

Sygn. akt: KIO 2455/22

WYROK
z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Ochrony „POSEJDON” A. H. w Białymstoku** oraz **Biuro Ochrony „POSEJDON” A. H. Sp. j. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **B. M.- R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony LEWAR – SECURITY B. M. – R. w Białymstoku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy B. M.- R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony LEWAR - SECURITY B. M. – R. w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2455/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego *na ochronę obiektów i mienia Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku przy ul. Mickiewicza 3 i 9* (znak postępowania: OK-III.272.39.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2022 r. pod numerem nr 2022/S 140-399580.

W dniu 19 września 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Ochrony „POSEJDON” A. H. w Białymstoku oraz Biuro Ochrony „POSEJDON” A. H.Sp. j. z siedzibą w Białymstoku [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta LEWAR-SECURITY o udzielenie dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, w tym wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem osób w oparciu o umowę o pracę, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wskazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, w wręcz prowadziłyby do powstania strat po stronie LEWAR-SECURITY;

2. art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez LEWAR-SECURITY oferta oraz wyjaśnienia z 06.09.2022 r. nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż oferta LEWAR-SECURITY zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

3. art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez LEWAR-SECURITY warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszelkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym wymogiem aby przedmiot umowy był realizowany przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych

pracowników ochrony fizycznej, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy LEWAR-SECURITY do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę LEWAR-SECURITY w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone za posiedzeniu lub rozprawie.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, a także korespondencji z Odwołującym, związanych z wyborem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności w postaci wezwania Zamawiającego z 02.09.2022 r. do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedzi LEWAR-SECURITY z 06.09.2022 r., a także pisma Odwołującego z 11.09.2022 r., a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez wykonawcę warunków cenowych, w tym szacowanej wysokości kosztów pracy przy wykonywaniu zamówienia, wskazanej wysokości roboczogodziny, kosztów realizacji zamówienia dla pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, wskazania przez LEWAR-SECURITY w wykazie osób wskazanych do realizacji usługi ochrony osób nieposiadających orzeczonego umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, braku przedstawienia przez LEWARSECURITY dowodów na poparcie założeń w kalkulacji z 06.09.2022 r. mimo żądania ich przedłożenia przez Zamawiającego, braku uwzględnienia w kalkulacji LEWAR-SECURITY z 06.09.2022 r. wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników;
2. zobowiązanie Zamawiającego do zwrócenia się do LEWAR-SECURITY o przedłożenie dowodów w postaci:
 - a) oświadczeń czy pracownicy wskazani w ofercie jako osoby mające być skierowane do realizacji zamówienia, w tym m. in. W. O., T. K., K. B. oraz M. M. posiadają ustalone prawo do emerytury, czy też takiego prawa ustalonego nie mają,

b) orzeczeń o niepełnosprawności 10 pracowników wskazanych w ofercie jako osoby mające być skierowane do realizacji zamówienia lub oświadczeń, że dany pracownik takiego orzeczenia nie posiada a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dowodów na okoliczność ustalenia, iż kalkulacja LEWAR-SECURITY z 06.09.2022 r. opiera się na nieprawdziwych założeniach i wyliczeniach oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów pracy oraz uwzględnia dofinansowania, które nie mogą być przyznane z uwagi na posiadanie przez dane osoby statusu emeryta;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z kalkulacji Biura Ochrony POSEJDON z 11.09.2022 r. na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości jednej roboczogodziny w trzech wariantach: (i) w związku z zatrudnieniem osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, (ii) w związku z zatrudnieniem osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności oraz (iii) w związku z zatrudnieniem osoby bez orzeczonego stopnia niepełnosprawności, ustalenia, iż kalkulacja LEWAR-SECURITY z 06.09.2022 r. jest nierzetelna i opiera się na nieprawdziwych założeniach i wyliczeniach oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów pracy oraz uwzględnia dofinansowania, które nie mogą być przyznane z uwagi na posiadanie przez dane osoby statusu emeryta.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Podkreślał, że pismem z dnia 06.09.2022 r. LEWAR-SECURITY przedstawił wyjaśnienia, zgodnie z którym wskazał średni koszt całkowity jednej godziny pracownika na 15,41 zł, przyjmując w kalkulacji, iż świadczący usługi wszyscy pracownicy (10 osób) będą korzystać z dofinansowania PFRON 1.200 zł miesięczne biorąc pod uwagę ich umiarkowany stopień niepełnosprawności bez schorzeń specjalnych. LEWAR-SECURITY oświadczył jednocześnie, iż spełnia warunki uzyskania dofinansowania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych z PFRON oraz zapewnił, iż usługa będzie realizowana wyłącznie przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Wyjaśnienie LEWAR-SECURITY nosiło poziom dużej ogólności i już *prima facie* nie uwzględniało wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem osób w oparciu o umowę o pracę takie jak: koszty urlopu, koszty zastępstw, koszty zastępstw za dodatkowy urlop przysługujący pracownikowi z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, PPK, itp. Dodatkowo w przedstawionych wyliczeniach LEWAR-SECURITY uwzględnił, iż wszyscy świadczący usługę pracownicy wskazani z imienia i nazwiska w ofercie posiadają umiarkowany stopień niepełnosprawności i będą objęci dofinansowaniem 1.200 zł miesięcznie z PFRON. Już samo to wskazanie poświadcza nieprawdę, bowiem Odwołujący posiada wiedzę na temat tego, że wskazani pracownicy W. O., T. K. oraz K. B. posiadają ustalone prawo do emerytury i zgodnie z art. 26a ust. 1a1 pkt. 1 dofinansowanie PFRON do takich pracowników nie przysługuje. Do złożonych wyjaśnień

LEWAR-SECURITY nie przedstawił żadnych dowodów, w szczególności dotyczących stopnia niepełnosprawności pracowników wymienionych w ofercie do wykonywania usługi ochrony.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający mimo dużego poziomu ogólności złożonego wyjaśnienia LEWAR-SECURITY, braku uwzględnienia w kalkulacji wszystkich kosztów, o których była mowa także w piśmie Zamawiającego z 02.09.2022 oraz wobec braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów na poparcie przedstawionego wyliczenia, zaniechał wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień i w dniu 08.09.2022 r. wybrał ofertę LEWAR-SECURITY.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 11.09.2022 r. Biuro Ochrony Posejdon złożyło Zamawiającemu pismo zgłaszające zastrzeżenia do złożonych przez LEWAR-SECURITY wyjaśnień oraz przedstawiające szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych w trzech opcjach: (i) w związku z zatrudnieniem osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, (ii) w związku z zatrudnieniem osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności oraz (iii) w związku z zatrudnieniem osoby bez orzeczonego stopnia niepełnosprawności. Kalkulacja ta uwzględnia koszty nieujęte w wyjaśnieniach LEWAR-SECURITY, a które wynikają z przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa, w tym zastępstwo urlopowe, dodatek za pracę w porze nocnej. Żaden z ww. kosztów nie jest niższy niż 18,90 zł za roboczogodzinę.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał naruszenia art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez wykonawcę LEWAR-SECURITY oferta oraz wyjaśnienia z 06.09.2022 r. nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niskie wynagrodzenie, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty LEWAR-SECURITY.

W ocenie Odwołującego proponowane przez firmę LEWAR-SECURITY warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślenia wymaga fakt, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym. W szczególności, w razie powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego co do wskazanej w przez wykonawcę w ofercie ceny, nie jest wystarczające samo wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Powinnością Zamawiającego jest merytoryczne zweryfikowanie udzielonych wyjaśnień, w razie gdyby nie wyjaśniały wszelkich

wątpliwych kwestii, Zamawiający winien dążyć do dalszego wyjaśnienia poprzez wezwanie do złożenia kolejnych wyjaśnień. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Nadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez firmę LEWAR-SECURITY warunki cenowe zawierają rażąco niską cenę, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym warunkiem aby pracownicy wykonujący usługę byli wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej posiadających dostęp do informacji niejawnych, co najmniej o klauzuli „zastrzeżone”, ze stażem zawodowym minimum 1 rok na stanowisku pracownika ochrony, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego przedstawione przez firmę LEWAR-SECURITY warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Niewątpliwie stwierdzić należy, iż zaoferowana przez LEWAR-SECURITY cena jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego jest znajdująca się w załączeniu kalkulacja sporządzona przez Biuro Ochrony POSEJDON 11.09.2022 r. Wynika z niej, iż wskazana przez LEWAR-SECURITY przychód netto z jednej godziny wyliczony na 18,62 zł nie pozwoli nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które wynoszą w trzech opcjach: (i) w związku z zatrudnieniem osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności – 18,90 zł, (ii) w związku z zatrudnieniem osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności – 22,50 zł oraz (iii) w związku z uwzględnieniem kosztów załogi interwencyjnej w wysokości 0,07 zł za roboczogodzinę. Podane przez LEWAR-SECURITY koszty jednej godziny na poziomie 15,41 zł nie uwzględniają kosztów zastępstwa urlopowego, kosztów zastępstwa urlopowego za dodatek urlopowy przysługujący pracownikowi z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, PPK, wynagrodzenia chorobowego, kosztów nadzoru, umundurowania, wyposażenia, kosztów szkoleń, badań lekarskich itp. Podkreślał, iż LEWAR-SECURITY w wyliczeniach pominął okoliczność, iż

wskazani w ofercie pracownicy W. O., T.K. oraz K. B. posiadają ustalone prawo do emerytury i zgodnie z art. 26a ust. 1a1 pkt. 1 dofinansowanie PFRON do takich pracowników nie przysługuje. Ponadto wskazany pracownik M. M., zgodnie z wiedzą Odwołującego ma orzeczonego lekki stopień niepełnosprawności i dofinansowanie z PFRON w stosunku do niego wynosi 450 zł miesięcznie nie zaś 1.200 zł. Zaś wyliczenie zaprezentowane przez LEWAR-SECURITY zakłada, że w stosunku do tych pracowników będzie udzielone dofinansowanie 1.200 zł miesięcznie, podczas gdy jest to niemożliwe. To czyni przedłożoną przez LEWAR-SECURITY kalkulację całkowicie nierzetelną. Zamawiający tych okoliczności nie zweryfikował, zaniechał zażądania jakichkolwiek dowodów oraz dalszych wyjaśnień, w tym potwierdzających status emerytalnych wskazanych osób.

Odwołujący podkreślał, że całkowicie niezrozumiałym jest fakt braku przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji oferty i porzucenie na przyjęciu i zaakceptowaniu lakonicznych wyjaśnień bez odniesienia się w nich do zadanych pytań, w szczególności dotyczących uwzględnienia wszystkich kosztów pracy (zastępstwo urlopowe, PPK) oraz braku zażądania dowodów potwierdzających przedstawione wyliczenia.

Zauważył, iż Zamawiający w sposób całkowicie niezrozumiały nie wziął pod uwagę zarówno oceny realności jak też rentowności ceny ofertowej, na co również wskazuje kalkulacja Odwołującego z 11.09.2022 r. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO 1726/19 przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny.

Ponadto Odwołujący przywołał tezy zawarte w wyroku KIO 2057/19, wyroku KIO 992/19 i uzasadniał, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie otrzymał od LEWAR-SECURITY żadnych dowodów, pomimo że do ich przedłożenia sam wzywał w piśmie z 02.09.2022 r.

Wskazał, iż Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta LEWAR-SECURITY o udzielenie dalszych wyjaśnień po otrzymaniu ogólnikowych, nieuwzględniających wszystkich składników kosztotwórczych związanych z zatrudnieniem pracowników i niepopartych dowodami, wyjaśnień z 06.09.2022 r., w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo dostrzeżenia przez samego Zamawiającego rażącej dysproporcji pomiędzy ceną LEWAR-SECURITY a ceną zaproponowaną przez pozostałych oferentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 września 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że zarzuty ujęte w pkt 2 i 3 wzajemnie wykluczają się. Skoro Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ponieważ, jego

zdaniem, oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to jednocześnie nieuzasadniony jest zarzut zaniechania dalszego wezwania do złożenia wyjaśnień, popartych dowodami w zakresie ceny złożonej oferty. Wszystkie zarzuty Odwołującego odnoszą się do poczynionego przez Zamawiającego ustalenia, że oferta LEWAR-SECURITY nie zawiera rażąco niskiej ceny. Również podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp dotyczą tej czynności Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że cena oferty LEWAR-SECURITY jest o 23,28% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz o 10,31% niższa od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Na Zamawiającym nie ciążył, wynikający z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp obowiązek zwrócenia się do LEWAR-SECURITY z żądaniem wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki takiego żądania, określone w tym przepisie, tj. cena całkowita oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w związku z czym, na podstawie art. 224 ust.1 ustawy Pzp, pismem z dnia 2 września 2022 r. wezwał LEWAR-SECURITY do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W wezwaniu Zamawiający podkreślił konieczność wykazania przez Wykonawcę zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.) oraz wykazanie zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

LEWAR-SECURITY złożył stosowne wyjaśnienia w piśmie z dnia 6 września 2022 r. Zamawiający, w oparciu o te wyjaśnienia uznał, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnieniom złożonym przez LEWAR-SECURITY Odwołujący zarzuca duży poziom ogólności i nieuwzględnienie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem osób w oparciu o umowę o pracę. W tym miejscu należy podkreślić, że z przedstawionej przez LEWAR-SECURITY oferty i kalkulacji ceny wynika, że wszystkie osoby zatrudnione przez Wykonawcę przy ochronie osób i mienia Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę a ich wynagrodzenie będzie wynosiło 3010 zł miesięcznie. Kwota powyższa stanowi minimalne wynagrodzenie za pracę zgodnie

z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U z 2021 poz. 1690). Z brzmienia art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, w którym wskazano elementy, które mogą być przedmiotem wyjaśnień, wynika jednoznacznie, że wartość kosztów pracy, 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. W związku z powyższym uznać należy, że oferta Wykonawcy jest zgodna z powołanymi wyżej przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Oczywistym jest, że oprócz kosztów ponoszonych na bezpośrednio wynagrodzenie pracownika, pracodawca ponosi koszty dodatkowe. Wprawdzie LEWAR-SECURITY nie wyszczególnia wszystkich elementów, które składają się na dodatkowe koszty pracodawcy, związane z zatrudnieniem pracownika, jednakże nie można mu zarzucić, że takich kosztów nie uwzględniła w kalkulacji ceny oferty. Kwota ta, wskazana jest jako „całkowity koszt pracodawcy” i wynosi 3604,18 zł miesięcznie.

Odwołujący zarzuca brak uwzględnienia w wyliczeniach LEWAR-SECURITY wszystkich kosztów, powołując się na własną kalkulację cenową, którą przedstawił w piśmie do Zamawiającego z dnia 11 września 2022 r. Odwołujący w swych wywodach pominął istotną kwestię. Zgodnie z zapisami § 4 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ Zamawiający, po spełnieniu przez Wykonawcę określonych w tym paragrafie warunków, dopuszcza możliwość zmiany pracowników Wykonawcy, w trakcie realizacji umowy. Powyższe oznacza, że założenia kalkulacji cenowej nie muszą odnosić się do konkretnych, wymienionych w ofercie pracowników, posiadanych przez nich uprawnień emerytalnych czy wysokości przysługującego im dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, ponieważ Wykonawca ma prawo skierować do świadczenia pracy inne osoby, posiadające inny stopień niepełnosprawności czy też nieposiadające uprawnień emerytalnych. Zapisy SWZ jak również przepisy ustawy Pzp nie dają Zamawiającemu prawa do narzucania Wykonawcy reguł czy metod kalkulacji ceny. Kalkulując konkretną ofertę Wykonawca bierze pod uwagę posiadany przez siebie potencjał kadrowy, całokształt kosztów jakie będzie ponosił w związku z realizacją kontraktu i nie można mu odmówić swobody w tym zakresie, oczywiście w granicach obowiązującego prawa. W tych granicach pracodawca decyduje o sposobie rozliczania czasu pracy, zastępstwach pracowników na przykład w trakcie urlopu czy zwolnienia lekarskiego. Mając to na uwadze, w zakresie ponoszonych całkowitych kosztów pracodawcy Zamawiający oparł się na oświadczeniu Wykonawcy, ponieważ po pierwsze nie czuje się powołany do oceny obowiązującego u danego Wykonawcy regulaminu pracy, prawidłowości naliczania pozapłacowych kosztów pracy, obowiązkowych składek z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę pokrywanych przez pracodawcę, po drugie obowiązku takiej oceny nie można

wywieść z przepisów ustawy Pzp. Ocena prawidłowości naliczenia tych kosztów wymagałaby dostępu do dokumentów księgowych LEWAR-SECURITY, a to wykracza poza cel i ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący uwypukla nieprawidłowe, jego zdaniem, ujęcie w kalkulacji cenowej LEWAR-SECURITY dofinansowania, jakie Wykonawca otrzymuje z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Zamawiający w zakresie wysokości kwoty dofinansowania pobieranego przez LEWAR-SECURITY z PFRON, analogicznie jak przy ocenie prawidłowości naliczania pozapłacowych kosztów prac, dał wiarę oświadczeniu Wykonawcy. Nie można wymagać od Zamawiającego, który prowadzi postępowanie zmierzające do udzielenia zamówienia publicznego, by szczegółowo analizował sytuację faktyczną i prawną Wykonawcy pod kątem spełniania przesłanek uzyskania dofinansowania ze środków PFRON lub też wysokości przysługującego mu dofinansowania, tym bardziej, że jak podkreślono wyżej, skoro Wykonawca ma prawo zmienić pracowników, którzy będą skierowani do pracy u Zamawiającego, to kalkulując cenę Wykonawca może uwzględniać cały potencjał kadrowy jakim dysponuje.

Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 209/18, wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3516/21 oraz wyrok KIO z 9 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3436/21.

Mając na względzie zakres usług określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wyjaśnienia LEWAR-SECURITY, cena oferty tego Wykonawcy nie jest ceną niewiarygodną lub nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. W tym kontekście Zamawiający pragnie podkreślić, że cena oferty LEWAR-SECURITY jest o 13,49 % niższa od ceny Odwołującego, co jednak pozwala Odwołującemu, pomimo stosunkowo niewielkiej różnicy procentowej pomiędzy cenami obu ofert, formułować nieuzasadniony w tych okolicznościach zarzut, że oferta wybranego Wykonawcy jest rażąco niska, a więc niewiarygodna i nierealistyczna.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę B. M.- R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony LEWAR – SECURITY B. M.- R. w Białymstoku [dalej „Przystępujący” lub „LEWAR – SECURITY”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 października 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.6 SWZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących następujące rodzaje czynności niezbędne do realizacji zamówienia: bezpośrednia ochrona fizyczna obiektów i mienia PUW.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 9 do SWZ.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – ilość roboczogodzin w trakcie trwania umowy określono na 49 172 rbh.

Zgodnie z punktem XVII.2 SWZ, kryterium oceny ofert było „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” o wadze 40%. Ofercie zostaną przyznane 4 punkty za każdą osobę, skierowaną do realizacji przedmiotu zamówienia, wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, posiadającą minimum 2 letnie doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej, posiadającą dostęp do informacji niejawnych, co najmniej o klauzuli „zastrzeżone”. Do doświadczenia nie wlicza się okresów, w których osoba nie świadczyła pracy (np. zwolnienie lekarskie), jeśli jednorazowo trwały dłużej niż 3 miesiące. Za 10 skierowanych osób Zamawiający przewidział max 40 punktów.

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SWZ), przedmiot umowy może być realizowany wyłącznie przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

Zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę i/lub Podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących bezpośrednią ochronę fizyczną obiektów i mienia.

Zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy, jeżeli do wykonywania czynności, o których mowa w ust. 1 podczas realizacji zamówienia wykonawca skieruje nowych pracowników, będzie zobowiązany wystąpić na piśmie z informacją o zmianie oraz przedstawić Zamawiającemu zawarte z nimi umowy o pracę oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych w Części B załącznika nr 1 do niniejszej umowy przez tych pracowników.

Zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy, zmiana przez Wykonawcę jakiegokolwiek pracownika ochrony w trakcie realizacji umowy musi być poprzedzona informacją na piśmie.

Zgodnie z § 4 ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający zaakceptuje zmianę pracownika wskazanego w ofercie w terminie do 14 dni od daty przedłożenia propozycji zmiany pracownika, jeżeli proponowana osoba będzie spełniała warunki w stopniu nie gorszym niż osoba wskazana w ofercie.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. upłynął termin składania ofert. Wpłynęło 6 ofert.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 1 126 038,80 zł (cena za 1 roboczogodzinę brutto 22,90 zł x 49 172 rbh), a Odwołujący z ceną 1 301 582,84 zł. Najdroższa oferta została złożona przez Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 1 708 235,28 zł. Przystępujący w złożonej ofercie oświadczył, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego 10 osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, posiadających dostęp do informacji niejawnych co najmniej o klauzuli „zastrzeżone”, posiadających minimum 2 letnie doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej zgodnie z tabelą zawartą w formularzu oferty (10 osób).

W związku z faktem, iż cena z oferty LEWAR-SECURITY była o 23,28% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów i w związku z tym, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 2 września 2022 r. wezwał Przystępującego do założenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny, wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności kwestii, o których mowa w art. 224 ust. 3 ww. ustawy.

Zamawiający wskazał w szczególności, że Przystępujący zobowiązany jest wykazać zgodność 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 2018 r. poz. 2177 ze zm.) oraz wykazać zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (m.in. czy cena uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem osób w oparciu o umowę o pracę takie jak koszty urlopu, dodatki za pracę w godzinach nocnych, koszty zastępstw, koszty obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne z tytułu zatrudnienia osób na umowę o pracę i inne). Zamawiający wskazał, iż w przypadku gdy Wykonawca, kalkulując ofertę uwzględnił dofinansowanie do zatrudnienia osób niepełnosprawnych z PFRON, winien oświadczyć, że spełnia przesłanki uzyskania takiego dofinansowania, uwzględniając okoliczność, że zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, przedmiot zamówienia może być realizowany wyłącznie przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Ponadto Wykonawca powinien wykazać, że w kalkulacji ceny ofertowej uwzględnił wypełnienie obowiązków związanych z powierzeniem części zamówienia podwykonawcy, tj. Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 6 września 2022 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia ceny, przedstawiając kalkulację cenową do oferty na usługi ochrony. Przystępujący oświadczył także, że spełnia warunki uzyskania dofinansowania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych z PFRON oraz zapewnił, iż usługa będzie realizowana wyłącznie przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Nie złożył żadnych dowodów.

Pismem z dnia 8 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp dotyczące nieprawidłowego wyboru oferty wykonawcy LEWAR – SECURITY z uwagi na brak wykazania, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

W myśl art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoficerowana 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.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, 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.

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.

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 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Jednocześnie wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Ponadto Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy, gdyż przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez LEWAR - SECURITY wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę LEWAR - SECURITY w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa, bowiem Przystępujący złożonymi wyjaśnieniami nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska.

Na wstępie wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz

racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (arg. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Innymi słowy, odrzuceniu z postępowania podlega również oferta wykonawcy, który nie sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, przez co złożone wyjaśnienia poziomu ceny nie mogą zostać ocenione pozytywnie.

Następnie Izba wskazuje, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia irrelevantny jest argument Zamawiającego dotyczący braku ustawowego obowiązku zwrócenia się do Przystępującego o wyjaśnienia poziomu ceny z uwagi na to, że nie zostały spełnione wskaźniki, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż skierowane do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień ceny uzasadnione było wątpliwościami Zamawiającego w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 2 września 2022 r. Nie można pomijać, że uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje doniosłe konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp).

Przechodząc do oceny wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez Przystępującego Izba stwierdziła, że wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny. Wyjaśnienia złożone przez LEWAR - SECURITY nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i rzetelny, nie czyniły zadość wymoganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 2 września 2022 r., a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Wskazać należy, iż w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący ograniczył się w istocie do wyliczenia średniego kosztu jednej roboczogodziny za pracę w dzień oraz średniego kosztu jednej roboczogodziny nocnej, stanowiących podstawę do obliczenia średniego kosztu całkowitego jednej godziny oraz zakładanej marży na jednej roboczogodzinie. Tymczasem w wezwaniu z dnia 2 września 2022 r. Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wykazania, w szczególności zgodności kalkulacji z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, tj. m.in. czy cena Przystępującego uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem osób w oparciu o umowę o pracę takie jak koszty urlopu, dodatki za pracę w godzinach nocnych, koszty zastępstw, koszty obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne z tytułu zatrudnienia osób na umowę o pracę i inne. Zauważyć należy, iż wezwanie Zamawiającego miało charakter otwarty co do rodzaju kosztów, które winien wyjaśnić Wykonawca. W wyjaśnieniach Przystępującego próżno szukać założeń kalkulacyjnych związanych

z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę referujących do kosztów urlopu czy kosztów zastępstw, które zostały zaakcentowane w treści wezwania Zamawiającego z dnia 2 września 2022 r. Z kalkulacji Przystępującego nie wynika też, czy uwzględniono koszty zastępstw za dodatkowy urlop przysługujący pracownikowi ze stopniem niepełnosprawności, czy też inne koszty wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, które Wykonawca będzie musiał ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny pełnych kosztów pracy.

Ponadto w ocenie Izby stanowisko wykonawcy prezentowane w wyjaśnieniach było niekonsekwentne i niespójne z argumentacją podnoszoną na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Wskazać należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 6 września 2022 r. Przystępujący podał, iż do kalkulacji uwzględnił dofinansowanie z PFRON w wysokości 1200 zł miesięcznie w związku z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności bez schorzeń specjalnych pracowników. Jednocześnie lista dziesięciu pracowników, których Wykonawca zamierzał skierować do realizacji zamówienia została zawarta w formularzu ofertowym. Tymczasem w zgłoszeniu przystąpienia, w odpowiedzi na zarzut Odwołującego, iż dofinansowanie z PFRON w odniesieniu do trzech pracowników wskazanych w formularzu ofertowym nie przysługuje z uwagi na posiadane ustalone prawo do emerytury, a w odniesieniu do jednego pracownika wynosi 450 zł z uwagi na lekki stopień niepełnosprawności, LEWAR – SECURITY podniósł że *„powyższe nie ma istotnego wpływu na prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego, gdyż kalkulacja kosztów ma zawsze charakter szacunkowy i abstrakcyjny.”* Jednocześnie Przystępujący tłumaczył, że jest wielce prawdopodobnym, iż na etapie realizacji umowy dojdzie do zmiany pracowników skierowanych do realizacji zadania, co oznacza, że realny koszt realizacji zamówienia ulegnie zmianie, dlatego też zasadnym było przyjęcie uśrednionej wartości przy szacowaniu ceny oferty. Zauważyć również należy, iż w wyjaśnieniach ceny Przystępujący oświadczył, że spełnia warunki uzyskania dofinansowania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych z PFRON oraz zapewnił, iż usługa będzie realizowana wyłącznie przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

W ocenie Izby konfrontacja stanowiska Przystępującego zawartego w wyjaśnieniach ceny z argumentacją przedstawioną w zgłoszeniu przystąpienia wskazuje, iż nie wiadomo, jakie realnie założenia cenotwórcze przyjęto do kalkulacji ceny. W istocie z całościowego stanowiska Przystępującego nie sposób wywieść ilu pracowników Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, względnie jaką liczbę etatów przyjęto do obliczeń ceny, czy i jaki stopień niepełnosprawności posiadają pracownicy, których Wykonawca zamierza skierować do wykonania zamówienia oraz w jaki sposób powyższe przekłada się na oszczędności Wykonawcy w kalkulacji ceny. Prawidłowości kalkulacji ceny oferty

Przystępującego zdaniem Izby nie potwierdza, podnoszona również przez Zamawiającego, argumentacja dotycząca możliwości zmiany pracownika na etapie wykonania umowy określona w § 4 wzoru umowy. Procedura ta zdaniem Izby nie usprawiedliwia braku przyjęcia przez Wykonawcę realnych założeń na moment kalkulacji ceny oferty, jak też nie może uzasadniać przedstawienia sztucznej, oderwanej od rzeczywistych kosztów kalkulacji. Nie negując przewidzianej przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia procedury zmiany pracownika na etapie realizacji zamówienia publicznego wskazać należy, iż nie może ona wypaczać obowiązku wykonawcy dotyczącego należytej wyceny całego przedmiotu zamówienia opartej na rzeczywistych założeniach kalkulacyjnych. Dlatego też twierdzenia Przystępującego, iż wskazane w formularzu ofertowym osoby stanowiły wyłącznie przykładowy zespół osób, mimo że z jego treści wynika, że będą to osoby skierowane do realizacji zamówienia, zatem logicznie rzecz biorąc winny stanowić element kalkulacyjny oferty, są niewiarygodne. Potencjalna zmiana osób dedykowanych do realizacji zamówienia na etapie wykonania umowy nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia rzeczowych założeń przyjętych na moment kalkulacji ceny.

Co więcej, za szczególnie istotną okoliczność Izba uznała, iż wykonawca LEWAR - SECURITY złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty nie poparł żadnym dowodem, mimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego i obowiązku wynikającego z art. 224 ustawy Pzp. Powyższe uchybienie Przystępującego skutkuje brakiem możliwości weryfikacji i tak szczątkowej kalkulacji ceny oferty przedstawionej przez Wykonawcę, przekładając się tym samym na negatywną ocenę złożonych wyjaśnień. Rację miał Odwołujący, iż na Przystępującym ciążył obowiązek dowodowy, choćby w zakresie podnoszonej przez Wykonawcę okoliczności umożliwiającej mu obniżenie ceny oferty związanej z uzyskaniem stosownego dofinansowania z PFRON z uwagi na zatrudnianie pracowników ze stopniem niepełnosprawności. Wskazać należy, iż jeżeli Przystępujący w ramach prowadzonej działalności zatrudnia osoby ze stopniem niepełnosprawności, to brak było jakichkolwiek przeszkód, aby taka okoliczność została udowodniona, choćby w zakresie osób podanych w formularza ofertowym. Za nieadekwatny do okoliczności niniejszej sprawy Izba uznała przywołany przez Przystępującego wyrok KIO z dnia 11 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 224/22 i wskazaną w nim tezę, iż *„Dowodem mogą być również same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę jeśli cechują się dostatecznym stopniem szczegółowości”*, ponieważ jednostronicowych wyjaśnień Przystępującego nie sposób zakwalifikować jako kompleksowych i szczegółowych.

Ponadto wskazać należy, iż stanowisko Przystępującego zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego w zakresie w jakim wykraczało poza treść wyjaśnień ceny oferty z dnia 6 września 2022 r., w szczególności dotyczącym organizacji pracy Przystępującego oraz założeń dotyczących kosztów pracy, nie mogło zostać wzięte

przez Izbę pod uwagę. Wyjaśnić należy, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działaniem wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, podejmując działania i intensyfikując wysiłek w zakresie przedstawienia stosownych wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą.

Co szczególnie istotne, analiza pisma stanowiącego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że cena zaferowana przez Przystępującego nie została skalkulowana z uwzględnieniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Przystępujący w ww. piśmie wielokrotnie akcentował, że zaferowana przez niego cena ma charakter orientacyjny oraz że kalkulacja kosztów ma zawsze charakter szacunkowy i abstrakcyjny. Powyższe stanowisko Przystępującego nie zasługuje na aprobatę. Wskazać należy, iż obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego jest wycena całego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem możliwych do przewidzenia, racjonalnych ryzyk czy zagrożeń towarzyszących realizacji zamówienia publicznego, zysku na określonym poziomie oraz indywidualnych właściwości dotyczący każdego przedsiębiorcy, przy jednoczesnym poszanowaniu wymogów dotyczących sposobu obliczenia ceny przewidzianych w specyfikacji warunków zamówienia. Przypisana wykonawcom domena kalkulacji ceny oferty w żadnej mierze nie oznacza, że cena oferty może zostać skalkulowana abstrakcyjnie, czy też w oderwaniu od rzeczywistych kosztów wynikających z wymogów zamawiającego określonych specyfikacją, jak też przyjął Przystępujący. Zdaniem składu orzekającego całościowa lektura pisma Przystępującego prowadzi do wniosku, że sposób kalkulacji ceny oferty przyjęty przez Wykonawcę nie został oparty na skonkretyzowanych założeniach cenotwórczych, obrazujących w jaki sposób zbudowano cenę oferty, uwzględniających przy tym szczegółowe wymogi wynikające ze specyfikacji. Kalkulacja cenowa Przystępującego oparta została na ogólnych i abstrakcyjnych założeniach, oderwanych od konkretnych wyliczeń i założeń, a pismo procesowe Przystępującego jedynie potęguje wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny.

W końcu wskazać należy, że rozważając kwestię ewentualnego wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie nie powinno

mieć ono miejsca. Zdaniem składu orzekającego ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Konkludując powyższe stwierdzić należy, iż wyjaśnienia ceny oferty złożone przez LEWAR - SECURITY pismem z dnia 6 września 2022 r. były ogólnikowe, nie wyjaśniały sposobu zbudowania ceny ofertowej, a wręcz – jak przyznał Przystępujący, kalkulacja miała charakter orientacyjny, abstrakcyjny i szacunkowy, nie czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami. Tym samym wykonawca LEWAR - SECURITY nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty LEWAR – SECURITY, która podlegała odrzuceniu z postępowania.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy LEWAR – SECURITY jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji nie został w ocenie Izby skonkretyzowany.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: