

Sygn. akt: KIO 1293/22

WYROK
z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 6 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawców działających wspólnie **EKOTRADE sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE Security sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie** ubiegających się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą we Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Usługowa Spółdzielnia "Uniwersum" z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Z." Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego konsorcjum **EKOTRADE sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE Security sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum **EKOTRADE sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE Security sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego konsorcjum **EKOTRADE sp. Z o.o.**
z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE Security sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie;

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie na „Wykonanie usługi ochrony fizycznej oraz monitoring elektroniczny osób i mienia w budynku Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi” identyfikator postępowania 36a7dd3e-32ee-46fe-8da4-efc8f2d63125, w której ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00123620/01, wobec czynności podjętej w postępowaniu polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Usługowa Spółdzielnia "Uniwersum" z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Z." Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych również Hunters) i zaniechania odrzucenia oferty wybranej z uwagi na rażąco niską cenę, wniesione zostało w dniu 16 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców działających wspólnie EKOTRADE sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE Security sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanych również Ekotrade).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm., zwanej również Ustawą) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Hunters w sytuacji, gdy wykonawca został wezwany do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i nie zawierają faktycznie żadnych dowodów, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 Ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie oferty Hunters.

W odwołaniu wskazano między innymi, że Zamawiający wezwał Hunters do złożenia zarówno wyjaśnień jak i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, która zdaniem Zamawiającego wydawała się rażąco niska. Odwołujący zaznaczył, że treść wezwania została sformułowana bardzo precyzyjnie i szczegółowo, wskazując kwestie wybiegające poza katalog okoliczności opisanych art. 224 ust. 3 Ustawy i odnosiła się do konkretnych elementów kalkulacyjnych aktualnego zamówienia. W ocenie Odwołującego pomimo

precyzyjnego wezwania, wykonawca Hunters nie przedstawił Zamawiającemu żadnych, nawet najprostszych i dostępnych dowodów na potwierdzenie okoliczności opisanych w wyjaśnieniach i brak przedstawienia dowodów, sam w sobie, powinien być traktowany jak faktyczne nieudzielenie wyjaśnień, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołujący. Odwołujący wskazał również, że Hunters zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę, która jest nierealna, nierynkowa i nie dająca w najmniejszym stopniu gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że deklaracje i zapewnienia składane w treści wyjaśnień przez Hunters mają charakter czysto matematyczny oraz nie uwzględniają skali koniecznego zaangażowania wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia; Kalkulacja, którą przedstawił Hunters, ma na celu budowę fikcji zgodności jej elementów ze złożoną przez niego ofertą bez uwzględnienia realnych potrzeb Zamawiającego oraz postawionych przez niego wymagań. Dodatkowo podniósł na nieprawidłowość przedkładania dowodów dla wykazania, że cena nie jest rażąco niska przez Hunters na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności wobec ich dostępności na etapie postępowania wyjaśniającego oraz fakt unikalności na rynku kwalifikowanych pracowników ochrony o cechach wymaganych przez Zamawiającego posiadających jednocześnie umiarkowany stopień niepełnosprawności.

Zamawiający nie uznał odwołania wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał między innymi, że zaoferowana przez Hunters cena nie budzi jego wątpliwości w świetle art. 224 Ustawy oraz złożonych przez Hunters wyjaśnień a wezwanie z art. 224 ust. 12 Ustawy podyktowane było zgłoszonymi przez innych wykonawców zastrzeżeń do oferty Hunters. Podkreślił brak kwestionowania przez Odwołującego samej kalkulacji oraz pozostałych okoliczności np. dysponowania Hunters kwalifikowanymi pracownikami ochrony o cechach wymaganych przez Zamawiającego posiadających jednocześnie umiarkowany stopień niepełnosprawności a także możliwość dodatkowej weryfikacji i potwierdzenia prawidłowości oświadczeń i kalkulacji ceny Hunters wobec faktu realizacji przez ten podmiot na rzecz Zamawiającego usługi o analogicznym zakresie i wymaganiach w ramach innej wcześniejszej umowy oraz braku jakichkolwiek zastrzeżeń co do jej realizacji.

W dniu 19 maja 2022 r. do postępowania po stronie Odwołującego przyłączyło się konsorcjum Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą we Warszawie (zwane również Konsalnet).

W dniu 19 maja 2022 r. do postępowania po stronie Zamawiającego przyłączył się Hunters wnosząc o oddalenie odwołania. Zaznaczył między innymi, że złożone przez niego wyjaśnienia były konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, odnoszące się do całości wskazanych w wezwaniu zagadnień a przede wszystkim uzasadniające podaną w ofercie cenę i realność wykonania zamówienia za jej zapłatą. Wskazał na specyfikę usługi

będącej przedmiotem zamówienia, której koszty sprowadzają się w zasadzie do kosztów osobowych, fakt realizowania analogicznych zadań na rzecz Zamawiającego w ramach umowy zawartej w 2016 r. i braku w tym zakresie zastrzeżeń Zamawiającego oraz dysponowanie zapleczem technicznym, sprzętem i wyposażeniem już w czasie realizacji tamtego zamówienia oraz obecnie a także posiadanie personelu o kwalifikacjach niezbędnych i wystarczających do realizacji zamówienia za cenę ofertową, w tym również o orzecznym stopniu niepełnosprawności i wiążącym się z tym pozyskiwaniem wsparcia ze środków publicznych, a także posiadanie biura na terenie Warszawy i równoległego wykonywania usług ochrony na terenie województwa mazowieckiego, w tym Warszawy, na rzecz innych podmiotów, które to czynniki wpływają bezpośrednio na wycenę usługi – zmniejszenie jej kosztów realizacji. Wskazał również na zgodność z Ustawą kosztów przyjętych do kalkulacji ceny, w szczególności w zakresie wynagrodzenia pracowników.

W dniu 20 maja 2022 r. Zamawiający złożył dokumentację postępowania.

W toku postępowania odwoławczego strony oraz Przystępujący po stronie Zamawiającego złożyli szereg dowodów w postaci dokumentów, w tym: Odwołujący wraz z odwołaniem ofertę dystrybutora sprzętu wymaganego przez Zamawiającego potwierdzającą jego cenę, przykładowe oferty pracy z warszawskiego rynku ochrony wskazujące na koszty wyższe od wskazanych w wyjaśnieniach, Zamawiający dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia (w tym w szczególności pismo Ekotrade z dnia 2 maja 2022 r. informujące i wzywające Zamawiającego do żądania wyjaśnień od Hunters w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, pismo Konsalnet z dnia 4 maja 2022 r. informujące i wzywające Zamawiającego do żądania wyjaśnień od Ekotrade i Hunters w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, wezwanie Zamawiającego z dnia 5 maja 2022r. kierowane do Hunters do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, wyjaśnienia Hunters z dnia 6 maja 2022 r. kierowane do Zamawiającego wraz z kalkulatorem ceny ofertowej brutto złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 Ustawy, oferta Hunters wraz z między innymi listem referencyjnym z dnia 25 października 2021 r. potwierdzającym realizację usługi ochrony osób i mienia w okresie 2020-2021 na rzecz Sądu Okręgowego w Poznaniu – budynki SR w Chodzieży, SR w Gostyniu, SR w Grodzisku Wlkp, SR w Kościanie, SR w Nowym Tomyślu, SR w Obornikach, SR w Rawiczu, SR w Śremie, SR w Środzie Wlkp, SR w Wolszynie, SR we Wrześnie, SR w Złotowie, poświadczenie o wykonanym zamówieniu z dnia 27 kwietnia 2022 r. na usługę ochrony osób i mienia w okresie 2020-2021 na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa – Cmentarz Wojskowy w Warszawie, poświadczenie o wykonanym zamówieniu z dnia 27 kwietnia 2022 r. na usługę ochrony osób i mienia w okresie 2020-2021 na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa – Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazujący

na osoby zatrudnione posiadające wymagane przez Zamawiającego cechy, wykaz usług, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 maja 2022 r., projekt umowy nr BA.zp23.1.22.2022 na ochronę osób i mienia w budynku Zamawiającego), umowę nr BDGzp-2120-7/ES/16 z dnia 17 maja 2016 r. zmienioną aneksem nr 1 na ochronę osób i mienia w budynku Zamawiającego zawartą pomiędzy Zamawiającym a Hunters, list referencyjny z dnia 30 marca 2022 r. wystawiony przez Zamawiającego dla Hunters w związku z realizacją umowy nr BA.zp23.1.22.2022, Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego w przystąpieniu z dnia 19 maja 2022 r. wybrane dokumenty postępowania oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Archiwum Państwowe na usługę ochrony mienia i osób, w którym Odwołujący złożył ofertę na kwotę 1 567 938,32 zł, informację o treści złożonych dokumentów w postępowaniu prowadzonym przez Archiwum Państwowe zawierające informację o wysokości oferty złożonej przez Odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty, pismo z dnia 6 kwietnia 2022 r. wskazujące, że w postępowaniu tamtym usługa ma być realizowana przez pełnosprawnych pracowników, co wpływa na zwiększenie kosztu jej realizacji, Odwołujący z pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. zestawienie ofert na ochronę osób i mienia złożonych w postępowaniu na ochronę obiektów Zamawiającego w 2019 roku, w którym nie widnieje Hunters, informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na ochronę Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie, gdzie Hunters i Odwołujący złożyli oferty z wyższymi stawkami od złożonych w niniejszym postępowaniu, Hunters z pismem z dnia 2 czerwca 2022 r. na rozprawie poświadczona za zgodność z oryginałem wykaz broni na 1 marca 2022 r., decyzja Komendanta Stołecznego Policji z dnia 14 lipca 2021 r. zmieniająca poprzednią w zakresie liczby posiadanych przedmiotów do obezwładniania osób i przyznająca Hunters prawo posiadania do celów ochrony osób i mienia łącznie 43 egzemplarzy ww., fotografie wymaganego przez Zamawiającego sprzętu i wyposażenia (6 zdjęć), umowy o pracę wraz z orzeczeniami o stopniu niepełnosprawności i posiadających zaświadczenie o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i dopuszczenie do posiadania broni 10 pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia, umowy o pracę wraz z orzeczeniami o niepełnosprawności 3 pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia na stanowisku recepcja, Odwołujący na rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r. wyciąg z pisma Hunters z dnia 28 maja 2022 r. złożonego w innym postępowaniu prowadzonym przez Urząd Dozoru Technicznego zawierające uwagi Hunters do ceny oferowanej przez wykonawcę Security Emporio jako rażąco niskiej. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przesłane zostało w trybie art. 224 ust 1 Ustawy w następstwie złożonych przez Konsalnet i Ekotrade żądań oraz, że wyjaśnienia Hunters nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do realności wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę i nie naruszenia przez Hunters

przepisów o wynagrodzeniu minimalnym, również w świetle realizowanych uprzednio przez Hunters na rzecz Zamawiającego usług Ochrony mienia i osób.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności wskazaną powyżej dokumentację postępowania, załączniki do pism procesowych stron i uczestników postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do rozpoznania zarzutów zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła, aby zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania, jak również, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego jego rozpoznania.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Ustawy.

W formularzu oferty wykonawcy zobowiązani byli wskazać cenę brutto oferty. Hunters złożył ofertę na kwotę 2 792 916, 72 zł. Ekotrade złożył ofertę na kwotę 3 053 639,82 zł. Konsalnet złożył ofertę na kwotę 3 100 354,09 zł.

W dniu 2 maja 2022 r. i 4 maja 2022 r. odpowiednio Ekotrade i Konsalnet wystąpili do Zamawiającego z informacją i żądaniem zwrócenia się odpowiednio do Hunters i Hunters i Ekotrade o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy. Oba wezwania odnosiły się do możliwości zapewnienia realizacji zamówienia z poszanowaniem stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz kosztów zapewnienia wymaganego przez Zamawiającego sprzętu i wyposażenia oraz umundurowania oraz wskazanych wybiórczo kategorii usług.

W następstwie wyżej wskazanych żądań Zamawiający zwrócił się do Hunters w oparciu o normę art. 224 ust. 1 Ustawy z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał Hunters do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, która zdaniem Zamawiającego wydawała się rażąco niska. Treść wezwania została sformułowana precyzyjnie i szczegółowo i odnosiła się do konkretnych elementów kalkulacyjnych aktualnego zamówienia, jakie wezwany miał obowiązek wyjaśnić i udowodnić, zawierała wyraźne obowiązki wezwanego odnośnie zawartości treści składnych wyjaśnień i jego treść nie była kwestionowana przez Hunters analogicznie jak sam termin złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, który uznać należało za w pełni wystarczający

na złożenie rzetelnych, kompletnych i precyzyjnych wyjaśnień wraz z koniecznymi dowodami. W odpowiedzi na wezwanie Hunters złożył wyjaśnienia oraz kalkulację ceny.

Zamawiający w wezwaniu przytoczył treść art. 224 ust. 3 Ustawy oraz otwarty katalog kosztów, które Hunters miał obowiązek wyjaśnić, uzasadnić i udowodnić wskazując w szczególności:

1) koszty związane z wynagrodzeniem osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia, biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących stałą ochronę (w tym uwzględnienie minimalnego wynagrodzenia 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. poz. 1690), składek ZUS ponoszonych przez pracodawcę, dodatku za pracę w porze nocnej, zapewnienie- zastępstwa na czas urlopu lub podczas jakiegokolwiek innej absencji),

2) koszty umundurowania i wyposażenia kwalifikowanych pracowników ochrony,

3) patrole grup interwencyjnych,

4) koszty związane z administracją i zapewnieniem we własnym zakresie sprzętu wymaganego do realizacji umowy, tj.:

a) ręczny wykrywacz metali,

b) bramkowy wykrywacz metali i skaner rentgenowski umożliwiający wykrywanie broni palnej, materiałów wybuchowych, noży i innych przedmiotów niebezpiecznych.

Skaner rentgenowski musi być wyposażony w:

- co najmniej 1 monitor kolorowy o przekątnej obrazu nie mniejszej niż 17",

- funkcję umożliwiającą zapis obrazów prześwietlonych przedmiotów na żądanie operatora – archiwizacja ręczna w celu ich późniejszej analizy,

- oprogramowanie umożliwiające kierowanie uwagi operatora na zdjęciu rentgenowskim na obiekty wykazujące wyższą zdolność absorpcji jak również obiekty podejrzane. Sygnalizacja powinna mieć opcję zakreślenia i zmiany koloru obiektu,

5) koszty pozostałe związane z obsługą zamówienia:

- administracyjne,

- usługi monitorowania obiektu;

- telefon komórkowy – abonament;

- system active guard;

- koszty badań lekarskich,

6) wykonanie 2 razy w roku w terminie uzgodnionym z Zamawiającym przeglądu wszystkich urządzeń i instalacji kablowych Systemu Sygnalizacji Włamania i Napadu,

7) wystawienie na wniosek Zamawiającego posterunku doraźnego,

8) realizowanie zadań związanych z bezpieczeństwem narodowym dotyczących ochrony budynku wynikających z ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 261, z późn. zm.) oraz innych aktów normatywnych uściślających tematykę związaną z bezpieczeństwem osób i mienia znajdujących się w budynku Zamawiającego w ścisłej współpracy z Centrum Zarządzania Kryzysowego Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi,

9) koszty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC),

10) koszty związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy,

11) podatek od towarów i usług,

12) zysk Wykonawcy.”

W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wyżej przywołane wezwanie Hunters odniósł się do wszelkich żądanych przez Zamawiającego kwestii. Wskazał w szczególności, że oferowana cena ofertowa uwzględnia obowiązującą kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę, wszelkie koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę oraz inne koszty niezbędne dla prawidłowej i zgodnej z spójne i skonkretyzowane. Izba ustaliła, że Zamawiający prawidłowo przyjął, że cena ofertowa uwzględnia obowiązującą kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wszelkie koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę, koszty administracyjne – ogólnozakładowe oraz inne związane z realizacją zamówienia w tym wszelkie wymienione w wezwaniu do wyjaśnień i wykazuje zadowolający Hunters zysk w wysokości 0,5 % ceny. Hunters wskazał na szczególne wyjątkowo korzystne warunki realizacji zamówienia w postaci:

- zmniejszonych kosztów nadzoru ponieważ siedziba Hunters mieści się w Warszawie w pobliżu obiektu podlegającego ochronie,

- posiadania całego niezbędnego wyposażenia i sprzętu dla realizacji zamówienia, w tym wskazanego w wezwaniu, wobec realizacji na rzecz Zamawiającego usługi ochrony o analogicznym do niniejszego przedmiotu zamówienia,

- realizacji ochrony doraźnej oraz zadania związanego z bezpieczeństwem narodowym dotyczących ochrony budynku wynikających z ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 261, z późn. zm.) poprzez dyżurnych Kierowników (Menedżerów) ds. ochrony, posiadających wpis na listę kwalifikowanych

pracowników ochrony fizycznej (oraz pozwolenie na broń) i zatrudnionych w ramach umów o pracę w jednej ze spółek tworzących konsorcjum Hunters, w ramach pensum etatowego przewidzianego dla dyżurnych Kierowników (Menedżerów) ds. ochrony, co jest możliwe wobec stosowanej przez podmioty profesjonalnie zajmujące się usługami ochrony mającej dużą ilość klientów jak Hunters zasady realizacji usługi z przewidywaniem możliwości podjęcia reakcji, całodobowo w ramach dyżurów 2 osoby z kadry kierowniczej (pełnionych rotacyjnie w ramach pensum godzin) i w razie potrzeby realizacja dodatkowych posterunków - posiadania przez część osób skierowanych do realizacji zamówienia orzeczenie lekarskie o niepełnosprawności w stopniu umożliwiającym wykonywanie pełni zadań pracowników ochrony i innych (Hunters zadeklarował do realizacji 12 osób niepełnosprawnych), w tym również wpisanych na listę pracowników kwalifikowanych i pozyskiwania z tego tytułu pomocy publicznej z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Do wyjaśnień Hunters załączył kalkulację kosztów odnoszącą się szczegółowo, do każdej kategorii kosztów oraz innych elementów cenotwórczych potwierdzających założenie przez Hunters realizacji zamówienia z poszanowaniem przepisów o wynagrodzeniu minimalnym oraz innych wymienionych w art. 224 Ustawy.

Zamawiający uznał wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny Hunters za wystarczające dla uznania, że oferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 224 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący nie kwestionował prawidłowości samej kalkulacji, ani jej zakresu i nie przeprowadził analizy poszczególnych składowych ceny oferty Hunters, która pozwoliłaby na skuteczne zakwestionowanie możliwości zrealizowania zamówienia za oferowaną cenę. Nie podważył również skutecznie żadnego z przedłożonych przez Hunters dowodów ani twierdzeń.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy, że Hunters realizował na rzecz Zamawiającego usługę ochrony mienia i osób w latach poprzednich w zakresie analogicznym do aktualnie objętego zakresem zamówienia na tożsamy obiektach i warunkach również w odniesieniu do wymaganego wyposażenia i sprzętu. Usługa wykonana została należyście. Hunters posiada wymagane przez Zamawiającego wyposażenie, sprzęt oraz personel, który może skierować do realizacji zamówienia. Hunters zatrudnia pracowników, w tym również posiadających unikalne na rynku właściwości i uprawnienia – wymagane przez Zamawiającego do realizacji zamówienia a nadto posiadających aktualne orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym z orzeczeniem lekarskim o zdolności do pracy dla stanowisk przewidzianych przez Zamawiającego, co umożliwia pozyskanie dofinansowania ze środków publicznych –

Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, oraz w liczbie wymaganej przez Zamawiającego. Hunters realizuje na terenie województwa mazowieckiego, w tym również w Warszawie usługi ochrony osób i mienia o podobnym do przedmiotowego zakresie, których równoległa realizacja pozwala na racjonalizację wydatków i dodatkowo uwiarygadnia dokonaną przez Hunteres kalkulację. Na rynku składane są podobne, jeśli chodzi o stawki oferty na usługi ochrony osób i mienia, ich wysokość zależy między innymi od dopuszczalności realizacji zamówienia przez osoby niepełnosprawne.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie biorąc pod uwagę zakres zarzutów, który wyznaczony zostaje nie tylko wskazaniem na naruszenie przepisu prawa, ale przede wszystkim okolicznościami faktycznymi, które miałyby wypełniać normę prawa, z której naruszeniem wiąże się złożony środek ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie Odwołujący odnosił się do kwestii wybranego przez Hunters sposobu wykazania, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską – nieprzedstawienia w tym zakresie dowodów, które Hunters mógł przedłożyć już na etapie postępowania wyjaśniającego oraz niemożności zrealizowania zamówienia za cenę, która jest nierealna, nierynkowa i nie dająca w najmniejszym stopniu gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący ograniczył się jednak do wskazania sytuacji rynkowej, w tym podaży pracy personelu wykwalifikowanego oraz unikalności łączenia przez pracowników ochrony kwalifikacji z niepełnosprawnością a także cen ofertowych podobnych, lecz nie tożsamyh usług, które nie muszą i, w ocenie Izby, nie miały wpływu na sytuację Hunters w tej sprawie.

Powyższe okoliczności nie mogły doprowadzić do uznania zasadności zarzutów związanych z błędną oceną ceny oferty wybranej, jak również jej wyboru.

W toku postępowania przez Izbą Hunters i Zamawiający przedłożyli dowody potwierdzające prawidłowość przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej przez Hunters założeń. Dowody przedstawione przez Odwołującego wskazujące na pewne warunki i tendencje rynkowe, w tym także ceny oferowane w innych postępowaniach, nie mogły wpłynąć na ocenę prawidłowości stanowiska Zamawiającego i wyjaśnień Hunters tutaj także kalkulacji ceny. Te ostatnie bowiem winny być oceniane w odniesieniu do skonkretyzowanego podmiotu, który znajduje się w warunkach umożliwiających mu obiektywnie złożenie oferty realizacji przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę, które to okoliczności zostały przez niego dostatecznie wyjaśnione i wykazane zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego jak i dodatkowo w ramach postępowania przez Izbą. W niniejszym przypadku nie bez znaczenia jest okoliczność - którą powinien był i brał pod uwagę Zamawiający dokonując oceny złożonych przez Hunters wyjaśnień - wcześniejszej realizacji analogicznego zamówienia przez Hunters na jego rzecz.

Zasadniczo, konstrukcja zarzutów odwołania opiera się na założeniu, że to po stronie wykonawcy wobec, którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, ewentualnie Zamawiającego, spoczywał ciężar wykazania, iż cena nie jest rażąco niska i to wyłącznie na etapie postępowania wyjaśniającego. Tutaj Izba zgadza się z Odwołującym, że generalnie realizacja obowiązków, jakie Ustawa wiąże z postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego nie może być przenoszona wprost na etap postępowania odwoławczego. W niniejszym jednak przypadku, w ocenie Izby, jeszcze raz podkreślenia wymaga, że złożone wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny ofertowej stanowiły wystarczający dowód na niesłuszność zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny i zgodności oferty z przepisami w zakresie kalkulacji kosztów osobowych. Powyższe okoliczności w zestawieniu z faktem realizacji zamówienia o analogicznym przedmiocie na rzecz Zamawiającego przez Hunters spowodowały, że decyzji Zamawiającego nie sposób uznać za w najmniejszym stopniu uznaniową. Prawdliwość tej oceny potwierdziło dodatkowo postępowanie dowodowe przeprowadzone przed Izbą zgodnie z normą art. 537 pkt. 1) Ustawy, który przewiduje, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W świetle przywołanej normy nie można więc uznać, że przystępujący pozbawiony może zostać inicjatywy dowodowej. W szczególności uczestnik może przywoływać dowody i twierdzenia dla odparcia zarzutów odwołania. W sposób oczywisty powyższe nie zdejmuje jednak z odwołującego obowiązku procesowego skonkretyzowania formułowanych zarzutów i ewentualnego przedkładania dowodów dla wykazania ich zasadności. Punktem wyjścia do rozpoznania odwołania zawsze bowiem jest zarzut i jego podstawa faktyczna pozwalająca ocenić jego zasadność. W niniejszym odwołaniu takiej podstawy faktycznej pozwalającej na uwzględnienie odwołania nie było. W ocenie Izby norma art. 224 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którą jeżeli zaferowana 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, ani nawet wezwanie przez zamawiającego wykonawcy do przedstawienia konkretnego dowodu nie może per se odczytywana być jako wykluczająca prawidłowość dokonania przez zamawiającego weryfikacji ceny ofertowej jako nienaruszającej Ustawy w oparciu wyłącznie o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę lub dowody inne niż ten, którego złożenia zamawiający uprzednio się domagał. W każdym bowiem przypadku ocena dowodów dokonywana winna być ad casu. W tym zakresie stanowisko Izby zbieżne jest z już utrwalonym, zgodnie z którym również dokumenty wytworzone przez wykonawców mają moc dowodową (vide np. wyrok Sądu Okręgowego w

Warszawie z dnia 22.12.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 90/21, gdzie wskazano: „Zaakcentowania wymaga, że rygor dowodowy, który ustawa nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie wymagał przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy udowodnili brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które ich zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. (...) Ma przy tym rację Izba podnosząc, że w istocie przedłożone kosztorysy stanowiły dokumenty wytworzone przez wykonawców, niemniej powyższe nie przesądza o tym, że pozbawione są jakiegokolwiek mocy dowodowej.”)

Dodatkowo Izba stoi na stanowisku, że w każdym przypadku zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien kierować się dbałością o wydatkowanie środków publicznych w sposób racjonalny i jednocześnie celem postępowania wyjaśniającego, jakim jest ustalenie czy cena oferowana pozwala na zrealizowanie zamówienia (vide m.in. wyrok KIO 3571/21 z dnia 23.12.2021 r. i 3594/21 z dnia 23.12.2021 r.: wskazujące na potrzebę dokonywania oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, przez pryzmat celu, jakemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty, którym jest ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Słusznie bowiem przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy.

Oświadczenia i stanowisko Hunters i Zamawiającego jest spójne z treścią przedłożonych dokumentów i potwierdza realność wykonania zamówienia za oferowaną cenę.

W niniejszym przypadku nie sposób przyjąć, że Zamawiający dopuścił się naruszenia normy art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy a tym samym art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 Ustawy.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszeń ustawy, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Stosownie do art. 553 Ustawy, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 Ustawy wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok, stąd przy zbiegu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 557 Ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Ustawy, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: