o. oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MAXUS sp. z o.o. oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” oraz „Szpital”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa ochrony osób i mienia oraz konwój gotówki” (Numer referencyjny: PN-48/22, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 26 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 164-465663.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

25 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MAXUS sp. z o.o. oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący” oraz „MAXUS sp. z o.o.”) wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania w zakresie części 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Security Emporio sp. z o.o. sp.k.” oraz „Konsorcjum”) w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia;
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, która zawiera rażąco niską cenę;
- 3) dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania MAXUS sp. z o.o. podniosła, że udzielone przez wykonawcę Security Emporio sp. z o.o. sp.k. wyjaśnienia z dnia 14 października 2022 r. w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób zostały sporządzone nierzetelnie oraz potwierdzają, iż cena oferty Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. w swojej kalkulacji zaniżył koszty wynagrodzenia pracowników (zaniżenie wymiaru urlopu, nie uwzględnienie kosztów absencji chorobowej), nie wliczył w cenę oferty kosztów związanych z dzierżawą pomieszczeń dla pracowników oraz zaniżył wysokość dodatkowych kosztów jakie winien ponieść w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia (wyposażenia, nadzoru, szkoleń etc). Jednocześnie wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k., co potwierdziły udzielone przez niego wyjaśnienia, zaoferował cenę jednostkową 1 roboczogodziny pracy koordynatora poniżej kosztów realizacji usługi. W ocenie Odwołującego fakt ten winien skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum, gdyż to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych winno zostać uznane przez Zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

W pierwszej kolejności wykonawca MAXUS sp. z o.o. wskazał, że Konsorcjum w kalkulacji kosztów realizacji usługi w ogóle nie uwzględniło kosztów związanych z obowiązkiem dzierżawy pomieszczenia dla pracowników ochrony, który wynika z pkt E.2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Odwołujący zaznaczył, że miesięczny koszt dzierżawy pomieszczenia dla pracowników wynosi 467,50 zł plus należny podatek VAT, co zostało wprost wskazane w § 4 ust. 1 wzoru umowy dzierżawy (Załącznik nr 6 do SWZ). Odwołujący podniósł, że wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. założył wprawdzie w swojej kalkulacji koszty administracyjne, nadzoru, monitoringu, grup interwencyjnych oraz odzieży ochronnej i szkoleń w wysokości 30 zł miesięcznie dla każdego etatu, lecz nie zaznaczył, iż kwota ta służyć pokryciu kosztów dzierżawy pomieszczenia dla pracowników ochrony. Ponadto biorąc pod uwagę deklarowaną liczbę etatów – 15 oraz deklarowany koszt – 30 zł na 1 etat miesięcznie uzyskujemy kwotę 450 zł miesięcznie, podczas gdy kwota czynszu z umowy dzierżawy wynosi 467,50 zł.

Kolejno Odwołujący podniósł, że Konsorcjum dokonało nieprawidłowego wyliczenia kosztów wynagrodzenia pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie pracowników niepełnosprawnych. Zdaniem wykonawcy MAXUS sp. z o.o. nieprawidłowość wyliczeń polega na zaniżeniu kosztów wynagrodzenia urlopowego poprzez zaniżenie wymiaru urlopu przysługującego pracownikowi w danym miesiącu. Wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. w treści udzielonych wyjaśnień z dnia 14 października 2022 r. wskazał, iż średni wymiar urlopu pracownika niepełnosprawnego zatrudnionego do realizacji usługi wyniesie 28 dni. Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum podało tę wartość traktu-

jąc ją jako średnią z 20, 26 oraz 36 dni, jednak nie został podany szczegółowy wzór w oparciu, o który ta wartość średnia została wyliczona. Wykonawca MAXUS sp. z o.o. wskazał, że załączone do wyjaśnień dowody – dokumenty INF-D-P dla każdego z pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia zawierają informację na temat stopnia niepełnosprawności pracownika (poz. 35) oraz daty zatrudnienia (poz. 45). Z załączonych dokumentów wynika, iż każdy z pracowników, którego Konsorcjum zamierza skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia posiada orzeczony umiarkowany stopień niepełnosprawności. Ośmiu pracowników jest zatrudnionych przez Konsorcjum przez okres dłuższy niż 1 rok, natomiast pozostałych pracowników w 2023 roku (odpowiednio 1 i 10 stycznia, 1 marca oraz 1 kwietnia) przekroczy 1-roczy staż pracy. Powołując się na przepis art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 573 ze zm., dalej: „u.r.z.s.”) Odwołujący zaznaczył, że co najmniej ośmiu ze wskazanych przez Konsorcjum pracowników posiada prawo do dodatkowego urlopu w wysokości 10 dni, zaś pozostałych czterech nabędzie to prawo w pierwszym kwartale realizacji usługi. MAXUS sp. z o.o. podniosła, że jednocześnie wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. nie wskazał w treści udzielonych wyjaśnień, iż pracownicy skierowani do realizacji do przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do których załączył dokumenty INF-D-P, nie posiadają stażu pracy osiągniętego po uzyskaniu orzeczenia o niepełnosprawności. Tym samym – w ocenie Odwołującego – należy założyć, iż żaden z pracowników skierowanych do realizacji zamówienia nie będzie legitymował się 20-dniowym wymiarem urlopu wypoczynkowego lecz w wymiarze 30 dni lub 36 dni. Wykonawca MAXUS sp. z o.o. zaznaczył, że zmiana wysokości wymiaru świadczenia urlopowego z zaniżonego na prawidłowy spowoduje wzrost kosztu 1 etatu, na potwierdzenie czego zaprezentował szczegółowe wyliczenie.

W następnej kolejności Odwołujący podniósł, że Konsorcjum w kalkulacji kosztów realizacji usługi nie uwzględniło kosztów absencji chorobowej pracowników i związanych z nim obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia chorobowego za okres od 14 do 33 dni w skali roku. Wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. potraktował to jako ryzyko pracodawcy argumentując, że sytuacja taka może się wydarzyć ale nie musi. Zdaniem MAXUS sp. z o.o. powyższe nie może się ostać, gdyż trudno uznać za prawidłowe stanowisko, iż żaden z 12 pracowników z poważnymi dysfunkcjami zdrowotnymi w okresie realizacji zamówienia tj. 24 miesięcy nie będzie przebywał na zwolnieniu lekarskim.

W ocenie MAXUS sp. z o.o. ostatnią okolicznością potwierdzającą fakt, iż cena oferty Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest zniżenie kosztów dodatkowych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia takich jak: koszty administracyjne, nadzoru, monitoringu, grupy interwencyjnej, odzieży ochronnej oraz szkoleń pracowników. Konsorcjum w przedstawionej kalkulacji wyliczyło bowiem koszty dodatkowe

związane z realizacją przedmiotu zamówienia na kwotę 450 zł miesięcznie (15 etatów x 30 zł). Odwołujący wskazał, iż wykonawca Security Emporio sp. z o.o. sp.k. nie przedstawił precyzyjnego wyliczenia elementów składowych wchodzących w pozycję „koszty dodatkowe”, a ponadto nie przedstawiło żadnych dowodów potwierdzających, iż za kwotę 450 zł miesięcznie tj. 5400 zł w skali roku jest w stanie pokryć koszty dodatkowe związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślić, że wśród kosztów dodatkowych poza kosztami wynagrodzeń jakie powinien ponieść wykonawca w ramach niniejszego zamówienia powinny składać się następujące koszty: zakupu umundurowania dla pracowników, nadzoru koordynatora, dojazdu na obiekt celem wykonania czynności kontrolnych oraz organizacyjnych, zapewnienie artykułów biurowych i piśmiennych oraz wsparcia grup interwencyjnych, monitoringu sygnałów alarmowych napadowych z 5 lokalizacji, administracyjne – obsługi kadrowo-księgowej, zarządu, zapewnienia środków łączności, a także wyposażenia obiektu w system kontroli obchodu wartownika. MAXUS sp. z o.o. podniosła, że na powyższe obowiązki obligatoryjnie wskazują zapisy punktu A.2.8, B.1.7 oraz B.1.11 OPZ.

1 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

W piśmie z dnia 5 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Konsorcjum wniosło o rozpoznanie odwołania oraz jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego, spełniając wymogi określone w art. 525 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem I ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia oraz konwój gotówki dla Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części: część 1 – konwój gotówki oraz część 2 – ochrona osób i mienia (Rozdział III ust. 1.2 SWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający wymagania stawiane wykonawcy zawiera Załącznik nr 1 do SWZ.

W myśl postanowień Rozdziału IV SWZ umowa z wykonawcą zostanie zawarta na czas określony tj. 24 miesięcy.

Stosownie do treści Rozdziału III ust. 2.8 lit. a) SWZ Zamawiający będzie wymagać od wykonawcy, ażeby osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia dla części 2 zamówienia – usługi ochrony osób i mienia, (z wyłączeniem osób w stosunku do których Zamawiający wykaże przed dopuszczeniem ich do realizacji usługi, że pozostają oni w stosunku pracy z innym pracodawcą lub pobierają świadczenie emerytalne), zatrudnione były na podstawie umowy o pracę.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia dla części 2 wynosi 1 580 707,07 zł. Pismem z dnia 26 września 2022 r. Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia w części 2 zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 944 269,70 zł brutto, a ponadto wskazał, że Przystępujący złożył ofertę w części 2 Postępowania, w której zaoferował zrealizowanie zamówienia za cenę (brutto) 1 428 408,84 zł.

11 października 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Security Emporio sp. z o.o sp.k. wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których wskazał: *Działając w imieniu Zamawiającego, Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, w związku ze złożoną ofertą w w/w postępowaniu, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) niniejszym wzywam do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Po dokonaniu czynności badania Państwa oferty, Zamawiający stwierdza, że w części 2 – ochrona osób i mienia cena 1 434 090,32 zł (po uwzględnieniu omyłek rachunkowych) budzi wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym wzywamy o udzielenie wyjaśnień w w/w zakresie wraz z załączeniem dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny.*

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Wykonawca jest obowiązany złożyć w szczególności dowody w zakresie wyliczenia lub kosztu. Wyjaśnienia o których mowa w ust. 1 mogą dotyczyć w szczególności:

- *zarządzania procesem świadczonych usług,*
- *wyjatkowo korzystnych warunków usług,*
- *oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę,*
- *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,*
- *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,*
- *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest dane zamówienie,*
- *zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska.*

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (...).

W piśmie z dnia 14 października 2022 r. Konsorcjum wskazało, że do realizacji usługi planuje zatrudnić łącznie 15 pracowników (3 kwalifikowanych pełnosprawnych pracowników ochrony – w tym jeden z funkcją stałego koordynatora + 12 pracowników z orzeczoną umiarkowaną szczególnym stopniem niepełnosprawności z zachowaniem równoważnego

czasu pracy). Przystępujący przedstawił kalkulację przy założeniu 167 roboczogodzin w miesiącu oraz uwzględnieniu dodatku za godziny nocne tylko dla pracowników z orzeczoną umiarkowaną szczególną stopniem niepełnosprawności oraz dołączył do wyjaśnień dokumenty INF-D-P. W zakresie kosztów zatrudnienia jednego kwalifikowanego pracownika ochrony w tym pracownika z funkcją stałego koordynatora wykonawca Emporio Security sp. z o.o. sp.k. wskazał, że całkowity koszt zatrudnienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynosi 4 615,17 zł/brutto co w przeliczeniu na stawkę za 1 roboczogodzinę daje kwotę 27,64 zł/netto. Z kolei w odniesieniu do kosztów zatrudnienia jednego pracownika z orzeczoną umiarkowaną szczególną stopniem niepełnosprawności Przystępujący zaznaczył, że otrzyma dofinansowanie z PFRON do pracowników sprawnych psychofizycznie z umiarkowaną szczególną stopniem niepełnosprawności w wysokości 2 100,00 zł. Całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika ochrony po uwzględnieniu dofinansowania wynosi zatem 2 831,20 zł, co w przeliczeniu na stawkę za 1 roboczogodzinę daje kwotę w wysokości 16,95 zł netto. Do wyliczeń wykonawca Emporio Security sp. o.o. sp.k. przyjął średni wymiar urlopu pracownika niepełnosprawnego w wysokości 28 dni, traktując tę wartość jako średnią z 20, 26 oraz 36 dni. Ponadto Konsorcjum wskazało, iż przewidywany zysk z 1 roboczogodziny pracownika ochrony wynosi 0,48 zł/netto oraz, że nie wzięło pod uwagę kosztów związanych z ewentualną absencją, gdyż traktuje to jako ryzyko pracodawcy, ponieważ sytuacja może się wydarzyć, ale nie musi. Nadto wykonawca Emporio Security sp. z o.o. sp.k. wskazał, że koszty administracyjne, nadzoru nad realizacją usługi, monitoringu, grupy interwencyjnej, odzieży ochronnej i szkoleń przypadające na jednego pracownika szacuje na kwotę 30,00 zł/netto.

Pismem z dnia 15 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyniku Postępowania w części 2.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

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

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. *W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.*

5. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

6. *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.*

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba wskazuje, że w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie ulega więc wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością od-

rzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Należy zauważyć, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż (...) *zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (...)*, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest także art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty (...) *jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (...)*.

Izba stwierdziła, że rację ma Odwołujący, który uznał, że Przystępujący nie sprostał ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w konsekwencji czego oferta wykonawcy Emporio Security sp. z o.o. sp.k. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba uznała, iż wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny są nierzetelne i nieuzasadniające ceny podanej w ofercie. Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia z dnia 14 października 2022 r. cechowały się dużym poziomem ogólności, nie wskazywały na wyliczenie wszystkich elementów wpływających na zaoferowaną cenę i nie zawierały dowodów pozwalających obalić domniemanie rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku uwzględnienia w kalkulacji zaoferowanej ceny kosztów związanych z obowiązkiem dzierżawy pomieszczenia dla pracowników ochrony należy wskazać, że wykonawca Emporio Security sp. z o.o. sp.k. w złożonym piśmie procesowym z dnia 5 grudnia 2022 r. przedstawił w tej kwestii stanowiska wewnętrznie sprzeczne. Przystępujący bowiem w jednym miejscu stwierdził, że koszty te co prawda omyłkowo nie zostały uwzględnione jako osobna pozycja wyliczenia, jednak mieszczą się w zakresie kosztów administracyjnych, nadzoru, monitoringu, grup interwencyjnych oraz odzieży ochronnej i szkoleń w wysokości 30 zł miesięcznie dla każdego etatu, a w pozostałej części mogą być pokryte z zakładanego zysku. Z drugiej strony w dalszej części pisma wykonawca Emporio Security sp. z o.o. sp.k. przyznał, że koszty te faktycznie nie zostały ujęte podczas wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jest to wynik błędu ludzkiego, za który wykonawca nie może odpowiadać, a niedoszacowane koszty pomieszczenia pokryje z zysku. Mając na uwadze powyższe należy wskazać w pierwszej kolejności, że bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że koszty wynajmu pomieszczenia dla pracowników ochrony, które zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ dnia 5 września 2022 r. stanowią koszt obligatoryjny (odpowiedź na pytanie nr 4) nie zostały wyodrębnione przez Przystępującego w kalkulacji jako osobna pozycja. Z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika na-

tomiast, czy Przystępujący uwzględnił koszty dzierżawy w cenie ofertowej, a jeśli tak to pod jaką pozycją się one znajdują. Zdaniem Izby rozbieżności pomiędzy stanowiskami wykonawcy Emporio Security sp. z o.o. sp.k. wyrażanymi na etapie postępowania odwoławczego odnośnie tego, w której pozycji wyjaśnień z dnia 14 października 2022 r. koszty te zostały zawarte jedynie potwierdzają, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały sporządzone w sposób nierzetelny i niewyczerpujący.

Nadto w zakresie zarzutu dotyczącego zaniżenia kosztów wynagrodzenia urlopowego pracowników niepełnosprawnych Izba wskazuje, iż słusznie podniósł Odwołujący, że Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie przedstawił szczegółowego wzoru, w oparciu o który podał średni wymiar urlopu dla wyżej wymienionych pracowników w wysokości 28 dni. W tym miejscu należy również podkreślić, że przyjęcie do rachunku 20 dni urlopu wypoczynkowego nie zostało w żaden sposób udowodnione. W ocenie Izby zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, stwierdzić należy, że osoby w wieku przedemerytalnym, o doświadczeniu i uprawnieniach wymaganych w SWZ, przeważnie będą legitymować się okresem stażowym uprawniającym do pełnego wymiaru urlopu wypoczynkowego. Aczkolwiek mogą istnieć wyjątki od tej reguły, to jednak Przystępujący powinien wykazać realność przyjętych założeń w zakresie kosztów pracy i potwierdzić tę realność dowodami. Jeśli wykonawca Emporio Security sp. z o.o. sp.k. faktycznie dysponuje osobami w wieku przedemerytalnym, które nie mają udokumentowanego stażu pracy i to takie właśnie założenia przyjął w kalkulacji, to powinien w ramach wyjaśnień okoliczność tę wykazać stosownymi dowodami. W tej sytuacji nie można bowiem przyjąć, że same wyliczenia są wystarczającym dowodem w sprawie (por. wyrok KIO z dnia 21 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2833/21 oraz wyrok KIO z dnia 2 listopada 2022 r. o sygn. akt KIO 2773/22).

Należy nadmienić, że niebagatelną część kosztu wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia stanowią koszty osobowe (wynagrodzenie pracowników), które powinny podlegać szczegółowemu omówieniu w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tak aby wyjaśnienia te nie pozostawiały pola do domysłów, czy wykonawca uwzględnił wszelkie wymagane koszty pracy, w tym pozapłacowe koszty pracy. Przystępujący jednak w sposób niezwykle lakoniczny odniósł się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny do rzeczonych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Zdaniem Izby wyjaśnienia w tym zakresie nie są wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana przez wykonawcę Emporio Security sp. z o.o. sp.k. cena jest realna, a ponadto Przystępujący – poza dokumentami INF-D-P – nie złożył żadnych dowodów na okoliczność potwierdzenia przyjętych założeń. Zasadnym jest podkreślenie, że konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Ustawa Pzp wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowo-

dów na poparcie stawianych twierdzeń, na co wskazano już powyżej. Co więcej Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost wskazał, że oczekuje od wykonawcy złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny.

Izba wskazuje, że Przystępujący nie kwestionował zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego powinien uzasadnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 681/17 stwierdziła, że: (...) *Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (...)* (por. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 190/19). Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.) uznał, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z ugruntowanym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in.: wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. o sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. o sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. o sygn. akt VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. o sygn. akt X Ga 127/08).

Należy zauważyć, że – jak trafnie podniósł wykonawca MAXUS sp. z o.o. w treści uzasadnienia odwołania – Konsorcjum w przedstawionej kalkulacji oszacowało koszty dodatkowe związane w przedmiotem zamówienia na kwotę 450,00 zł/netto miesięcznie, jednak nie przedstawiło precyzyjnego wyliczenia elementów składowych wchodzących w pozycję „koszty dodatkowe” ani nie dołączyło żadnych dowodów potwierdzających, że za podaną kwotę jest w stanie pokryć dodatkowe koszty wymagane przez Zamawiającego. Przystępujący co prawda przedstawił szczegółowe rozliczenie dodatkowych kosztów przypadających na jednego pracownika w kwocie 30,00 zł miesięcznie oraz dowody w postaci 13 faktur na okoliczność wykazania faktu dysponowania przez Konsorcjum niezbędnym sprzętem, ale dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co należy uznać za spóźnioną próbę wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W tym miejscu koniecznym jest zaznaczenie, że postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z tymi wyjaśnieniami. Kognicja Izby ogranicza się bowiem do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (por. wyrok KIO z dnia 24 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 262/20). Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 3 grudnia 2018 r. (sygn. akt V Ca 795/18, niepubl.) stwierdził, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. (obecnie 244 ust. 1 ustawy Pzp), skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończoną już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego (skarżącego) przed Izbą. Składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed Krajową Izbą Odwoławczą nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani przez sąd. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą (por. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r. o sygn. akt KIO 2332/19 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2687/20).

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nakazała Zamawiającemu w zakresie części 2 Postępowania, której dotyczy rozpoznawane odwołanie: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Przystępującego.

Przewodniczący: