

Warszawa, 26 stycznia 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **22 stycznia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 stycznia 2024 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARGET sp.j. A. Ł., M. R. z siedzibą w Warszawie, ASPEKT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w obiektach muzeum archeologicznego w Gdańsku w okresie 01.02.2024-31.01.2025* (ZP/04/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Archeologiczne w Gdańsku** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie co do wycofanego zarzutu i żądania.**
- 2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórnego badania ofert – wezwanie Przystępujących oraz wykonawców, którzy złożyli kolejne dwie oferty z najniższą ceną, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu**

od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako uzasadnione koszty Odwołującego,

- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 1100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) jako odpowiadającą wpisowi od odwołania oraz uzasadnionym kosztom Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych**.

Uzasadnienie

Muzeum Archeologiczne w Gdańsku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w obiektach muzeum archeologicznego w Gdańsku w okresie 01.02.2024-31.01.2025 (ZP/04/2023)*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 grudnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00538665.

Wartość tego zamówienia jest niższa niż progi unijne.

28 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku {dalej: „Konsorcjum Jantar” lub „Przystępujący”}, a także o klasyfikacji pozostałych ofert według punktowanych kryteriów oceny.

2 stycznia 2024 r. TARGET sp.j. A. Ł. M. R. z siedzibą w Warszawie, ASPEKT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy również wspólnie złożyli ofertę {dalej również: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności i zaniechań innych czynności przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 4 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Jantar zamiast odrzucenia tej oferty.
2. Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania: 1) Konsorcjum Jantar, 2) Konsorcjum Dogmat (Agencja Ochrony Osób i Mienia Dogmat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat spółka cywilna M. P., R. K. z Elbląga, Biuro Ochrony Dogmat sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S Dogmat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa Ochrony Dogmat sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, 3) Szeryf Security A. S. z Gdyni {dalej: „Szeryf Security”} – do złożenia szczegółowych wyjaśnień cen złożonych ofert.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 4 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Jantar, Konsorcjum Dogmat i Szeryf Security.
4. Art. 16 – przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wezwania Konsorcjum Jantar, Konsorcjum Dogmat i Szeryf Security do wyjaśnienia cen złożonych ofert.
3. Ponownej oceny ofert po odrzuceniu złożonych przez powyżej wskazanych wykonawców ofert jako zawierających rażąco niskie ceny.

Odwołujący sprecyzował podtrzymany zarzut główny z pkt 2. powyżej w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

{okoliczności faktyczne}

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 7 ofert.

Odwołujący w pismach z 21 i 27 grudnia 2023 r. [załączniki nr 5 i 6 do odwołania], po przedstawieniu wyliczeń kosztów pracy przy uwzględnieniu minimalnej stawki roboczogodziny obowiązującej w 2024 r. (tj. 33,51 zł od 1 stycznia i 34,01 zł od dnia 1 lipca), zwrócił uwagę Zamawiającemu, że ceny za roboczogodzinę w ofertach złożonych przez Konsorcjum Jantar (30,07 zł netto), Konsorcjum Dogmat (30,53 zł netto) i Szeryf Security (31,35 zł netto) mogą zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wniósł o wezwanie tych wykonawców do złożenia w tym zakresie wyjaśnień w zakresie.

{okoliczności prawne}

Wykładania stosowania art. 224 ust. 1 ustawy pzp w podobnych sprawach.

Jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 66/23: *...stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę, która będzie obowiązywać od 1 lipca 2023 r., była znana wykonawcom w dniu składania ofert rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952) zostało opublikowane w dniu 15 września 2022 r., natomiast termin składania ofert upływał w dniu 13 grudnia 2022 r. Powyższa okoliczność wywołuje istotne wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny przez przystępującego. W interesie publicznym, jak i interesie zamawiającego, leży szczegółowe zbadanie kalkulacji ceny dokonanej przez przystępującego tym zakresie – zdaniem składu orzekającego Izby – należało powziąć uzasadnione wątpliwości. (...) Ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia czy miesięczna stawka realizacji usługi wynikająca z obecnej umowy zamawiającego z odwołującym, nie mają przesądzającego znaczenia. Nie można wykluczyć, że te kwoty/stawki są zaniżone. Podstawowe znaczenie ma kalkulacja wykonawcy, a w tym zakresie – zdaniem składu orzekającego Izby – należało powziąć uzasadnione wątpliwości.*

Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 16 marca 2022 r. sygn. akt KIO 599/22: *Izba*

podkreśla, że zamawiający obowiązany jest badać cenę oferty nie tylko na podstawie wymogów zawartych w przepisach ustawy pzp, ale również w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający jest również obowiązany jest badać, czy zaoferowana przez wykonawców cena nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Taka konstatacja jest oczywista w świetle brzmienia zawartego w art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy pzp. W tym przypadku zastosowanie znajdzie art. 224 ust. 1, nie zaś ust. 2 ustawy pzp. Odnosząc się do stanowiska przystępującego, wyrażonego w przystąpieniu i podtrzymywanego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, iż odwołujący pominął istotny aspekt pozwalający zgodnie z przepisami prawa na obniżenie realnych kosztów wynagrodzenia pracowników, jakim jest możliwość dofinansowania do wynagrodzenia pracowników posiadających orzeczony stopień niepełnosprawności z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, Izba wskazuje, że to właśnie tego rodzaju okoliczności winny być przedmiotem wyjaśnień składanych zamawiającemu w wyniku stosownego wezwania. Z faktu, iż istnieje możliwość takiego dofinansowania, nie można wyprowadzać tezy, że zamawiający tego rodzaju okoliczności winien uwzględniać niejako „z urzędu” i że zwalnia go to od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zaoferowanych cen. Zamawiający nie ma wiedzy co do poziomu dofinansowania otrzymywanego przez poszczególnych wykonawców. Dopiero złożone wyjaśnienia, poparte dowodami, pozwalają zamawiającemu na ocenę, czy i w jaki sposób obniżenie stawki godzinowej przez wykonawcę było uprawnione.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, konkludując, że ponieważ stawki godzinowe z tych trzech ofert nie zabezpieczają stawki wynikającej z przepisów określających minimalne wynagrodzenie za pracę w 2024 r., powinno wzbudzić to wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób wynikający z dokumentacji przetargowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 stycznia 2024 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

{okoliczności faktyczne}

Każdy z wykonawców w formularzu ofertowym oświadczył, że: po pierwsze – kalkulacja ceny oferty uwzględnia wymogi rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.; po drugie – kalkulacja roboczogodziny nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Weryfikacja cen ofertowych pod kątem kryteriów określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, przy uwzględnieniu ubruttowionej wartości zamówienia (1.726.920,00 zł) i średniej arytmetycznej cen wszystkich siedmiu złożonych ofert (1.386.617,11 zł), pokazała, że ceny skarżonych ofert odbiegają od powyższych kwot o odpowiednio o: Konsorcjum Jantar – 25,76% i 7,54%, Konsorcjum Dogmat – 24, 62% i 6,13%, Szeryf Security – 22,60% i 3,6% (Odwołujący – 16,48% i powyżej średniej arytmetycznej).

Brzmienie pkt 3.9. SWZ: *Ze względu na specyfikę ochraniających obiektów Wykonawca zobowiązany jest realizować ochronę przez osoby niekarane, posiadające zdolność do wykonywania zadań pracownika ochrony, tj. osoby posiadające wysoką sprawność fizyczną umożliwiającą skuteczną ochronę w razie konieczności podjęcia interwencji. Wykluczeni są pracownicy z dysfunkcją narządów mowy, ruchu, słuchu lub zaburzeniami psychicznymi. Wykonawca nie może do ochrony obiektów Muzeum kierować osób o orzecznym stopniu niepełnosprawności uniemożliwiającym lub utrudniającym wykonanie przedmiotu zamówienia.*

Dopuszczenie do wykonywania zamówienia osób z orzecznym stopniem niepełnosprawności wpisuje się w funkcjonującą od wielu lat praktykę przedsiębiorców branży usług ochrony kierowania takich osób do ochrony obiektów użyteczności publicznej, jak np. budynków sądów czy instytucji kultury. U Zamawiającego od lat czynności ochroniarskie mogą być świadczone są przy udziale osób z niepełnosprawnością.

Umożliwienie w przedmiotowym postępowaniu skorzystania z pracowników z orzecznym stopniem niepełnosprawności przy realizacji usługi determinowało ceny ofertowe, co Zamawiający wziął pod uwagę.

Przeliczenie ceny oferty Odwołującego netto (1.172.683,12 zł) przez 34664 roboczogodzin daje stawkę roboczogodziny 33,83 zł netto, a więc również mniej niż wskazywane w odwołaniu minimalne stawki roboczogodziny.

{okoliczności prawne}

Wykładnia normy z art. 224 ust. 1 ustawy pzp w orzecznictwie Izby.

Jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 36/22: *Dyspozycja art. 224 ust. 1 pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepisy pzp wyraźnie rozróżniają sytuację,*

w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

Z powyższego wynika, że dopiero powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości ceny umożliwi mu wszczęcie procedury wyjaśniającej kalkulację oferty, natomiast nie ma takiego obowiązku w przypadku pojawienia się wątpliwości u innego wykonawcy, jeśli zdaniem zamawiającego nie zachodzą przesłanki do badania rażąco niskiej ceny.

Z kolei według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 7 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3449/21: *Przy postawieniu zarzutu zaniechania wezwania innego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 pzp, ciężar dowodu, iż zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny, spoczywał na odwołującym, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 kc. W szczególności nie obowiązywał tu odwrócony rozkład ciężaru dowodu tak jak to ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, poprzez złożone wyjaśnienia nie obali ciężaru rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 5 pzp.*

{wnioski}

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ żadna ze złożonych ofert nie wypełniała znamion rażąco niskiej ceny określonych w art. 224 ust. 2 ustawy pzp, nie był zobligowany do badania rażąco niskiej ceny.

Po drugie, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu, gdyż odniósł się wyłącznie do stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, bez

uwzględnienia notorycznej praktyki stosowanej przez wszystkich wykonawców usług ochroniarskich, jaką jest zatrudnianie osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jak również uzyskiwanie dofinansowań z PFRON na zatrudnianie takich osób.

Przystępujący w piśmie z 22 stycznia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania i również zwrócił uwagę na fakt złożenia przez wykonawców w formularzach ofert wspomnianych dwóch oświadczeń oraz na dopuszczenie udziału osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto załączył „Kalkulację ceny ofertowej netto na usługę ochrony fizycznej osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej...” odrębnie dla każdego z pięciu obiektów Muzeum Archeologicznego w Gdańsku, na których terenie mają być one wykonywane

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczyli do protokołu, że wycofują odwołanie w zakresie trzeciego zarzutu [pkt II.3) *petitum* i pkt 10.-11. uzasadnienia odwołania].

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa w zakresie niewycofanych zarzutów została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymały dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie czynności objętych żądaniem względem oferty Przystępujących i pozostałych dwóch ofert z niższą ceną uniemożliwia Odwołującym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{umorzenie w zakresie zarzutu nr 3}

Jak to już powyżej odnotowano, Odwołujący wycofali odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia trzech ofert jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Z kolei według art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołania.

Z przywołanych przepisów wynika zatem, że w zakresie zarzutów odwołania, które następnie zostały wycofane, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd w tych okolicznościach Izba – działając na podstawie 568 pkt 1 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

{rozpoznanie zarzutu nr 2}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Usługi będące przedmiotem tego zamówienia, o których mowa w nazwie postępowania, zasadniczo obejmują:

- 1) stałą lub doraźną bezpośrednią ochronę fizyczną osób i mienia oraz, w przypadku bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa mienia i osób, podejmowanie działań przez co najmniej dwuosobową i uzbrojoną grupę interwencyjną;
- 2) stały monitoring sygnałów alarmowych przysyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych Zamawiającego (systemach sygnalizacji włamania i napadu, systemach sygnalizacji pożarowej, systemach telewizji dozorowej , systemie alarmu w przypadku zalania wodą);
- 3) zaktualizowanie planów ochrony oraz sporządzenie instrukcji ochrony przez osobę wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników ochrony
– w pięciu lokalizacjach obiektów Muzeum Archeologicznego w Gdańsku;
- 4) opiekę nad salami wystawowymi w jednej z tych lokalizacji.

[patrz pkt 3.1. i 3.2. SWZ]

Termin wykonania tego zamówienia został określony na 12 miesięcy, przy czym planowano, że rozpoczęcie usług rozpocznie się od liczone od 1 lutego 2024 r.[patrz pkt 5. SWZ].

Zamawiający wymaga realizacji wszystkich godzin (w tym godzin nocnych) ochrony

fizycznej obiektów– z wyjątkiem grup interwencyjnych oraz innych określonych przypadków, takich jak zastępstwo nieobecnego pracownika do 14 dni – w ramach stosunku pracy [patrz pkt 3.33.2. SWZ].

Ze względu na specyfikę ochraniających obiektów wykonawca zobowiązany jest realizować ochronę przez niekarane osoby zdolne do wykonywania zadań pracownika ochrony, tj. posiadające wysoką sprawność fizyczną umożliwiającą skuteczną ochronę w razie konieczności podjęcia interwencji.

Wykluczeni są natomiast pracownicy z dysfunkcją narządów mowy, ruchu, słuchu lub zaburzeniami psychicznymi.

Wykonawca nie może do ochrony obiektów kierować osób o orzeczonym stopniu niepełnosprawności, który uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia.

Przy czym w ocenie Zamawiającego osoby z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu znacznym i umiarkowanym w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych nie mogą pełnić usług ochrony.

[patrz pkt 3.9.-3.10. SWZ]

Na potrzeby obliczenia ceny oferty została podana liczba dni i zakres godzinowy świadczenia usług dla poszczególnych obiektów dla dni roboczych i wolnych, z podziałem na ochronę 16-godzinną i 24-godzinną, przy czym 34664 wynosi zsumowana liczba roboczogodzin [patrz pkt 3.4. SWZ].

W ramach sposobu obliczenia ceny oferty zastrzeżono, że na potrzeby kalkulacji należy uwzględnić:

- 1) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893);
- 2) że koszt roboczogodziny pracownika ochrony musi uwzględniać wszelkie koszty związane z wykonywaniem usług, o których mowa w pkt 3. SWZ;
- 3) że kalkulacja kosztu roboczogodziny nie może być czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

[patrz pkt 16.3.-16.4.SWZ]

Ponieważ żaden z wykonawców nie skorzystał przy wypełnianiu formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) z możliwości określenia innej wysokości stawki roboczogodziny netto dla każdej z pięciu lokalizacji, w każdej ofercie cena oferty jest *de facto* wypadkową jednolitej stawki roboczogodziny netto i powyższej łącznej liczby tych godzin, po powiększeniu o VAT wg stawki 23% [patrz załącznik nr 1 do SWZ i formularze złożonych ofert].

Przy czym jednostkowa stawka roboczogodziny netto w ofertach objętych zarzutami została określona na: 30,07 zł przez Konsorcjum Jantar, 30,53 zł przez Konsorcjum Dogmat i 31,35 zł przez Szeryf Security [patrz formularze tych ofert].

1 grudnia 2023 r. Zamawiający oszacował na podstawie stawki kalkulacyjnej Polskiej Izby Ochrony na 2004 r. dla etatowej formy zatrudnienia, z uwzględnieniem korekty wybranych składników kosztotwórczych [co nie zostało bliżej sprecyzowane], wartość udzielanego zamówienia na 1.404.000,00 zł [patrz pkt 3. protokołu postępowania na druku ZP-TP oraz wniosek o wszczęcie postępowania z 1 grudnia 2023 r.].

Z takiego oszacowania wynika przyjęcie przez Zamawiającego jako adekwatnego punktu odniesienia stawki roboczogodziny netto na poziomie 40,50 zł.

Co prawda 15 grudnia 2023 r. przed otwarciem ofert Zamawiający udostępnił informację, że na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć 1.353.000,00 zł. daje kwotę 1.100.000 zł netto) [patrz pkt 12. protokołu postępowania na druku ZP-TP].

Powyższe oznacza jedynie, że Zamawiający dysponuje kwotą niższą niż wartość szacunkowa powiększona o kwotę podatku od towarów i usług, co nie dezaktualizuje tego oszacowania.

Z wydanego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893) wynika, że:

- od 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4242 zł [§ 1],
- od 1 stycznia 2024 r. minimalną stawką godzinową wynosi 27,70 zł [§ 2],
- od 1 lipca 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4300 zł [§ 3].
- od 1 lipca 2024 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 28,10 zł [§ 4].

Minimalny koszt roboczogodziny netto pracownika zatrudnionego na umowę o pracę w 2024 r. przy założeniu, że średnio w miesiącu przypada 168 godzin pracy i uwzględnieniu: dodatku za pracę w godzinach nocnych przez 56 godzin, składek ZUS i PPK obciążających pracodawcę, kosztów urlopu w wymiarze 27 dni i 10-dniowej absencji chorobowej w skali roku – wynosi dla 2024 r.: od 1 stycznia – 34,49 zł, od 1 lipca – 36,99 zł.

Przy czym przy założeniu zatrudnienia pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności i przysługującego z tego tytułu pracodawcy dofinansowania w wysokości 500 zł miesięcznie może obniżyć koszt roboczogodziny netto w 2024 r. do wysokości: 33,51 zł do 31 czerwca i 34,01 zł do 31 grudnia.

[patrz kalkulacja zawarta w załączniku nr 5 do odwołania]

Powyższe okoliczności były niesporne jako wynikające z dokumentów tego zamówienia lub załączników nr 4 i 5 do odwołania, czyli pism Konsorcjum z 21 i 27 grudnia 2023 r., do których Zamawiający nie odniósł się, co na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp za przyznanie tych faktów.

Poza wszelkim sporem jest ponadto, że ani wymagany sposób sporządzenia oferty, w tym określenia stawki roboczogodziny netto nie wymagał podania, czy i w jakim zakresie przy jej kalkulowaniu została uwzględniona pomoc publiczna, ani też żadna z ofert objętych zarzutami odwołania nie zawiera informacji pozwalających na ustalenie, czy i w jakim zakresie przewidziano zatrudnienie na potrzeby wykonywania tego zamówienia osób z orzeczoną i jakim stopniem niepełnosprawności. Jednocześnie nie sposób, aby brak danych co do przyjętych przez poszczególnych oferentów założeń poczytać za fakty notoryjne w rozumieniu art. 532 ust. 1 ustawy pzp, jak wydaje się, że zasugerowane zostało to w odpowiedzi na odwołanie.

Jednocześnie Zamawiający, jak również wynika z odpowiedzi na odwołanie, badanie istnienia podstaw faktycznych wezwania wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty ograniczył do ustalenia, że cena żadnej z ofert nie odbiega o mniej niż 30%, zarówno od ubruttowionej wartości zamówienia, jak i od średniej arytmetycznej cen sześciu otwartych ofert, z których żadna nie została odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

Reasumując, Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad tym, że na podstawie dostępnych mu danych nie mógł stwierdzić, czy stawki roboczogodziny netto zawarte w ofertach objętych zarzutami odwołania uwzględniają wszystkie koszty, które będą obciążać wykonawcę jako pracodawcę osób skierowanych do wykonywania usług na warunkach tego zamówienia wynikających z opisu jego przedmiotu. W szczególności w sytuacji, gdy wynika z niego wprost, że zdaniem Zamawiającego nie wchodzi w grę zatrudnianie osób z orzeczoną według odnośnych przepisów niepełnosprawnością w stopniu znacznym i umiarkowanym.

Tymczasem, jak to wynika z kalkulacji przedstawionych z własnej inicjatywy przez Przystępujących [załączniki do pisma procesowego], założyli oni zatrudnianie na potrzeby wykonywania tego zamówienia takich osób, aby dzięki temu otrzymać dofinansowanie umożliwiające obniżenie stawki roboczogodziny do poziomu, który uprzednio określili w złożonej ofercie.

W rezultacie okazuje się, że obiektywnie rzecz biorąc zachodzą wątpliwości, czy stawka z oferty Przystępujących (a tym bardziej z dwóch pozostałych ofert objętych zarzutami odwołania), nie tylko nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu tego zamówienia, ale czy umożliwia jego wykonanie zgodnie z wymaganiami SWZ i wynikającymi z obowiązujących przepisów.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1,

co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z przywołanych powyżej przepisów wynika, że warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero w sytuacji, gdy nie sprostą on ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, otwiera prawną możliwość odrzucenia z tego powodu tej oferty.

Dla tej sprawy kluczowe znaczenie ma jednak norma wynikająca z art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Z kolei relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób zobiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Przy czym Izba w pełni podziela interpretację stosowania art. 224 ust. 1 ustawy pzp wynikającą z przywołanego powyżej za odwołaniem orzecznictwa Izby, z czym niesprzeczne jest również rozważania Izby wynikające z fragmentu uzasadnienia wyroku zacytowanego powyżej za odpowiedzią na odwołanie, gdyż za każdym razem decydujące znaczenie mają ustalone dla danej sprawy konkretne okoliczności faktyczne.

W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że Zamawiający zaniechując wezwania wykonawców, którzy złożyli oferty objęte zarzutami odwołania, do wyjaśnień i przedstawienia dowodów w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, naruszył ten przepis. Z uwagi na wymagany sposób realizacji usług objętych przedmiotem tego zamówienia, uwzględniając obowiązujące przepisy dotyczące kosztów pracy, obiektywnie rzecz biorąc Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do możliwości należytego wykonania przez tych wykonawców tego zamówienia bez ponoszenia straty.

Ponieważ stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami mogą zostać złożone wyłącznie w wyniku wezwania wystosowanego na podstawie przepisów art. 224 ustawy pzp, a następnie Zamawiający będzie miał obowiązek je ocenić, a Izba dopiero w razie zaistnienia sporu co do adekwatności wyniku tego badania będzie uprawniona do jego rozstrzygnięcia, w niniejszej sprawie nie podlegały badaniu pod tym kątem kalkulacje przedstawione przez Przystępujących.

Izba stwierdziła, że ponieważ naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie tego zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.