

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 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

Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 2063 z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP Spółka akcyjna oraz STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STEKOP Spółkę akcyjną oraz STEKOP-OCHRONA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 2063 w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dozór i ochronę Klubu DGW w Warszawie przy Al. Niepodległości 141A” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 lutego 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 511136. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „STEKOP” spółka akcyjna i „STEKOP-OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., zwanego dalej „Przystępującym” oraz oferty wykonawcy Ekspert Security Sp. z o.o., a także wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Zamawiający powinien odrzucić oferty tych wykonawców wykonując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego sygn. KIO 788/20, w całości uwzględnionym przez Zamawiającego,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przez podjęcie czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. w warunkach, w których oferty te zawierają rażąco niską cenę, co zostało potwierdzone poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania wniesionego przez Odwołującego 14 kwietnia 2020 r. w postępowaniu prowadzonym pod sygn. KIO 788/20,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. w warunkach, w których ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, co zostało potwierdzone poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania wniesionego przez Odwołującego 14 kwietnia 2020 r. w postępowaniu prowadzonym pod sygn. KIO 788/20.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 14 kwietnia 2020 r., sygn. KIO 788/20, które Zamawiający uwzględnił w całości, tj.: odrzucenia oferty Przystępującego, odrzucenia oferty Ekspert Security Sp. z o.o.,
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie,
5. dołączenie do akt niniejszej sprawy dokumentacji sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. KIO 788/20 oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w tych aktach, w szczególności z odwołania Odwołującego z 14 kwietnia 2020 r., pisma Zamawiającego z 17 kwietnia 2020 r. uwzględniającego odwołanie w całości, oraz postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z 12 maja 2020 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołującego wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania wyraża się w tym, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Gdyby Zamawiający, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w całości uwzględnionym przez Zamawiającego, odrzucił oferty Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o., oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może więc ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 14 kwietnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu sygn. KIO 788/20, w którym zaskarżył czynności Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego w warunkach, w których oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaniechaniu odrzucenia oferty Ekspert Security Sp. z o.o. w warunkach, w których oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wnosił o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ekspert Security Sp. z o.o.

W odpowiedzi Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości oraz poinformował, że unieważnia czynność wyboru oferty Przystępującego oraz przystąpi do ponownej oceny ofert. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

26 maja 2020 r. Zamawiający ponownie poinformował o wynikach oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu, po raz kolejny wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego, zaniechał więc wykonania czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z odwołania uwzględnionego w całości.

Uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w całości nie budzi żadnych wątpliwości, gdyż w piśmie z 17 kwietnia 2020 r. wskazał wprost, że uwzględnia odwołanie w całości, a Izba nie miała wątpliwości co do uwzględnienia odwołania w całości i wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Gdyby pismo Zamawiającego z 17 kwietnia 2020 r. budziło jakiegokolwiek wątpliwości co do uwzględnienia odwołania w całości, Izba umorzyłaby postępowanie jedynie w części (w zakresie uwzględnionych zarzutów), zaś w pozostałym zakresie rozpoznawałaby zarzuty odwołania.

W związku z uwzględnieniem odwołania w całości Zamawiający powinien w całości wykonać żądania Odwołującego wynikające z odwołania, tj. również odrzucić ofertę Przystępującego oraz ofertę Ekspert Security Sp. z o.o. Nie ma wątpliwości, że żądania odwołania obejmowały takie odrzucenie.

Zamawiający, 26 maja 2020 r., dokonał ponownie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i, wbrew żądaniu Odwołującego, nie odrzucił oferty tego wykonawcy, nie podał także żadnej informacji o odrzuceniu oferty Ekspert Security Sp. z o.o.

Działanie Zamawiającego narusza więc art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z treści przepisu wynika, że w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Zamawiający jest związany żądaniami zawartymi w odwołaniu przy dokonywaniu ponownych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia i powinien dokonać czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu nie zaskarżał czynności polegających na zaniechaniu wezwania Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, ani nie wnosił o wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Ocena Izby w zakresie tego odwołania powinna sprowadzać się wyłącznie do stwierdzenia braku wykonania przez Zamawiającego żądań zgodnie z uwzględnionym odwołaniem. Żądania z uwzględnionego odwołania można było wykonać wyłącznie w jeden sposób – poprzez odrzucenie ofert wykonawców. W związku z tym nie wymaga merytorycznej oceny stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Z ostrożności” jednak Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą konieczności odrzucenia oferty Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego i oferty Ekspert Security Sp. z o.o., pomimo że wykonawcy ci zaoferowali realizację zamówienia za ceny, które stanowią ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do niej Zamawiający postawił następujące warunki dotyczące rozmiaru zamówienia oraz liczby pracowników, którzy mają realizować zamówienie:

1. Przedmiotem zamówienia jest usługa dozoru i ochrony Klubu DGW w Warszawie przy Al. Niepodległości 141 A (rozdział III ust. 1 SIWZ).
2. Zamówienie wykonywane będzie od 1 maja 2020 do 1 grudnia 2020r. do 7:00 rano (rozdział IV SIWZ, po zmianie z 13 lutego 2020 r.).
3. Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące przedmiot zamówienia były zatrudnione na umowę o pracę (rozdział V ust. 2 pkt Ad.3. lit. b SIWZ).
4. Zaoferowana przez wykonawcę stawka roboczogodziny musi być zgodna z obowiązującymi od 2020 roku przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę (rozdział XIII ust. 3 SIWZ).
5. Usługa na rzecz Klubu DGW realizowana jest w systemie dwóch całodobowych (24-godzinnych) portierów tj. 24 godzinny system ochrony od 07:00 do 07:00, 7 dni w tygodniu (ust. 2 zd. 1 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 20 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).
6. Jeden z pracowników ochrony będzie w holu głównym, a drugi w pomieszczeniu portierni znajdującej się w holu głównym (ust. 2 zd. 3 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 20 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).
7. Dodatkowy portier doraźny jednoosobowy, wystawiany w przypadku organizacji imprez, na których spodziewany będzie duży ruch osobowy, nie więcej jednak niż 80 godzin

w miesiącu (ust. 3 zd. 1 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 21 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

8. Wewnętrzny patrol interwencyjny, całodobowy na wezwanie we wszystkie dni kalendarzowe w roku, wyposażony w broń palną; pracownicy patrolu muszą posiadać legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej (ust. 4 zd. 1 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 22 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

9. Do zakresu działania Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej (SUFO) należy: zapewnienie systemu kontroli pracowników z co najmniej 6 punktami kontrolnymi, pozwalającego kontrolować sposób realizacji zadań ochronnych, umożliwiającego generowanie prostych raportów (ust. 9 pkt 9 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 24 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

10. Wykonawca wyposaży pracowników ochrony w: latarkę – 3 szt., telefon komórkowy – 1 szt., apteczkę pierwszej pomocy – 1 szt., opatrunek osobisty – 3 szt., pilot napadowy wraz z centralką do wezwania patrolu interwencyjnego – 1 szt., przenośne radiotelefony – 3 szt., środki przymusu bezpośredniego w postaci kajdanek - 3 szt., pałki wielofunkcyjnej – 3 szt., ręczny miotacz gazu – 3 szt., umundurowanie w postaci munduru o jednolitym wzorze dla wszystkich pracowników ochrony, oznaczonego w widocznym miejscu emblematem według wzoru wykonawcy (ust. 8 na str. 5 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 6 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy), wyposaży każdego z pracowników SUFO w obiekcie w jednolite nowe umundurowanie odpowiednie dla każdej pory roku z oznakami przynależności do SUFO, w tym jednolite koszule z długim i krótkim rękawem koloru szarego lub niebieskiego... (§ 2 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

12. Wykonawca wyznaczy specjalistę ds. ochrony, który będzie upoważniony do bezpośredniego nadzoru nad pracownikami ochrony i kontaktowania się z Zamawiającym i użytkownikiem lub upoważnionymi przez nich osobami. Specjalista ds. ochrony jest zobowiązany do kontroli pracowników przynajmniej ... razy w tygodniu, w tym przynajmniej jeden raz w godzinach nocnych. Specjalista musi posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE” lub wyższe oraz zaświadczenie potwierdzające odbycie przeszkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych (ust. 11 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 17 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

13. Wykonawca będzie realizował usługę przynajmniej dziewięcioma pracownikami w ciągu miesiąca (ust. 14 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 18 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

14. Wykonawca zobowiązuje się opracować i dostarczyć użytkownikowi na obiekt: książkę meldunków, książkę ewidencji kluczy, książkę wydanych przepustek osobowych, brudnopis (ust. 15 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, § 2 ust. 1 pkt 4 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

15. Wszyscy pracownicy ochrony muszą posiadać upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyższe, być przeszkoleni z zasad ochrony informacji niejawnych i posiadać stosowne legitymacje kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej (ust. 2 na str. 7 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia).

16. Do obowiązków wykonawcy należy w szczególności zapewnić na własny koszt odpowiednie warunki socjalno-bytowe oraz sanitarno-higieniczne w pomieszczeniach przekazanych przez użytkownika (§ 2 ust. 1 pkt 19 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę powyższe wymogi, Przystępujący i Ekspert Security Sp. z o.o. złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę, za którą nie jest możliwe należyte zrealizowanie zamówienia. Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za cenę 269,010,84 zł brutto, zaś Ekspert Security Sp. z o.o. za cenę 275.795,52 zł brutto.

Cena zaoferowana w ofercie Przystępującego nie pokrywa nawet minimalnych kosztów wynagrodzeń pracowników realizujących zamówienie, zaś cena zaoferowana w ofercie Ekspert Security Sp. z o.o. co prawda może pokryć minimalne koszty wynagrodzeń pracowników, jednak nie zapewnia pokrycia pozostałych kosztów realizacji zamówienia.

Przedmiotem zamówienia została objęta ochrona jednego obiektu, która miała być realizowana przez 7 miesięcy, tj. przez od 1 maja do dnia 1 grudnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że usługa ma być wykonywana całodobowo przez dwóch pracowników ochrony na zmianie oraz przynajmniej dziewięcioma pracownikami w ciągu miesiąca. Zatem minimalna liczba roboczogodzin w ramach realizacji zamówienia wynosi 10.272 godziny. Liczba ta nie obejmuje jednak godzin pracy portiera doraźnego.

Wskazane wyliczenie wynika z: na każdej zmianie pracuje 2 pracowników, a ochrona wykonywana jest całodobowo, w związku z tym liczba roboczogodzin jednego dnia wykonywania usługi wynosi 48 godz. (2x 24 godz.), liczba dni w okresie realizacji zamówienia wynosi 214 dni (maj 31, czerwiec 30, lipiec 31, sierpień 31, wrzesień 30, październik 31, listopad 30). Łączna minimalna liczba roboczogodzin w okresie realizacji zamówienia wynosi 10.272 (214 dni x 48 godz. na dobę).

Powyższe nie obejmuje udziału w realizacji zamówienia dodatkowego portiera doraźnego w przypadku organizacji imprez. Zamawiający może żądać udziału portiera doraźnego w wymiarze do 80 godzin w miesiącu. W związku z tym, do ww. liczby roboczogodzin należały doliczyć godziny ewentualnej pracy portiera doraźnego, tj. 560 godzin (7 miesięcy x 80 godzin).

Ustalając koszty zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia wykonawcy musieli wziąć pod uwagę wynagrodzenie pracowników równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, gdyż Zamawiający wymagał, aby wszyscy pracownicy realizujący zamówienie zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, a za niedopełnienie tego wymogu będzie naliczał wykonawcy karę umowną w wysokości 5000 zł za każdy przypadek (§ 12 ust. 2 pkt 13 załącznika nr 6 – projekt umowy).

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 legitymacje kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. W związku z tym wykluczono możliwość realizacji zamówienia przez pracowników niepełnosprawnych, których koszty zatrudnienia są niższe. W związku z tym każda roboczogodzina realizacji zamówienia powinna być wykonywana przez pracownika pełnosprawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę.

Na podwyższenie kosztów wynagrodzenia pracowników ma również wpływ wykonywanie usługi całodobowo. Zgodnie z art. 1518 ust. 1 ustawy Kodeks pracy pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. Dodatkowo 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 powyższych założeń:

1) minimalne koszty wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizować zamówienie, wynoszą 219.820,80 zł netto, podczas gdy Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 269.010,84 zł brutto (218.708,00 zł netto), czyli cenę niższą o 1.112,80 zł niż minimalne koszty wynagrodzeń pracowników, Ekspert Security Sp. z o.o. za kwotę łączną 275.795,52 zł brutto (224.224,00 zł netto), czyli cenę wyższą jedynie o 4.403,20 zł niż minimalne koszty wynagrodzeń pracowników,

2) minimalne miesięczne koszty wynagrodzeń pracowników, którzy będą realizować zamówienie, wynoszą 31.402,97 zł netto, podczas gdy Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za miesięczną cenę 31.244,00 zł netto (218.708,00 zł ÷ 7 miesięcy), czyli cenę niższą o 58,97 zł niż minimalne miesięczne koszty wynagrodzeń pracowników, a Ekspert Security Sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za miesięczną cenę 32.032,00 zł netto (224.224,00 zł ÷ 7 miesięcy) czyli cenę wyższą jedynie o 629,03 zł niż minimalne miesięczne koszty wynagrodzeń pracowników,

3) cena zaoferowana przez Przystępującego nie pokrywa nawet minimalnych kosztów wynagrodzeń pracowników stale realizujących zamówienie, zaś cena zaoferowana przez Ekspert Security Sp. z o.o. pokrywa jedynie te koszty, w związku z tym ceny te nie pokryją pozostałych kosztów realizacji zamówienia, tj. kosztów zatrudnienia portiera doraźnego, 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 kluczy, książek meldunków i książek wydawanych przepustek osobowych, kosztów nadzoru, kosztów patrolu interwencyjnego, kosztów obsługi administracyjnej oraz kosztów Pracowniczych Planów Kapitałowych.

Do wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników Odwołujący przyjął obowiązującą wysokość wynagrodzenia minimalnego, tj. 2.600,00 zł brutto + 164 zł godziny nocne – 2.764,00 zł.

Koszty zatrudnienia pracowników (koszty pracodawcy) wynoszą 3.309,61 zł, wynagrodzenie za urlop (26 dni) w skali miesiąca – 285,17 zł, łączne koszty zatrudnienia – 3.594,79 zł. Średni miesięczny wymiar czasu pracy pracownika w okresie maj – listopad 2020 r. wynosi 168 godzin, zatem koszty wynagrodzeń pracowników w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę wykonywania zamówienia wynoszą więc 21,40 zł (3,594,79 zł ÷ 168 godzin), minimalna liczba roboczogodzin 10.272. Łączne koszty zatrudnienia pracowników wynoszą więc 219.820,80 zł netto (10.272 x 21,40 zł), tj. 270.379,58 zł brutto.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wszyscy pracownicy ochrony skierowani do realizacji zamówienia muszą posiadać legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej (ust. 2 na str. 7 załącznika nr 8 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia). Zamawiający przewidział także w projekcie umowy, że naliczy wykonawcy karę umową w przypadku pełnienia służby ochronnej przez pracownika ochrony bez uprawnień kwalifikowanego pracownika ochrony w wysokości 1000 zł za każde takie zdarzenie (§ 12 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy).

Realizacja zamówienia przez kwalifikowanych pracowników ochrony powoduje wzrost kosztów wykonania zamówienia, gdyż pracownicy ci, z racji posiadania dodatkowych kwalifikacji, co do zasady nie podejmują zatrudnienia za minimalne wynagrodzenie za pracę. W związku z tym Przystępujący i Ekspert Security Sp. z o.o. powinni uwzględnić w cenie ofertowej wynagrodzenie pracowników wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, gdyż nie będą w stanie zatrudnić kwalifikowanych pracowników ochrony za wynagrodzenie równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę.

Zgodnie z zaleceniami Polskiej Izby Ochrony, w przypadku kwalifikowanego pracownika ochrony minimalne koszty zatrudnienia należy zwiększyć o co najmniej 10%. Zalecenia te nie są wiążące, jednak wskazują na pewne tendencje na rynku świadczenia usług ochrony. We wszystkich powyższych wyliczeniach Odwołujący przyjął koszty wynagrodzeń pracowników równe wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Skoro ceny zaoferowane przez ww. wykonawców nie pokrywają nawet kosztów wynagrodzeń pracowników równych minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, tym bardziej nie pokrywają kosztów wyższego wynagrodzenia kwalifikowanych pracowników ochrony.

Cena ofertowa powinna uwzględniać też konieczność poniesienia szeregu innych kosztów, których nie uwzględniono w powyższych wyliczeniach Odwołującego, takie jak:

- 1) Koszty zatrudnienia dodatkowego portiera doraźnego, co może pociągnąć za sobą konieczność zatrudnienia do realizacji zamówienia jeszcze jednej osoby w wymiarze prawie ½ etatu.
- 2) Koszty patrolu interwencyjnego, tj. zapewnienia patrolu interwencyjnego i pozostawania w gotowości, w szczególności koszty zatrudnienia pracowników patrolu interwencyjnego oraz koszty utrzymania i ewentualnie nabycia środka transportu dla patrolu, (w tym koszty ubezpieczenia obowiązkowego środka transportu, wymiany i naprawy części eksploatacyjnych), ewentualnie koszty podwykonawstwa w tym zakresie. Koszty grupy interwencyjnej, które powinien w ofercie uwzględnić wykonawca, wynoszą co najmniej 100 – 300 zł netto miesięcznie.
- 3) Wynagrodzenie chorobowe – wykonawca musi liczyć się z koniecznością pokrycia kosztów wynagrodzenia pracowników za czas ich niezdolności do pracy z uwagi na chorobę.
- 4) Koszty tzw. urlopów okolicznościowych pracowników.
- 5) Koszty badań lekarskich pracowników – zatrudniając nowych pracowników do realizacji zamówienia wykonawcy będą zmuszeni pokryć koszty wstępnych badań lekarskich, średnio 50 zł. Mając na uwadze, że Zamawiający wymaga zatrudnienia 9 pracowników, koszty badań wstępnych to 450 zł. W przypadku pracowników już zatrudnionych wykonawcy powinni uwzględnić koszty okresowych badań pracowników.
- 6) Koszty szkoleń BHP pracowników.
- 7) Koszty wyposażenia pracowników w umundurowanie – Zamawiający wymaga, aby pracownicy zostali wyposażeni w umundurowanie w postaci munduru o jednolitym wzorze oraz by wykonawca zapewnił jednolite nowe umundurowanie odpowiednie dla każdej pory roku z oznakami przynależności do SUFO, w tym jednolite koszule z długim i krótkim rękawem. Wykonawca będzie zobowiązany do pokrywania kosztów nowych mundurów pracowników ochrony. Mundury muszą spełniać wymagania Zamawiającego, więc nie mogą być dowolne, wcześniej posiadane przez wykonawcę, w więcej niż 1 komplecie (na każdą

porę roku). Koszty jednego kompletnego umundurowania pracownika ochrony wnoszą około 600 zł, zatem wykonawca powinien uwzględnić w cenie około 5.400 zł.

8) Koszty ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej lub pokrywanie kosztów prania odzieży roboczej. Z wymaganiami dotyczącymi umundurowania wiąże się konieczność pokrywania przez wykonawcę kosztów prania odzieży pracowników, ewentualnie zapłaty pracownikowi ekwiwalentu za koszty prania tej odzieży. Zgodnie z art. 2379 § 2 i 3 Kodeksu pracy pracodawca jest zobowiązany zapewnić pracownikowi między innymi pranie, konserwację, naprawę, odpylanie i odkażanie środków ochrony indywidualnej oraz odzieży i obuwia roboczego, a jeżeli nie jest w stanie zapewnić prania odzieży roboczej, czynności te mogą być wykonywane przez pracownika, pod warunkiem wypłacenia mu ekwiwalentu pieniężnego w wysokości poniesionych przez niego kosztów.

9) Wyposażenie w takie sprzęt typu latarki, komórka, pilot napadowy wraz z centralką do wezwania patrolu interwencyjnego, radiotelefony, środki przymusu bezpośredniego itd. Wykonawcy musieli uwzględnić w zaoferowanej cenie koszty ewentualnego zakupu oraz utrzymania ww. wyposażenia, np. związane z wymianą niedziałającego na nowe, wymiany baterii w latarkach, czy opłat z tytułu usług telekomunikacyjnych. Minimalne koszty usług telekomunikacyjnych wynoszą 105 zł (7 miesięcy x 15 zł). Średnie koszty zakupu ww. wyposażenia 2.135 zł: latarki – 120 zł (40 zł x 3 szt.), apteczka – 50 zł, opatrunek osobisty – 15 zł (5 zł x 3 szt.), pilot napadowy z instalacją – 300 zł, radiotelefony – 1.050 zł (350 zł x 3 szt.), kajdanki – 300 zł (100 zł x 3 szt.), pałki – 150 zł (50 zł x 3 szt.), ręczny miotacz gazu – 150 zł (50 zł x 3 szt.).

10) Koszty systemu kontroli pracowników z co najmniej sześcioma punktami kontrolnymi, pozwalającego kontrolować sposób realizacji zadań ochronnych, umożliwiającego generowanie prostych raportów. Systemem tym jest urządzenie, którego koszt zakupu wynosi około 900 zł, ponadto wykonawca zobowiązany jest do comiesięcznego opłacania abonamentu za kartę SIM w wysokości co najmniej 2,50 zł, za pomocą którego pracownik ochrony zaznacza 6 punktów kontrolnych podczas obchodu obiektu. Do poprawnego działania systemu niezbędne jest również ponoszenie kosztów abonamentu za korzystanie z aplikacji do obsługi systemu, w wysokości od 5 do 150 zł miesięcznie.

11) Koszty nadzoru nad sposobem realizacji zamówienia sprawowane przez dodatkową osobę (niebędącą pracownikiem ochrony), specjalista ds. ochrony, który będzie upoważniony do bezpośredniego nadzoru nad pracownikami ochrony i kontaktowania się z Zamawiającym i użytkownikiem lub upoważnionymi przez nich osobami, który będzie zobowiązany do kontrolowania pracowników z częstotliwością co najmniej zaoferowaną w ramach kryteriów oceny ofert. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, zaoferowali maksymalną tygodniową liczbę kontroli, tj. 6 kontroli w ciągu tygodnia, w tym jedna w nocy. W związku z tym, specjalista ds. ochrony wybranego wykonawcy zobowiązany będzie do

przeprowadzenia kontroli ok. 26 razy w miesiącu, w tym 4-5 razy w nocy. Są to znaczne koszty wpływające na zaoferowaną cenę, w szczególności z uwagi na wymaganą minimalną liczbę kontroli w tygodniu, tj. 6 (w tym jedna w nocy).

12) Koszty zapewnienia książek meldunków, książek ewidencji kluczy, książek przepustek itd.

13) Koszty wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy – zgodnie z rozdziałem XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 8 załącznika nr 6 – projektu umowy, Zamawiający wymaga wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej brutto. Najpopularniejszą formą, w jakiej wykonawcy wnoszą zabezpieczenie, jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, przy której koszty wynagrodzenia gwaranta to ok. 2% wartości gwarancji, tj. co najmniej 5.000 zł.

14) Koszty Pracowniczych Planów Kapitałowych.

15) Koszty obsługi administracyjnej związanej z obsługą administracyjną realizowanego zamówienia, w szczególności koszty rozliczeń księgowych i rozliczeń związanych z kwestiami pracowniczymi.

Powyższe koszty z pewnością nie zostaną pokryte z cen zaoferowanych przez Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. Na konieczność uwzględnienia powyższych kosztów realizacji usług ochrony osób i mienia wskazuje Polska Izba Ochrony, która przedstawiła kalkulację kosztów świadczenia tych usług w 2020 r.

W związku z powyższym, cena zaoferowana przez Przystępującego i cena zaoferowana przez Ekspert Security Sp. z o.o. są cenami rażąco niskimi.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie istnieje definicja legalna terminu „rażąco niskiej ceny”, jak również orzecznictwo nie sformułowało jednoznacznych kryteriów, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie, czy doszło do zaoferowania realizacji zamówienia za cenę rażąco niską. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Pod pojęciem rażąco niskiej ceny rozumie się ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie

występującą na 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. Wskazani wykonawcy zaoferowali ceny, które nie pokrywają kosztów wynagrodzeń pracowników lub nie zapewniają pokrycia pozostałych kosztów realizacji zamówienia, a tym bardziej nie zapewniają osiągnięcia zysku. W związku z tym nie gwarantują należytej realizacji zamówienia.

Przy usługach ochrony dla oceny, czy występuje rażąco niska cena, nie jest wystarczające porównanie zaoferowanej ceny z cenami innych wykonawców. Koszty wykonywania usług ochrony osób i mienia są to głównie koszty osobowe (wynagrodzeń pracowników i inne).

W związku z tym kwoty tych kosztów w przypadku poszczególnych wykonawców są do siebie zbliżone. Ponadto usługi te są usługami ze stosunkowo niskim poziomem zysku w stosunku do wartości umowy, a nieznaczna różnica pomiędzy zaoferowanymi cenami nie świadczy o tym, że cena niższa nie jest rażąco niska. Głównym wyznacznikiem dla zbadania, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską jest jej porównanie z kosztami osobowymi wykonania zamówienia. Powyżej dokonana analiza cen jednoznacznie wskazuje, że ceny te nie pokrywają nawet kosztów osobowych wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym stanie faktycznym spełnione zostały wszystkie znamiona czynu opisanego w hipotezie normy wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a obaj wykonawcy, poprzez złożenie swoich ofert niewątpliwie utrudniają dostęp do rynku pozostałym przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług w zakresie ochrony osób i mienia, powodują bowiem, że pozostali przedsiębiorcy zostają postawieni przed wyborem, czy obniżyć ceny usług poniżej kosztów ich świadczenia, czy stracić odbiorców usług.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie zastrzegł minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mniejszego niż 30%, osób zatrudnionych przez zakład pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki.

W postępowaniu złożono następujące oferty: Pond Security & Service Sp. z o.o. – 323.928,36 zł, Odwołujący – 299.123,30 zł, Ekspert Security Duo Sp. z o.o. – 263.994,65 zł; Ekspert Security Sp. z o.o. – 275.795,52 zł; Przystępujący – 269.010,84 zł.

Średnia cena złożonych ofert wynosi 286.370,53 zł. Podczas otwarcia ofert 18 lutego 2020 r. podał wartość zamówienia w wysokości 301.616,00 złotych, którą zamierza przeznaczyć na jego realizację.

Odniesieniem w ocenie ofert jest przyjęta w budownictwie oraz usługach w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2020 roku minimalna kalkulacyjna stawka godzinowa wynosząca 21,65 zł. Stawka ta zawiera wszystkie narzuty podstawowe i uzupełniające, jakie wykonawca zobowiązany jest ponieść przy zatrudnieniu pracownika. Przy sprzedaży usługi wykonawca zobowiązany jest opodatkować tę stawkę o należny podatek VAT w wysokości 23%, wówczas wynosi ona 26,63 zł brutto.

W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że zamówienie będzie realizowane całodobowo przez dwóch pracowników ochrony na zmianie. Na przestrzeni miesiąca do realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na umowę o pracę (pkt 8) co najmniej 9 pracowników ochrony (pkt 14) w tym, co wynika z normy zatrudnieniowej, 8 pracowników na pełnym etacie i jednego pracownika zatrudnionego na 0,6 etatu.

8 kwietnia 2020 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie wskazując, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca Przystępujący oferując wykonanie zamówienia za cenę 269.010,84 zł. Pozacenowe kryteria to: przybycie patrolu interwencyjnego – 8 minut, zadeklarowana dodatkowa ilość kontroli pracowników – 4 razy. 11 kwietnia 2020 r. od powyższego rozstrzygnięcia Odwołujący złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Przystępującego i wykonawcy Ekspert Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny.

17 kwietnia 2020 r. Zamawiający uznał odwołanie unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty i przystąpił, zgodnie z żądaniem Odwołującego, do oceny ofert. Mając na względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, po uprzednim przeprowadzeniu niezbędnych w tym zakresie wyjaśnień. Zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskich cen złożonych ofert, w tym Przystępującego pismem z 20 maja 2020 r.

W odpowiedzi uzyskał informację, że wykonawca zatrudnia osoby niepełnosprawne posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony i będzie otrzymywał z PFRON comiesięczne dofinansowanie dla trzech pracowników niepełnosprawnych w wysokości 368,05 zł na każdą osobę. Do ceny oferty w wysokości 269.010,84 zł dodając 7.729,05 zł (3x368,05x7), wykonawca uzyska łączny przychód w wysokości 276.739,89 zł. Uzyskany

przychód dzieląc przez czas świadczonej usługi – 7 miesięcy, a następnie przez wymaganą ilość 8,6 etatów, średnie wynagrodzenie na osobę wynosi 4.597,00 zł. Przyjmując 168-godzinną normę czasu pracy na 2020 r., na godzinę przypada stawka w wysokości 27,36 zł. Minimalna stawka godzinowa wynosi $21,65 \times 1,23\% = 26,63$ zł. Stawka godzinowa oferowana przez Przystępującego jest wyższa o 0,73 zł od minimalnej. Tak więc cena oferty, jak i element cenotwórczy nie są rażąco niskie. Zamawiający stwierdził, że po zagregowaniu istotnych elementów części składających się na cenę oferty, cena ta jest realna i nie jest rażąco niska w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia ani w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Również 20 maja 2020 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny wykonawcę Ekspert Security Sp. z o.o. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, że wykonawca zatrudnia osoby niepełnosprawne posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony i będzie otrzymywał z PFRON comiesięczne dofinansowanie dla siedmiu etatów, na których będą zatrudnione osoby niepełnosprawne, w wysokości 3.150,00 zł. Do ceny oferty w wysokości 275.795,52 z dodając 22.050,00 zł (7x3150), wykonawca uzyska łączny przychód w wysokości 297.845,52 zł. Uzyskany przychód dzieląc przez czas świadczonej usługi – 7 miesięcy, a następnie przez wymaganą ilość 8,6 etatów przeznaczonych do realizacji zamówienia, wykonawca uzyska średnie wynagrodzenie na osobę w wysokości 4.947,60 zł. Przyjmując 168-godzinną normę czasu pracy, na godzinę przypada stawka w wysokości 29,45 zł. Minimalna stawka godzinowa wynosi $21,65 \times 1,23\% = 26,63$ zł. Stawka godzinowa oferowana przez Ekspert Security Sp. z o.o. jest wyższa o 2,82 zł od minimalnej. Tak więc cena oferty, jak i element cenotwórczy nie są rażąco niskie. Zamawiający stwierdza, że po zagregowaniu istotnych elementów części składających się na cenę oferty, cena ta jest realna i nie jest rażąco niska w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia ani w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Przyjmując powyższe Zamawiający stwierdził, że w obu przypadkach cena oferty z uwzględnieniem dofinansowania z PFRON ani składowe jej elementy nie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą wątpliwości u Zamawiającego co do możliwości wykonania tej usługi zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł odrzucić ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (czynu nieuczciwej konkurencji) ani na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (rażąco niskiej ceny), ponieważ w obu ofertach nie występuje okoliczność wynikająca z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (rażąco niskiego elementu cenotwórczego) i z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (rażąco niskiej ceny).

Wybrana oferta spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Działanie Zamawiającego w zakresie oceny ofert z uwzględnieniem czynności wzywającej wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest zgodne z najnowszą linią orzeczniczą dotyczącą rażąco niskiej ceny, bowiem znajduje uzasadnienie w wyroku KIO 2499/18 oraz w wyroku 1519/19.

Ponadto Odwołujący w niniejszym odwołaniu powołuje się na te same okoliczności co we wcześniejszym odwołaniu.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o.

Przystępujący stwierdził, iż zarzuty odwołania są niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Wskazał też, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ jest na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Zauważył, że większość kalkulacji Odwołującego zawiera błędy, ponieważ jeśli przyjąć 9,21 etatu przy 168 godzinach pracy miesięcznie, wychodziłoby, że miesiąc ma 32,235 dnia.

W miesiącach 30-dniowych wymiar etatu to 8,57, a 31-dniowych to 8,85.

Stwierdził, że do realizacji zamówienia zamierza skierować trzy osoby niepełnosprawne spośród wymaganych dziewięciu osób, natomiast opiekunem osoby niepełnosprawnej będzie drugi z pracowników jednocześnie z tą osobą pracujący.

Co do wymiaru ekwiwalentu urlopowego zauważył, że zamówienie obejmowało 7 miesięcy, zatem jest to 7/12 z 36 dni dla pracowników niepełnosprawnych i 7/12 z 20 lub 26 dni dla pracowników pełnosprawnych.

Co do 7-godzinnego czasu pracy osoby niepełnosprawnej stwierdził, że świadczenie pracy w ochronie najczęściej jest realizowane w równoważnym systemie pracy obejmującym 12 godzin i rozliczenie czasu pracy jest zależne od regulaminu czasu pracy. Może być nawet rozliczane w skali roku. Wskazał, iż nie ma zakazu, by osoba niepełnosprawna pracowała 12 godzin, nie jest jednak pewien, czy przyjmie taki czas pracy – prawdopodobnie będzie to system 12- lub 24-godzinny.

To, że mundury są z zasobu magazynowego, nie oznacza, że nie są one nowe. Koszty umundurowania pracownika wykazał w kwocie 80 złotych. Przystępujący realizuje na rzecz Zamawiającego inne usługi i umundurowanie przez Zamawiającego zostało zatwierdzone.

Podkreślił, iż wskazywane przez Odwołującego różnice w przeliczeniach są bardzo drobne, a Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał miesięczną marżę na poziomie 720 złotych (zysk po odliczeniu wszystkich kosztów), zatem ewentualne drobne kwoty znajdą w niej pokrycie. Przystępujący nie wykonywałby usługi bez zysków.

Obecnie świadczy tę usługę u Zamawiającego. Pracują u niego osoby niepełnosprawne, które posiadają wymagane legitymacje kwalifikowanego pracownika ochrony. Osoby przez niego zatrudniane, to często byli wojskowi lub pracownicy służb, zatem łatwiej im uzyskać przedmiotowe legitymacje, są oni wykwalifikowani. Są to osoby, które często odeszły na wcześniejszą emeryturę przysługującą im po 15 latach służby. Przystępujący stara się ułatwić uzyskanie takich legitymacji, przez co aktywizuje ich zawodowo i otrzymuje wyższe dofinansowanie z PFRON.

Przystępujący nie zakładał wypłacania nadgodzin, dlatego liczba etatów w wyliczeniach została zawyżona do 9,17. Odwołujący nie udowodnił, że którykolwiek element wyceny naraża Przystępującego na stratę. Dopuszczalna jest praca osoby niepełnosprawnej z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w wymiarze dłuższym niż 7 godzin i nie potrzebuje on opiekuna.

Przystępujący przed złożeniem oferty zbadał, jakiego rodzaju imprezy się odbywają w przedmiotowym klubie, nie są to imprezy nocne.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości. Jednak niniejsze zamówienie, ze względu na swoją wartość, podlega dyspozycji art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ze względu na to, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie to może być więc ograniczone wyłącznie do zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli odnoszącego się do oferty Przystępującego.

Pozostałe zarzuty zostały więc pozostawione bez rozpoznania.

Izba uznała także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołanie zaś przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przystępujący zakwestionował fakt posiadania przez Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania ze względu na fakt, że jego oferta zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert. Jednak zostało już jednolicie przesądzone w orzecznictwie, że sytuacja taka w obecnym stanie prawnym co do zasady nie pozbawia wykonawcy możliwości wniesienia odwołania – szczególnie przy tzw. procedurze odwróconej, kiedy wykonawcy nie zostali do końca zweryfikowani przez zamawiającego – i z tego względu wynik postępowania, w tym ranking ofert, nie jest jeszcze ostateczny. W niniejszym stanie faktycznym byłoby to tym bardziej nieakceptowalne, że Odwołujący zakwestionował obie oferty – znajdujące się na pierwszym i drugim miejscu, ale ze względu na przywołany przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w zakresie drugiej z ofert nie może być przez Izbę rozpoznane.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączników do niej, treść wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i udzielonych przez niego wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. W zakresie, w którym został opisany w powyższych stanowiskach, nie będzie on powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz oferty wykonawcy Ekspert Security Sp. z o.o., a także wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Zamawiający powinien odrzucić

oferty tych wykonawców, wykonując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu o sygn. KIO 788/20,

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przez podjęcie czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. w warunkach, w których oferty te zawierają rażąco niską cenę, co zostało potwierdzone poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania o sygn. KIO 788/20,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i Ekspert Security Sp. z o.o. w warunkach, w których ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co zostało potwierdzone poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania o sygn. KIO 788/20.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera naczelne zasady zamówień publicznych, stanowiąc, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli, odpowiednio, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych rozpatrzeniu przez Izbę mogą podlegać wyłącznie zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. dotyczące oferty Przystępującego, a więc podstawy jej odrzucenia odnoszące się do art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powiązany jest bezpośrednio z procedurą opisaną w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, której zastosowanie jest dla zamawiających obowiązkowe w przypadku, gdy w postępowaniu pojawi się kwestia poziomu zaoferowanej ceny, niezależnie od konkretnych zarzutów i żądań wykonawców podnoszonych w procedurze odwoławczej.

W ustępach 1-3 przywołanego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych opisano instytucję wyjaśnień poziomu cen ofert: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) 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;

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.

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

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W związku z uznaniem odwołania o sygn. 788/20, 20 maja 2020 r. Zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu wskazał, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do szacunku przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wyjaśnień kosztów pracy, których wartość przyjęta została do ustalenia ceny, oraz wskazał, że ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena oferty została skalkulowana rzetelnie i czy Przystępujący będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie z uwzględnieniem wyliczeń minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej oraz dodatku za godziny nocne, stanowiących pokrycie wynagrodzenia stosowanego na potrzeby zamówień publicznych w zakresie gospodarowania nieruchomościami w roku 2020. Zamawiający wskazał, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia, tj. wszystkie informacje, które Przystępujący uzna za istotne, na temat sposobu kalkulacji ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

W odpowiedzi, pismem z 25 maja 2020 r., Przystępujący wskazał, że analizując koszty, jakie będą niezbędne do wykonania zamówienia, przy kalkulacji oferowanej ceny jednostkowej za roboczogodzinę oraz wartości oferty przyjął wartości wynikające z poniższej analizy z uwzględnieniem następujących aktów prawnych: 1) ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wraz z wydanymi na jej podstawie rozporządzeniami, w tym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.; 2) ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych; 3) ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej

i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych; 4) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy; 5) ustawy z dnia 13 lipca 2006 roku o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy.

W zakresie kosztów pracy Przystępujący przyjął następujące założenia:

- 1) stawka ofertowa bezpośredniej ochrony fizycznej stałej – 21,29 zł netto (26,19 zł brutto),
- 2) wymóg zatrudnienia wszystkich pracowników w ramach umowy o pracę zgodnie z wymaganiami Kodeksu pracy,
- 3) wszystkie godziny pracy w trybie umowy o pracę zgodnie z wymogami Kodeksu pracy,
- 4) pracownicy wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, posiadający aktualne badania lekarskie oraz upoważnienie do dostępu do ... (brak tekstu – prawdopodobnie chodzi o wymagany dostęp do informacji niejawnych),
- 5) brak zastrzeżenia Zamawiającego dotyczącego możliwości zatrudnienia pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością,
- 6) łączna liczba roboczogodzin stałej ochrony fizycznej w średnim miesiącu kalendarzowym 1467 (w okresie od 1 maja do 30 listopada 2020 r.); łączna liczba roboczogodzin doraźnej (dodatkowej) ochrony fizycznej w średnim miesiącu kalendarzowym – do 80, co daje w ciągu 7 miesięcy liczbę roboczogodzin ochrony stałej (214 dni x 48 godz.) – 10.272, ochrony doraźnej (dodatkowej) do 80 godz. miesięcznie – 560 godz. w okresie 7 miesięcy (przy maksymalnym wykorzystaniu przez Zamawiającego),
- 7) liczba godzin nocnych w okresie średniego miesiąca kalendarzowego 467 (Przystępujący nie jest w stanie oszacować ilości godzin nocnych w ochronie doraźnej, ponieważ nie jest wiadomo, jakie sytuacje będą miały miejsce i jak będzie wyglądało zlecenie Zamawiającego na ochronę doraźną, dlatego uwzględnia jedynie godziny nocne w ochronie stałej),
- 8) liczba zatrudnionych pracowników ochrony – 9 na 8,69 etatach przeliczeniowych (1460 godz. ÷ 168 godz. średnio w 4-miesięcznym okresie rozliczeniowym + 80 godz. ochrony doraźnej ÷ 168 rbg = 0,48 etatu), łącznie do szacowania kosztów 9,17 etatu,
- 9) wynagrodzenie zasadnicze 2.600,00 zł brutto (pełny etat),
- 10) kwota dodatku za godziny nocne w 2020 roku – 3,10 zł (2.600,00 ÷ 168 x 20%),
- 11) kwota dodatku za pracę w godzinach nocnych w okresie 1 miesiąca 467 x 3,10 = 1447,70 zł ÷ 9,17 etatu = 157,87 zł (na jeden etat średniomiesięcznie),
- 12) składki na ubezpieczenia społeczne po stronie pracodawcy: emerytalna – 9,76 %, rentowa – 6,5 %, wypadkowa – 1,40 %, na Fundusz Pracy i FGŚP z uwzględnieniem zatrudnionych 5 pracowników w wieku powyżej 55 lat – kobiety i 60 lat mężczyźni (w przeliczeniu na pełny etat),
- 13) koszt zastępstwa za urlopy wypoczynkowe – stawka godzinowa liczona jak ekwiwalent 15,41 zł, roboczogodzin 26 dni x 8 godz. = 208, koszt roczny dla jednego pełnego etatu 3.205,28 zł, koszt średniomiesięczny – 267,11 zł,

14) koszt zastępstwa za ewentualne nieobecności z tytułu zwolnień lekarskich: przyjęto, iż średnio pracownik przebywa na zwolnieniu lekarskim 4 dni robocze w ciągu roku kalendarzowego (zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem na obiekcie), stawka godzinowa liczona jak ekwiwalent 15,41 zł, roboczogodzin 4 dni x 8 godz. = 32, koszt roczny dla jednego pełnego etatu $32 \times 15,41 = 493,12$, koszt średniomiesięczny – 41,09 zł,

15) koszt zastępstwa za 10 dni urlopu dodatkowego dla pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym: stawka godzinowa liczona jak ekwiwalent 15,41 zł, roboczogodzin 10 dni x 8 godz. = 80, koszt roczny dla jednego pracownika, któremu przysługuje urlop – 1232,80 zł. Koszt średniomiesięczny $1232,80 \div 12$ miesięcy = 102,73: 9,17 etatów – 11,20 zł miesięcznie na jeden etat – dla jednego pracownika

z niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym. Przystępujący zadeklarował zatrudnienie 2 pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, miesięczny koszt urlopów dodatkowych wynosić będzie $11,20 \times 3 = 33,60$ zł średnio na jeden etat. Łączny przewidywany koszt zastępstw za urlopy wypoczynkowe z uwzględnieniem urlopów dodatkowych dla pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym wyniesie odpowiednio $267,11$ zł + $33,60$ zł. = $300,71$ zł średniomiesięcznie na jeden etat,

16) szacowany koszt programu PPK – obecnie żaden z pracowników uprawnionych do uczestnictwa w programie PPK, a których Przystępujący planuje zatrudnić w obiekcie Zamawiającego, nie przystąpił do programu. Przystępujący założył jednak, iż zgodnie z podawanymi oficjalnie danymi ok. 50% uprawnionych pracowników przystępuje do programu. Ze względu na osiągnięty wiek 4 pracowników (w przeliczeniu na pełne etaty) może brać udział w programie, zatem ewentualny udział w programie został obliczony na 2 etaty przeliczeniowe: $2 \text{ etaty} \times (2600,00 \text{ zł} + 157,87 \text{ zł})$ – średnio dodatek za godziny nocne $\times 1,5\% = 2 \times 2757,87 \text{ zł} \times 1,5\% = 82,74 \text{ zł} \div 9,17$ etatów = 9,02 zł średniomiesięcznie na jeden etat przeliczeniowy,

17) szkolenie BHP 38.000,00 zł (koszt pracy inspektora BHP zatrudnionego w spółce - liderze konsorcjum na 3200 etatów (zatrudnienie w spółkach konsorcjum) na rok, średniorocznie na jeden etat $11,88 \text{ zł} \div 12$ m-cy = 0,99 zł średniomiesięcznie),

18) środki ochrony osobistej (pakiety): koszt jednego pakietu ochronnego w sprzedaży hurtowej $3,50 \text{ zł} \div 24$ m-ce = 0,15 zł + 20% rezerwy na ewentualne zużycie pakietu i konieczność wydania drugiego = 0,18 zł średniomiesięcznie na jeden etat przeliczeniowy.

Z uwagi na bieżącą sytuację sanitarną w kraju (oferta składana była 16 marca 2020 r.) Przystępujący dodatkowo oszacował koszty środków dezynfekcyjnych oraz rękawiczek ochronnych w kwocie ok. 15.000 zł miesięcznie, w przeliczeniu na jeden etat jest to ok. 4,69 zł średniomiesięcznie,

19) koszty umundurowania i wyposażenia w całym okresie wykonywania umowy przypadające na jeden pełny etat pracownika ochrony z uwzględnieniem zapasów magazynowych Przystępującego – 11,42 zł średniomiesięcznie (80,00 zł ÷ 7 miesięcy); 80% kosztów umundurowania, czyli 320,00 zł na jeden etat pokrywają zapasy magazynowe Przystępującego. Z uwagi na krótki okres zamówienia wykorzystane będzie głównie umundurowanie z zasobów magazynowych.

20) środki łączności (obliczone na dwa stanowiska): Zamawiający wymaga wyposażenia pracowników w 1 szt telefonu komórkowego – 1 stanowisko x 15 zł abonament miesięczny = 15,00 zł ÷ 9 etatów = 1,64 zł, 3 krótkofalówki (radiotelefony przenośne) – koszt roczny opłat za częstotliwości – 18.860,00 zł ÷ 370 sztuk urządzeń posiadanych przez spółkę, tj. 50,98 zł rocznie, tj. 4,25 zł miesięcznie x 3 = 12,74 zł ÷ 9,17 etatów = 1,39 zł; ogółem koszt łączności bezprzewodowej 1,64 + 1,39 zł = 3,03 zł. Przystępujący ma obecnie na stanie magazynowym kilkadziesiąt wolnych aparatów komórkowych, jak i krótkofalówek,

21) inne wyposażenie, jak apteczka pierwszej pomocy, pilot napadowy wraz z centralką do wezwania patrolu interwencyjnego, kajdanki, pałka wielofunkcyjna i ręczy miotacza gazu znajdują się na stanie magazynowym Przystępującego w ilości znacznie przekraczającej potrzeby zamówienia. Z uwagi jednak na to, iż zwłaszcza miotacze gazowe w ciągu 24 miesięcy trwania zamówienia mogą ulec przeterminowaniu, wykonawca założył, iż w trakcie trwania zamówienia będzie zmuszony zakupić trzy takie miotacze za kwotę łączną 100,00 zł. Średni koszt na okres 24 miesięcy na 9,17 etatów to $100,00 \div 24 = 0,45$ zł miesięcznie na średni etat przeliczeniowy. Dodatkowo Przystępujący przeznaczy ok. 2,00 zł miesięcznie na średni etat przeliczeniowy, tj. łącznie ok. 130,00 zł na zakup sprzętu zużytego lub zniszczonego w trakcie realizacji zamówienia. Przystępujący, po zejściu w styczniu 2020 r. z ochrony dwóch obiektów wojskowych posiada na stanach magazynowych praktycznie cały wymagany asortyment sprzętu, tj. oprócz broni palnej długiej i krótkiej, środki przymusu bezpośredniego, latarki, apteczki, piloty napadowe, zdjęte centralki do wezwania patrolu interwencyjnego itp.

22) koszty administracyjne – ok. 350.000 zł rocznie – zatrudnionych łącznie w spółkach konsorcjum ok. 3200 pracowników w przeliczeniu na jeden etat – średnio 9,11 zł miesięcznie ($350.000,00 \div 12$ m-cy = 29.166,67 zł miesięcznie ÷ 3200 pracowników).

23) Nadzór inspektorski (koordynatorzy): 4 inspektorów nadzoru na terenie Warszawy x 3400,00 zł średniomiesięcznie (koszt pracy) = 13.600 zł miesięcznie. W obiektach podległych oddziałowi Warszawa jest ok. 1400 etatów. Średni koszt na jeden etat przeliczeniowy 9,32 zł miesięcznie,

24) inne koszty obsługi zamówienia: koszt własnej Grupy Interwencyjnej SUFO – koszt zatrudnienia pracowników ok. 28.900,00, zł miesięcznie + koszty paliwa i amortyzacji sprzętu (samochód) – łącznie ok. 31.000,00 zł. Patrol obsługuje ok. 40 obiektów, koszt dla jednego

obiekty to ok. 775,00 zł miesięcznie, przy czym odjąć należy wartość usług oddzielnie płaconych w ramach oddzielnych umów, tj. np. konwojów bankowych, działania w ramach umów podwykonawstwa, umów monitoringu elektronicznego, depozytu kluczy itp. Łącznie jeden patrol interwencyjny wykonuje zadania dodatkowe, które generują przychody miesięcznie ok. 20 000,00 zł. Tak więc koszt patrolu w zakresie podjazdów alarmowych należy obliczyć jako $31.000,00 \text{ zł} - 20.000,00 \text{ zł} = 11.000,00 \text{ zł} \div 467$ etatów na terenie Warszawy przypadających na jeden patrol (Przystępujący posiada 3 patrole na terenie Warszawy) wynosi $11.000 \div 467 = 25,70$ zł na jeden etat średniomiesięcznie,

25) szkolenia pozostałe: szkolenie bieżące przeprowadzają inspektorzy nadzoru – koszt został uwzględniony w punkcie dotyczącym nadzoru inspektorskiego,

26) badania lekarskie wymagane dla pracowników kwalifikowanych co dwa lata posiadają wszyscy zatrudnieni pracownicy,

27) polisy ubezpieczeniowe: koszt roczny $32.000 \text{ zł} \div 3200$ pracowników = $10,00 \text{ zł}$ rocznie na jednego pracownika $\div 12$ miesięcy = $0,83 \text{ zł}$ na jeden etat miesięcznie.

Przystępujący wskazał też na pomoc publiczną stwierdzając, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odniósł się do kwestii zatrudnienia w realizacji zamówienia osób (pracowników) bezpośredniej ochrony fizycznej posiadających orzeczenia o niepełnosprawności. Biorąc pod uwagę brak zastrzeżenia Zamawiającego, iż tacy pracownicy nie mogą być skierowani do wykonania umowy oraz obowiązujący stan prawny, Przystępujący przewidział skierowanie do realizacji umowy takich pracowników w ilości podanej w załączonym do wyjaśnień „Kalkulatorze”. Przystępujący oświadczył, iż każda osoba zgłoszona do realizacji zamówienia spełnia warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący powołał się na wyrok KIO 2785/15, w którym Izba, po analizie przepisów doszła do konkluzji, że na podstawie przepisów prawnych brak jest podstaw do uznania, iż osoba posiadająca orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym (a tym bardziej lekkim), nie może uzyskać wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej – decyduje o tym lekarz orzecznik. Przystępujący wskazał, że zatrudnia osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności i z tego tytułu otrzymuje dotacje z PFRON.

Planowana przez Przystępującego marża to łącznie ok. 720,00 zł miesięcznie, tj. ok. 0,46 zł z roboczogodziny. Przystępujący wskazał też, że kalkulacja ochrony stałej wyliczona została w oparciu o stawkę godzinową 21,29 zł netto. Cena ryczałtowa oferty obejmuje ewentualne godziny dodatkowe, jednak Zamawiający może, ale nie musi z tych godzin korzystać w ilości maksymalnej w każdym miesiącu. Zatem każda niewykorzystana godzina ochrony doraźnej powiększa marżę Przystępującego o 1,10 zł netto. Biorąc pod uwagę obecną sytuację sanitarną należy przyjąć, iż korzystanie przez Zamawiającego z godzin dodatkowych, które

dotyczą głównie przedłużających się imprez w Klubie, będzie ograniczone, jeżeli nie zawieszono.

Zatem wszystkie obliczenia i pokazane koszty są zgodne z obowiązującym prawem oraz obliczone są na podstawie stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2020 roku. Przystępujący wykonuje aktualnie na rzecz Zamawiającego kilka innych umów i przyczyną kalkulacji ceny na poziomie wskazanym w Kalkulatorze i opisie ze stosunkowo niewielką marżą była chęć poszerzenia palety usług wykonywanych na rzecz Zamawiającego.

Do wyjaśnień Przystępujący dołączył kalkulator ZUS do obliczania ceny oferty, informacje dotyczące stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe (1.40) oraz wnioski do PFRON Wn-D za luty 2020 r., mający potwierdzać zatrudnianie osób niepełnosprawnych.

Z obliczeń zawartych w kalkulatorze wynika m.in., że koszt realizacji zamówienia dla jednego pełnego etatu to 3.328,64 zł, a dla wszystkich etatów miesięcznie 30.523,63 zł, liczba wszystkich roboczogodzin dla całego okresu realizacji zamówienia 10.832, koszt roboczogodziny bez podatku od towarów i usług 20,19 zł.

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Przystępującemu wskazanie w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Zamawiającemu nieprawidłowe uznanie, że oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej i zaniechanie odrzucenia oferty z tego powodu.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Odzwierciedleniem tej zasady jest wskazanie w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Zgodnie z ust. 1a art. 190 ustawy Prawo zamówień publicznych ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywał więc na Przystępującym. Nie oznacza to jednak, że Odwołujący zupełnie pozbawiony jest obowiązku wykazania, że podniesione przez niego zarzuty są słuszne – cały czas bowiem obowiązuje go zasada, że musi starać się dowieść faktów, z których wywodzi skutki prawne (nawet jeśli szala wagi została przechylona w stronę Przystępującego).

Jednocześnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że 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. Przepis ten jest o tyle istotny, że koreluje z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Co do zasady, i poprawnie, zarzuty i żądania formułowane są na wstępie odwołania, a uzasadnienie, jak nazwa wskazuje, służy przedstawieniu argumentacji na ich poparcie, przy czym przyjmuje się, że zarzutem jest wynikająca z odwołania czynność/czynności lub zaniechanie/zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, które można wywnioskować z całej treści odwołania, opisana na tyle jasno, by zamawiający mógł stwierdzić, czy zarzucane mu uchybienia rzeczywiście nastąpiły i ewentualnie uwzględnić odwołanie, by je naprawić. Zarzutem jest więc nie tylko wskazanie przepisu prawa, który często jest zbyt ogólny, by wnioskować z niego o słuszności lub niesłuszności odwołania – takim przykładem są normy art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też, przede wszystkim uzasadnienie odwołania i argumentacja w nim zawarta, na podstawie której zamawiający może stwierdzić, czy zarzuty są słuszne i czy w związku z tym odwołanie powinien uwzględnić, czy też nie.

Z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika też zakaz (bezskuteczność) zarzutów formułowanych poza odwołaniem (po upływie terminu na jego wniesienie), byłoby to bowiem nie tylko wbrew jasnej dyspozycji tego przepisu, ale także przywróceniem terminu na złożenie odwołania określonego w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wskazania podniesione w piśmie Odwołującego z 30 lipca 2020 r., nie zawarte w odwołaniu, a będące wskazaniem wad wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu w maju 2020 r., są spóźnione. Odwołujący bowiem do tych wyjaśnień powinien był odnieść się w samym odwołaniu – były mu one już w tym momencie znane i nie stanowią argumentacji podniesionej przez oponentów w trakcie postępowania odwoławczego.

W samym odwołaniu Odwołujący natomiast pominął w sumie całkowicie kwestię treści wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiającemu, pomimo że były one bardzo wyczerpujące i szczegółowe. Jeśli jednak zawierały błędy lub nieprawidłowe bądź fałszywe założenia, Odwołujący powinien analizę tych błędów i nieprawidłowości zawrzeć w odwołaniu – aby Zamawiający mógł je na tym etapie ocenić, decydując w kwestii potencjalnego uwzględnienia odwołania. W ocenie Izby ten element argumentacji był

niezbędny, a jego brak nie pozwala na stwierdzenie, że cena wskazana przez Przystępującego jest rzeczywiście rażąco niska. Odwołujący natomiast – zamiast dokonać w odwołaniu krytycznej analizy obliczeń zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego z 25 maja 2020 r., zawarł w nim jedynie swoje, częściowo hipotetyczne obliczenia i wskazania kosztów, nie odnosząc się do okoliczności i poszczególnych elementów wyceny wskazanych przez Przystępującego, jak też nie przedstawiając dowodów co do swoich racji.

W kwestii wynagrodzenia personelu, który rzeczywiście jest najpoważniejszym czynnikiem kosztotwórczym Odwołujący stwierdził jedynie, że zgodnie z jego doświadczeniem, ze względu na brak nie prawnych, lecz praktycznych możliwości uzyskania legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, na przedmiotowych stanowiskach nie będą mogły być zatrudnione osoby niepełnosprawne, których koszt zatrudnienia jest mniejszy ze względu na dopłaty, które pracodawca otrzymuje z PFRON. Nie przedstawił na to jednak żadnych dowodów.

Podobnie w innych kwestiach wskazywanych w wyjaśnieniach z 25 maja 2020 r., np. posiadanego przez Przystępującego na stanie wyposażenia czy pracowników ogólnie obsługujących spółkę Przystępującego i spółki z grupy kapitałowej – jak pracownicy patrolu, nadzoru czy pionu administracyjnego.

Co do kwestii różnicy w stawce roboczogodziny wynikającej z samych wyjaśnień oraz kalkulatora, możliwe jest, że program użyty w kalkulatorze przyjął w niektórych miejscach nieco inne założenia niż sam Przystępujący w wyjaśnieniach, jak też nie wprowadzono do niego wszystkich danych do obliczeń, które zamieszczono w wyjaśnieniach. Z tej różnicy nie wynika jednak, że całe wyjaśnienia są niewiarygodne.

Co do wynagrodzenia portiera doraźnego za pracę nocną – Zamawiający, niestety, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podał danych co do zakresu godzin pracy tej osoby (na przyszłość te dane powinien podawać). Zamawiający dopiero podczas rozprawy wskazał, że nie przewiduje pracy portiera doraźnego po godzinie 22, bowiem wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „ imprezy ” mają charakter kulturalny lub są przeznaczone dla dzieci i odbywają się w godzinach dziennych. Odwołujący więc przyjął jego pracę w godzinach nocnych, a Przystępujący nie. Przy czym Przystępujący, jako podmiot obecnie realizujący usługę, posiada większą wiedzę – wynikającą z faktu bieżącej obecności w chronionym obiekcie – o jego codziennym funkcjonowaniu. Tym samym mógł wykorzystać tę wiedzę przy formułowaniu oferty.

Podobnie, z tego samego względu, nie będzie musiał ponieść niektórych kosztów związanych z przejściem nowego obiektu i zatrudnieniem nowych pracowników lub ich przeniesieniem z innych miejsc, jak szkolenie pracowników, badania lekarskie, instalowanie sprzętu itd.

Jak już Izba wskazała powyżej, Przystępujący w wyjaśnieniach szczegółowo opisał każdy element i założenia kosztowe. Odwołujący się do nich nie odniósł lub odniósł w bardzo niewielkim zakresie. Rolą Izby nie jest zastępowanie go we wskazywaniu potencjalnych błędów lub nieprawidłowych założeń w złożonych wyjaśnieniach, podobnie jak rolą Przystępującego nie jest polemizowanie z własnymi wyjaśnieniami.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła, aby potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty z ceną rażąco niską, jak też, z tego powodu, popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez składanie ofert z cenami nierealistycznymi, a tym samym konieczność odrzucenia jego oferty w wykonaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych.

Przewodniczący: