

Sygn. akt KIO 1193/20

**WYROK**

**z dnia 17 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **8 Bazę Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Krakowie-Balicach**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. Spółka jawna z siedzibą we Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uwzględnia i nakazuje zamawiającemu w odniesieniu do zadania nr 4: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, ze wskazaniem na okoliczności mające podlegać wyjaśnieniu.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 8 Bazę Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Krakowie-Balicach i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego - **8 Bazy Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Krakowie-Balicach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

8 Baza Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Krakowie-Balicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym, realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w podziale na zadania*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 078-185367.

W dniu 1 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie w zakresie zadania nr 4:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Tombor Spółka jawna, dalej „Tombor”, oraz Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej „Fosa”, w warunkach, w których oferty te zawierają rażąco niską cenę,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Tombor oraz Fosa w warunkach, w których ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenia oferty Tombor oraz odrzucenia oferty Fosa.

Odwołujący wskazywał, że wykonawcy oraz Fosa złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę, za którą nie jest możliwe należyte zrealizowanie zamówienia. Zarówno realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez Tombor, jak i za cenę zaoferowaną przez Fosa nie jest możliwa. Ceny zaoferowane w ofertach nie pokrywają nawet minimalnych kosztów wynagrodzeń pracowników realizujących zamówienie.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 4 jest ochrona WOT Oświęcim w m. Oświęcim,

realizowana przez 3 lata, wykonywana całodobowo przez dwóch pracowników ochrony na zmianie (dwóch dozorców). Dane te stanowią podstawę obliczenia liczby roboczogodzin w okresie realizacji zamówienia (a tym samym i kosztów, które należy ponieść w związku z realizacją zamówienia), W związku z tym, minimalna liczba roboczogodzin w ramach realizacji zamówienia wynosi 52.560 godziny (1095 dni x 48 godz. każdego dnia). Liczba roboczogodzin w okresie realizacji zamówienia przekłada się bezpośrednio na koszty zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia, a co za tym idzie na koszty wykonania zamówienia.

Ustalając koszty zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia, wykonawcy musieli wziąć pod uwagę wynagrodzenie pracowników równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający wymagał, aby wszyscy pracownicy realizujący zamówienie zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Zamawiający wymagał także, aby wszyscy pracownicy posiadali upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyższe, byli przeszkoleni z zasad ochrony informacji niejawnych i posiadali stosowne legitymacje kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Wykonawcy powinni więc uwzględnić w zaoferowanej cenie koszty zatrudnienia pracowników, przy założeniu, że wynagrodzenie każdego z pracowników nie będzie niższe niż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Co więcej, Zamawiający nie dopuścił zaangażowania pracowników ochrony posiadających status osoby niepełnosprawnej, w związku z czym wykonawcy nie mogą liczyć na pomoc publiczną związaną z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych.

Na podwyższenie kosztów wynagrodzenia pracowników zatrudnionych do realizacji zamówienia ma również wpływ fakt wykonywania usługi całodobowo. Usługa musi być wykonywana również w godzinach nocnych. W związku z tym, pracownikom wykonującym ochronę całodobowo będzie przysługiwał dodatek za pracę w porze nocnej. Dodatkowo, wyliczając cenę ofertową, wykonawcy powinni wziąć pod uwagę, że pracownikom przysługuje prawo do urlopu wypoczynkowego, w okresie którego pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia. Wymiar urlopu wypoczynkowego uzależniony jest od długości stażu pracy pracownika i wynosi odpowiednio 20 dni w roku albo 26 dni w roku.

Przy uwzględnieniu wszystkich powyższych założeń, należy stwierdzić, że minimalne koszty wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizować zamówienie, wynoszą 1.160.524,80 netto, podczas gdy Tombor zaoferował realizację zamówienia w zadaniu nr 4 za kwotę 1,219.276,37 zł brutto, a Fosa zaoferowała realizację zamówienia w zadaniu nr 4 za kwotę łączną 1.260.651,60 zł brutto.

Cena zaoferowana przez Tombor oraz Fosa nie pokrywają nawet minimalnych kosztów wynagrodzeń pracowników stale realizujących zamówienie na rzecz Zamawiającego. Tym

bardziej ceny zaoferowane przez wykonawców nie pokryją pozostałych kosztów realizacji zamówienia, tj.: wynagrodzeń chorobowych, kosztów tzw. urlopów okolicznościowych pracowników, kosztów badań lekarskich pracowników, kosztów szkoleń BHP pracowników, kosztów wyposażenia pracowników w stosowne umundurowanie, kosztów ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej lub kosztów prania odzieży roboczej, wyposażenia w urządzenia takie jak latarki, komórka i inne, kosztów systemu kontroli pracowników, kosztów zapewnienia książek ewidencji, kosztów obsługi administracyjnej oraz kosztów PPK. Na konieczność uwzględnienia powyższych kosztów realizacji usług ochrony osób i mienia wskazuje Polska Izba Ochrony, która przedstawiła kalkulację kosztów świadczenia tych usług w 2019 r. Kalkulacja Polskiej Izby Ochrony ma co prawda wyłącznie charakter instrukcyjny, jednak wskazuje na istotne kwestie, które należy uwzględnić w cenie usług ochrony osób i mienia.

Ponadto, wykonawca Tombor oraz Fosa poprzez złożenie swoich ofert, niewątpliwie utrudniają dostęp do rynku pozostałym przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług w zakresie ochrony osób i mienia. Powoduje to, że pozostali przedsiębiorcy zostają postawieni przed wyborem: obniżyć ceny usług poniżej kosztów ich świadczenia albo stracić odbiorców usług.

Do postępowania odwoławczego w dniu 4 czerwca 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Tombor, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że ocena Odwołującego, że cena zaoferowana przez Tombor jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jest oceną subiektywną i nieprzekonującą. Różnica między ofertą wybraną a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert wynosi tylko 14,21% i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Odwołujący przeoczył też, że na etapie postępowania, w którym do zamawiającego wniesiono szereg pytań związanych z przedmiotem zamówienia, w dniu 15 maja 2020 r. zamawiający udzielił stosownych wyjaśnień, a w tym między innymi wyjaśnił, że nie wymaga zatrudnienia pracowników posiadających uprawnienia kwalifikowanego pracownika ochrony.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia

o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji Zamawiającego o zaproszeniu do składania ofert wraz z SIWZ, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska Odwołującego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 lipca 2020 r.

Izba ustalając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że przedmiotowe zamówienie jest udzielane w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Przedmiotem postępowania jest świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym, realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w podziale na zadania, gdzie w zakresie zadania nr 4 przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia *terenów, obiektów, urzędzeń, mienia ruchomego*) w WOT Oświęcim poprzez dozorców *Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej (SUFO), w systemie zmianowym - całodobowym, polegającą na bezpośredniej ochronie fizycznej WOT Oświęcim, zorganizowanej w oparciu o dozorców* (Rozdział III ust. 1.4 SIWZ). Zgodnie z pierwotną wersją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, *Usługa będzie realizowana w terminie: rozpoczęcie - 01.06.2020 r., zakończenie: 31.05.2023 r.* (Rozdział IV SIWZ). *Zamawiający stosownie do art. 29 ust. 3a Ustawy, wymaga, aby wykonawca lub podwykonawca (o ile występuje -jedyńie w zakresie grupy interwencyjnej) przez cały okres realizacji niniejszego zamówienia zatrudniał na podstawie umowy o pracę [...] osoby bezpośrednie realizujące zamówienie, wykonujące niżej wymieniony zakres czynności: [...] bezpośrednia ochrona wykonywana przez pracownika ochrony pełniącego funkcję dozorcę* (Rozdział III ust. 5 SIWZ). *Ze względu na charakter usługi i rodzaj obiektów podlegających ochronie, zamawiający nie dopuszcza zaangażowania pracowników ochrony posiadających status osoby niepełnosprawnej* (Rozdz. III ust. 12 SIWZ). *Wykonawca zobowiązany będzie zapewnić ochronę terenu WOT Oświęcim w systemie zmianowym - całodobowym* (rozdz. IV ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). *Czas pracy - zmiany od godziny 08:00 do godziny 08:00 dnia następnego* (rozdz. IV ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). *Zamawiający wymaga aby wykonawca zapewnił minimum 24 godziny przerwy po zakończeniu zmiany lub objęciem kolejnej oraz zastrzega sobie prawo do żądania zmiany pracownika którego przerwa w pracy zmiany była krótsza niż 24 godziny* (rozdz. IV ust. 3 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). *Zamawiający wymaga, by teren WOT chroniony był siłami 2 dozorców. Dwóch pracowników ochrony w systemie 24-godzinnym przez wszystkie dni tygodnia odpowiada za prowadzenie dokumentacji oraz kontrolę dokumentów uprawniających do wejścia i wyjścia, wjazdu i wyjazdu, wnoszenia i wynoszenia, wwożenia i wywożenia mienia z terenu i na teren WOT oraz*

*obsługę interesantów w biurze przepustek (rozdz. IV ust. 4 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). Wymagane uzbrojenie i wyposażenie pracowników ochrony: dozorca nr 1 — miotacz gazu lub paralizator nie wymagający zezwolenia o średniej wartości prądu w obwodzie nieprzekraczające 10 mA, radiotelefon przenośny, telefon komórkowy, latarka, opatrunek osobisty, kajdanki, maska przeciwgazowa min. MP - 4; dozorca nr 2 - miotacz gazu lub paralizator nie wymagający zezwolenia wartości prądu w obwodzie nieprzekraczające 10 mA, radiotelefon przenośny, latarka, opatrunek osobisty kajdanki, maska przeciwgazowa min. MP - 4 (rozdz. IV ust. 5 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). Wszyscy pracownicy ochrony ochraniający teren zamawiającego muszą posiadać jednolite ubrania służbowe z logo firmy wykonawcy (nie będące obecnie lub w latach wcześniejszych wykorzystywanym wzorem umundurowania potowego Sił Zbrojnych RP), umożliwiające identyfikację podmiotu wykonującego ochronę, oraz umieszczone w sposób widoczny identyfikatory osobiste. Ubrania służbowe powinny uwzględniać pory roku i zmiany pogodowe (rozdz. IV ust. 6 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). Wszyscy pracownicy ochrony powinni być wyposażeni we własne środki łączności radiotelefonicznej, działające w wydzielonym paśmie wykonawcy, umożliwiające łączność pomiędzy dozorcami (rozdz. IV ust. 7 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). Wszyscy pracownicy ochrony przewidziani do ochrony terenu WOT Oświęcim muszą posiadać kwalifikacje do wykonania zamówienia: legitymacje pracownika ochrony fizycznej; dozorczy; poświadczenie bezpieczeństwa osobowego (upoważnienia): pracownicy ochrony - dozorczy dopuszczające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „ZASTRZEŻONE”, oraz zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych (rozdz. V ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - specyfika techniczna zamówienia, zadanie nr 4). Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zamontował na terenie chronionych obiektów urządzenia techniczne wspomagające ochronę lub służące kontroli pracy pracowników ochrony, po zaakceptowaniu przez zamawiającego projektu technicznego montażu w/w urządzeń, który Wykonawca przedstawi do akceptacji zamawiającemu przed rozpoczęciem świadczenia usług. Zamontowane urządzenia pozostaną własnością wykonawcy. (§ 6 ust. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ - istotne postanowienia umowy).*

W dniu 15 maja 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym między innymi wyjaśnił (pytania nr 10, 22 i 23 oraz udzielone odpowiedzi do tych pytań), że nie wymaga zatrudnienia pracowników posiadających uprawnienia kwalifikowanego pracownika ochrony.

Wartość szacunkowa zamówienia w zakresie zadania nr 4 została ustalona na kwotę 1 707 199,20 zł netto, co stanowi 2 099 855,02 zł brutto. Według informacji zamieszczonej w

protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia była wycena roboczogodziny pracownika opracowana na podstawie rozmów telefonicznych z przedstawicielami Impel Security Sp. z o.o. oraz Ekotrade Sp. z o.o., a także roboczogodziny obecnie obowiązującego zamówienia realizowanego w 2018/2019 roku, zwiększonego o 10% wartości przedstawionej w szacunkowej wycenie wartości zamówienia. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 2 099 855,02 zł.

W wyznaczonym terminie w zakresie zadania nr 4 złożono sześć ofert, w tym Odwołujący z ceną 1 451 365,56 zł, Przystępujący z ceną 1 219 276,37 zł oraz wykonawca Fosa Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z ceną 1 260 651,60 zł.

Z powyższego wynika zatem, iż cena oferty: wykonawcy Tombor była niższa o 41,94% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT; wykonawcy Fosa była niższa o 39,96% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT; a wykonawcy Stekop była niższa o 30,88% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Natomiast cena żadnej z ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 lub art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający pismem z 20 maja 2020 r. sporządził protokół z otwarcia i oceny ofert, gdzie wskazał powody odstąpienia od wzywania ww. wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 4, do składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty. Komisja stwierdziła, że w zakresie zadania nr 4 oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, podnosząc, że *Bardzo trudne jest określenie wartości szacunkowej przyszłego zamówienia w prowadzonym postępowaniu na świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO), które jest zamówieniem wieloletnim. Trudność polega przede wszystkim na braku możliwości dokładnej wyceny wartości zamówienia w latach kolejnych. Zamówienie jest usługą, która w głównej mierze opiera się na świadczeniu usług przez pracowników ochrony. Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę. Na składową wynagrodzenia pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę składa się wiele czynników, które są zmienne w czasie, jak choćby wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę czy wysokość składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz inne. Zamawiający, aby oszacować wartość przyszłego zamówienia publicznego, zwrócił się o pomoc do kilku firm działających w branży usług ochroniarskich. Na podstawie stawek roboczogodziny pracownika przedstawionych przez Impel Security Sp. z o.o. oraz Ekotrade spa z o.o., a także stawki roboczogodziny z obecnie obowiązującego zamówienia realizowanego w 2018/2019 roku (w zakresie zadania*



*nr 4, zwiększonego o 10% wartości przedstawionej w szacunkowej wycenie wartości zamówienia) Zamawiający oszacował wartość przyszłego zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 4 na kwotę: 2 099 855,02 zł brutto. Pozyskane w ten sposób ceny są często wyższe i odbiegają od cen, które później oferowane są w trakcie prowadzonego postępowania, nawet przez tych samych wykonawców, którzy pomagali uprzednio w oszacowaniu wartości, co prowadzi do niezamierzonego zawyżenia wartości szacunkowej. Skądinąd Zamawiający dochowując należytej staranności nie zaniża wartość zamówienia w celu unikania stosowania ustawy (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.). W zamówieniach tego rodzaju nie istnieją inne źródła, jak np.: strony internetowe lub cenniki, które zawierają ceny usług ochroniarskich (...)*

W dniu 20 maja 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Usługowe Tombor C. T., J. T. Spółka jawna z siedzibą we Katowicach.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tombor i Fosa, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym

przez zarzuty należy rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący stawiając więc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp winien udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Tombor oraz Fosa stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty potwierdziły się.

W przedmiotowej sprawie bezspornym była okoliczność, iż ceny całkowite ofert zaoferowane przez wykonawców Tombor i Fosa przekraczały określony w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wskaźnik procentowy względem wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Nadto, cena oferty Odwołującego również przekroczyła powyższy próg. Niespornie Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wezwał ww. wykonawców do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w protokole z dnia 20 maja 2020 r. przedstawił jakie okoliczności brał pod uwagę podejmując decyzję o zaniechaniu wezwania, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ww. wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Z treści ww. przepisu wynika wyraźny obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 art. 90 ustawy Pzp, w okolicznościach określonych w tym przepisie, tj. w przypadku wystąpienia ww. wskaźnika matematycznego. Zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, w wyjątkowej sytuacji, tj. gdy rozbieżność pomiędzy ceną

całkowitą ofertę a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Niemniej, zwolnienie zamawiającego z nałożonego obowiązku nie może być traktowane rozszerzająco (vide: wyroki Izby z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 367/17). Zamawiający każdorazowo musi więc stwierdzić, czy w danym przypadku takie rozbieżności mają miejsce czy też nie, oraz, czy wynikają one z oczywistych okoliczności, czego, zdaniem Izby, Zamawiający nie dokonał skutecznie w niniejszym stanie faktycznym.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał zaistnienia oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnień, które uprawniałyby go do odstąpienia od wezwania wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty. Ogólnikowe twierdzenia Zamawiającego o porównywalnej wartości wszystkich ofert, co może świadczyć, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona w stosunku do realiów rynkowych i aktualnych cen tego typu dostaw to za mało. Tym bardziej, że może się zdarzyć, że wszystkie oferty złożone w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia będą zawierały cenę rażąco niską. Może się też zdarzyć, że rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT a cenami ofert złożonych w danym postępowaniu nie będzie świadczyć o przeszacowaniu wartości zamówienia.

Za nieprzekonujące Izba uznała także twierdzenia Zamawiającego, iż wszystkie oferty są do siebie zbliżone pod względem wartości, skoro cena zaoferowana przez wykonawcę Tombor to 1 219 276,37 zł, a cena konsorcjum Impel to 1 607 169,17 zł. Rację należy przyznać Odwołującemu, że w przypadku usług ochrony osób i mienia, dla oceny czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające porównanie zaoferowanej ceny z cenami innych wykonawców. Koszty wykonywania usług ochrony osób i mienia są to głównie koszty osobowe (wynagrodzeń pracowników). W związku z tym, kwoty tych kosztów w przypadku poszczególnych wykonawców są do siebie zbliżone. Ponadto, usługi ochrony osób i mienia, są to usługi ze stosunkowo niskim poziomem zysku w stosunku do wartości umowy. W związku z tym, nieznaczna różnica pomiędzy zaoferowanymi cenami, nie świadczy o tym, że cena niższa nie jest rażąco niską. Głównym wyznacznikiem dla zbadania, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską jest jej porównanie z kosztami osobowymi wykonania zamówienia.

Wskazana również w piśmie z dnia 20 maja 2020 r. okoliczność, iż w zamówieniach tego rodzaju nie istnieją inne źródła, jak np. strony internetowe lub cenniki, które zawierają ceny usług ochroniarskich nie jest do końca wiarygodna, bowiem nawet Odwołujący załączył do odwołania kalkulację Polskiej Izby Ochrony przedstawiającą cenę za godzinę ochrony w 2020 r.

W ocenie składu orzekającego uzasadnienie odstąpienia od wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp stanowiło *de facto* domniemania co do sposobu kalkulacji ceny oferty przez ww. wykonawców, w przedmiocie którego Zamawiający nie posiadał żadnych informacji, wobec zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą przystępującego wykonawcy, którego cenę kwestionuje Odwołujący, jest udowodnienie przed Izbą, że była ona prawidłowa, a tym samym, że decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odrzuceniu jego oferty była prawidłowa. Wykonawca Tombor pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 1296), niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 16 lipca 2020 r., nie przedłożył również żadnego pisemnego stanowiska procesowego.

W świetle powyższego Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w ten sposób, że uznała, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, bowiem w pierw wykonawca winien być wezwany do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami), dotyczących sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny oraz czynników i okoliczności, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przed uzyskaniem takich wyjaśnień od wykonawcy zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnego odrzucenia oferty tylko ze względu np. na jakikolwiek wskaźnik arytmetyczny wynikający z porównania ceny danej oferty do wartości zamówienia lub do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego Zamawiający został zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawców, których ceny całkowite ofert są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....