

Sygn. akt: KIO 1790/22

WYROK
z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2022 r. przez wykonawcę: **A. S.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Szeryf Security z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Memling Security Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, jako zawierającą rażąco niską cenę;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 349 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy trzysta czterdzieści dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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

Województwo Pomorskie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
pn. Świadczenie usługi ochrony obiektów i mienia na terenie nieruchomości stanowiących własność Województwa Pomorskiego; znak sprawy: DAZ-Z.272.31.2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00125745/01.

W dniu 5 lipca 2022 r. przez wykonawcę: **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Szeryf Security z siedzibą w Gdyni**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie, wobec czynności i zaniechań zamawiającego w niniejszym postępowaniu, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej w części pierwszej zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę: Memling Security Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej „Memling Security”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Memling Security, w przypadku nieudzielenia przez niego wyjaśnień w wyznaczonym terminie, określonym przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 23 czerwca 2022 r.;
2. art. 16 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, poprzez inne traktowanie Memling Security i innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu w zakresie oceny treści i formy udzielonych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,
a w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów - z ostrożności procesowej - naruszenie przepisów:
3. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Memling Security, w przypadku udzielenia przez niego wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej

w ofercie ceny, w szczególności przy uwzględnieniu stopnia niepełnosprawności pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz deklarowanej kwoty dofinansowania kosztów osobowych, jakie łączy się z zatrudnieniem pracowników ochrony w ramach zakładu pracy chronionej, a także wyjaśnień, które potwierdzają, że określone składniki kosztów osobowych w ramach wynagrodzenia pracowników (m.in. dodatek za pracę w porze nocnej, zabezpieczenie z tytułu urlopu wypoczynkowego w dodatkowym wymiarze oraz zwolnień chorobowych) zostały niedoszacowane

w kalkulacji ceny ofertowej, a także braku wyjaśnień w zakresie obciążeń podatkowych Memling Security;

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w nieuprawnionym, ponownym wezwaniu w dniu 23 czerwca 2022 r. Memling Security do udzielenia wyjaśnień, na okoliczność dotyczącą przedstawienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wyliczenia kosztów osobowych w ramach wynagrodzenia pracowników (dodatek za pracę w porze nocnej, zabezpieczenie z tytułu urlopu wypoczynkowego w dodatkowym wymiarze), która była już uprzednio przedmiotem wezwania Memling Security do udzielenia wyjaśnień w takim samym zakresie i na tym samym stopniu szczegółowości;
5. art. 16 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, poprzez inne traktowanie Memling Security i odwołującego w zakresie oceny stopnia szczegółowości udzielonych przez nich wyjaśnień, w tym niepełnych informacji, przekazywanych przez Memling Security oraz braku uzasadnienia twierdzeń Memling Security w załączonym przez niego dokumencie (DRUK INF-1), dotyczącym wymiaru procentowego liczby pracowników, na których otrzymuje on dofinansowanie w związku z niepełnosprawnością w stopniu wyższym niż umiarkowany;
6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Memling Security, w przypadku jej niezgodności z warunkami zamówienia, albowiem zamierza on skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia osoby niepełnosprawne w stopniu, który obiektywnie uniemożliwia lub co najmniej istotnie ogranicza wykonanie zamówienia, które wymaga m.in. pracy w porze nocnej, odporności na stres, dobrej kondycji psycho- fizycznej, pozwalającej na szybkie i stanowcze reakcje/ interwencje w sytuacjach zagrożenia, a także umiejętności organizacji i koordynacji (sprawowanie

nadzoru), a tym samym oferta Memling Security jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”).

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Memling Security w zakresie części pierwszej zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz jego rozstrzygnięcie, zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 15 lipca 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek, określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany tj. odrzucenia oferty Memling Security, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody, w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z rozdziałem IV SWZ jest usługa ochrony obiektów i mienia na terenie nieruchomości stanowiących własność Województwa Pomorskiego. Przedmiotowe zamówienie obejmuje: usługę ochrony w formie bezpośredniej stałej ochrony fizycznej następujących nieruchomości: o Gdynia, ul. Rdestowa 65-71 (dz. nr 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1051, 1053, 1055, 1056, 1057/3), o Strzelino 36A (dz. nr 170/2, 170/6, 170/7); usługę ochrony w formie zabezpieczenie technicznego nieruchomości

w formie całodobowego monitoringu (urządzenia i systemy alarmowe) wspieranego bezpośrednią doraźną ochroną fizyczną następujących nieruchomości: o Słupsk, ul. Wojska Polskiego 50 (dz. nr 205), o Bytów, ul. Wąska 12 (dz. nr 77/2, 78). Zamówienie zostało podzielona na dwie części. Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) został określony w załączniku nr 1 do SWZ oraz wzorach umów, stanowiących załącznik nr 2.1 do SWZ dla części pierwszej zamówienia oraz załącznik nr 2.2 do SWZ dla części drugiej zamówienia. Zamawiający zawarł w SWZ wymagania, dotyczące zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia: (i) Na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.) osób (tj. pracowników ochrony) wykonujących bezpośrednio czynności w trakcie realizacji zamówienia. (ii) Powyższy wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy nie ma zastosowania w przypadku, gdy ww. czynności (przez cały okres ich realizacji): będą powierzone osobom fizycznym prowadzącym działalność gospodarczą, które ww. czynności będą wykonywać osobiście na podstawie łączącego je z wykonawcą lub podwykonawcą stosunku cywilnoprawnego. Jeśli Wykonawca będzie wykonywał powyższe czynności samodzielnie (jako właściciel/ współwłaściciel) zamawiający uzna to za spełnienie warunku zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia. (iii) Wykonawca w umowie oświadczy, iż osoba lub osoby, wykonujące ww. czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia są lub będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy.

Zgodnie z treścią załącznika nr 2.1 do SWZ przedmiot zamówienia dla części pierwszej zamawiający opisał w następujący sposób.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi ochrony mienia, polegająca na zapewnieniu kontroli nad infrastrukturą obiektów. Usługa będzie realizowana przez pracowników ochrony (w rozumieniu Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia) w formie bezpośredniej stałej ochrony fizycznej w następujący sposób: (a) usługa ochrony będzie świadczona całodobowo (24 godziny na dobę), siedem dni w tygodniu - w dni robocze, niedziele i święta (dni ustawowo wolne od pracy) przez jednego pracownika ochrony; (b) usługa ochrony będzie podlegała kontroli pracowników ochrony przy zastosowaniu elektronicznych urządzeń rejestrujących - zamawiający przewiduje 11 zewnętrznych punktów kontrolnych (lokalizacja punktów zostanie wskazana wykonawcy przy podpisywaniu umowy); (c) usługa ochrony powinna być przeprowadzana przez jednakowo umundurowanych pracowników ochrony; (d) w razie wystąpienia sytuacji kryzysowej lub zagrożenia na terenie chronionej nieruchomości pracownicy ochrony muszą być wspierani doraźną grupą interwencyjną wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia przybycia grupy interwencyjnej w czasie do 15 minut od powiadomienia centrum nadzorującego wykonawcy o wystąpieniu sytuacji zagrożenia na chronionej nieruchomości. Zamawiający nie poniesie z tego tytułu żadnych kosztów. Czas przybycia grupy interwencyjnej - maksymalnie do 15 min. UWAGA! Czas przyjazdu grupy interwencyjnej jest kryterium oceny ofert.

Do obowiązków pracownika ochrony wykonawcy będzie należało: (a) wykonywanie codziennego obchodu nieruchomości przez pracownika ochrony co najmniej trzy razy między godz. 6:00 a godz. 18:00 oraz co najmniej 5 razy między godz. 18:00 a godz. 6:00, nie rzadziej niż co dwie godziny, w nieregularnych odstępach, godziny obchodów będą wpisywane w książkę dyżurów a sam obchód będzie przez pracownika potwierdzany na urządzeniach rejestrujących; (b) wykonywanie w trakcie obchodów, sprawdzenia prawidłowego zabezpieczenia drzwi, okien, krat, powiadamianie odpowiednich służb publicznych oraz osób upoważnionych przez zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach oraz zabezpieczenie zagrożonego miejsca do czasu podjęcia odpowiednich czynności przez zamawiającego; (c) przeciwdziałanie kradzieżom z włamaniem, napadom, dewastacji, uszkodzenia mienia znajdującego się w budynkach, pożaru i innym zakłóceniom spokoju; (d) zapewnienie kontroli nad infrastrukturą chronionego obiektu; (e) egzekwowanie zakazu dotyczącego przebywania na terenie chronionej nieruchomości osób nieupoważnionych; (f) otwieranie i zamykanie wejść do budynków, bram wjazdowych (jeśli istnieją) oraz wyznaczonych pomieszczeń zgodnie z upoważnieniem przekazany przez zamawiającego; (g) powiadamianie centrum nadzorującego wykonawcy o wystąpieniu sytuacji zagrożenia na chronionej nieruchomości celem wezwania doraźnej grupy interwencyjnej, stanowiącego

jego wsparcie; (h) ujęcie osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla chronionego mienia, w celu niezwłocznego oddania tych osób policji; (i) należyte przechowywanie powierzonych kluczy do chronionej nieruchomości oraz wydawanie użytkownikom wskazanym przez zamawiającego, korzystającym z nieruchomości; (j) bieżące prowadzenie książki dyżurów, w której odnotowuje się przebieg służby, prowadzonej dla nieruchomości - wpisywanie wszelkich spostrzeżeń, uwag oraz istotnych wydarzeń związanych ze sprawowaniem ochrony obiektu i mienia objętych przedmiotem zamówienia; (k) znajomość rozmieszczenia i obsługi głównych wyłączników prądu, instalacji ppoż., zaworów wody itp.; (l) znajomość numerów telefonów terenowo właściwych jednostek policji, straży miejskiej, straży pożarnej, pogotowia ratunkowego, ekipy pogotowia technicznego oraz Departamentu Majątku i Geodezji Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego w Gdańsku, w celu niezwłocznego informowania ww. w sytuacji zagrożenia.

Wykonawca zobowiązany będzie do: (a) wyposażenia pracownika ochrony w jednolity ubiór, środki łączności, środki techniczne (np.: latarka itp.), materiały biurowe i inne elementy wyposażenia, stosownie do posiadanej przez pracownika licencji; (b) oznakowania chronionego obiektu w widocznym miejscu tabliczkami informującymi o fakcie, że obiekt podlega ochronie; tabliczka winna zawierać również dane wykonawcy wraz z telefonem kontaktowym; przewidziana ilość tabliczek na nieruchomości - 3; miejsca oznakowania do uzgodnienia z zamawiającym po podpisaniu umowy; (c) zapewnienia łączności telefonicznej z pracownikiem ochrony pełniącym służbę na obiekcie; (d) zapewnienia pracownikowi ochrony warunków sanitarnych; (e) w ramach realizacji usługi ochrony wykonawca zobowiązany będzie do zamontowania urządzeń rejestrujących obchód pracownika ochrony na swój koszt. Urządzenia zarówno w trakcie realizacji zamówienia jak i po zdemontowaniu będą stanowić własność wykonawcy. Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia wszelkich kosztów związanych z eksploatacją, naprawą i konserwacją zamontowanego systemu;

(f) przedkładania zamawiającemu wydruków z urządzeń rejestrujących obchód pracownika ochrony; (g) przedkładania zamawiającemu książek dyżurów; (h) sprawowania nadzoru nad wszystkimi zagadnieniami merytorycznymi wynikającymi z realizacji przedmiotu zamówienia oraz sprawdzania wykonywania obowiązków ochrony w porozumieniu z Departamentem Majątku i Geodezji UMWP; (i) zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, które mają lub mogą mieć wpływ na stan bezpieczeństwa zamawiającego w czasie obowiązywania umowy oraz po jej zakończeniu; (j) informowania Departamentu Majątku i Geodezji UMWP o wszelkich zauważonych usterkach i nieprawidłowościach.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca realizujący przedmiot zamówienia posiadał aktualną koncesję wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności w zakresie usług ochrony osób i mienia, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2020r. poz. 838 ze zm.). Zamawiający zastrzega, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedmiotową koncesję musi posiadać każdy wykonawca, który będzie wykonywał czynności w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej.

Wykonawca zapewni łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych używanych przy wykonywaniu przedmiotu umowy, wynoszącym zgodnie z przepisem art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych: (a) od dnia 1 stycznia 2022 r. - co najmniej 10%, (b) od dnia 1 stycznia 2023 r. - co najmniej 20%. Ponadto przedłoży na każde wezwanie zamawiającego oświadczenie o spełnianiu powyższych wymogów.

Termin realizacji zamówienia, określony w Rozdziale VI SWZ ustalono na 24 miesiące od dnia podpisania umowy. Przewidywany termin rozpoczęcia wykonania zamówienia od dnia 1 czerwca 2022 r.

Z kolei w rozdziale XII SWZ opisano w jaki sposób będzie odbywała się komunikacja między zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu. Zamawiający przewidział, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane winny być za pośrednictwem Platformy zakupowej za pomocą formularza „Wyślij wiadomość do zamawiającego”. Z kolei w zakresie kwestii nieuregulowanych niniejszą SWZ obowiązujące są przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452).

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części pierwszej na kwotę 363 209, 37 zł. netto (446 747,52 zł. brutto), co wynika z przekazanej przez zamawiającego notatki służbowej, sporządzonej na okoliczność szacowania wartości zamówienia z 18 lutego 2022 r.

Do dnia składania ofert, tj. do 5 maja 2022 r. oferty w postępowaniu, dla części pierwszej zamówienia, złożyło siedmiu wykonawców, w tym odwołujący (cena ofertowa 353 681,76 zł. brutto) oraz Memling Security (340 413,60 zł. brutto).

Wykonawca Memling Security został wezwany przez zamawiającego trzykrotnie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, dotyczących złożonej oferty w zakresie części pierwszej zamówienia.

W treści pierwszego wezwania (pismo z 17 maja 2022 r.) wskazał, że podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i zażądał złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, szczególnie mając na uwadze przepisy określające minimalne wynagrodzenie za pracę, przy jednoczesnym uwzględnieniu wymagań dotyczących zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności wskazane przez zamawiającego w rozdziale IV ust. 3 SWZ. Zaznaczył także, że przedmiotowe wyjaśnienia muszą być poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia.

Zaznaczył ponadto, że lakoniczne wyjaśnienia, nie zawierające przydatnych informacji dla oceny oferty, potwierdzają rażąco niską cenę. Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien więc wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Należy wskazać takie czynniki, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę. Należy przy tym uzasadnić w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia.

Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę (w tym wykazanie zysku), tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. Ponadto przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć

w szczególności: 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Memling Security przedłożył wyjaśnienia w piśmie z 19 maja 2022 r. W pierwszej kolejności wskazał, że posiada przymiot Zakładu Pracy Chronionej, o którym mowa w przepisie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r.

o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 573), zwanej dalej „ustawą o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych”. W związku z powyższym w większości zatrudnia pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, zaś do wykonania usługi objętej przedmiotowym zamówieniem publicznym zatrudnione będą wyłącznie takie osoby, z uwzględnieniem wymogu prawidłowego, zgodnego z wymaganiami wykonawcy, wykonania zamówienia publicznego (konkursu ofert). Na dowód przedłożył decyzję Wojewody Pomorskiego nr D/04/2010 z dnia 6 sierpnia 2010 r. W związku z powyższym faktem oraz zatrudnieniem osób niepełnosprawnych, wykonawca uzyskuje stałe i comiesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, co pozwala obniżyć koszty pracy - a w konsekwencji złożyć konkurencyjną ofertę.

Dalej zadeklarował, że cena ofertowa została skalkulowana z założeniem, iż na potrzeby wykonania zamówienia zatrudnieni będą pracownicy z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, kwalifikujący się do możliwości uzyskania dodatkowego dofinansowania wynikającego z art. 26a ust. 1b pkt. 2 ustawy o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Zakład pracy wykonawcy w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty osiągał zatrudnienie osób niepełnosprawnych, którym przysługiwało dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności zbliżone do 80% załogi, natomiast dofinansowanie na poziomie co najmniej równego temu, które otrzymuje pracodawca osoby ze stopniem umiarkowanym - powyżej 95%. Jako dowód, który potwierdza powyższą okoliczność Memling Security przedłożył druk INF-1 (składany co miesiąc do PFRON celem uzyskania dofinansowania) za poprzedni miesiąc 2021 r., odzwierciedlający poziom zatrudnienia osób, do których wynagrodzenia przysługuje dofinansowanie z PFRON.

Wyjaśnił też, że w myśl przepisu art. 26a ustawy o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych maksymalne dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników za okres 2021 r. i 2022 r. dla pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej (tutaj: dla wykonawcy) wynosiła odpowiednio: 1 950,00 zł. - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności; 1 200,00 zł. - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, 450,00 zł. - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności. Zaznaczył, że wskazane wyżej kwoty dofinansowania w przypadkach określonych ustawą można zwiększyć o dodatkowe 900,00 zł. Kwota miesięcznego dofinansowania dla pracodawcy wykonującego działalność gospodarczą nie może przekroczyć 75% faktycznie i terminowo

poniesionych miesięcznych kosztów płacy, jednak ten warunek również został uwzględniony w kalkulacji ceny ofertowej.

Dalej wskazał, że mając na uwadze termin realizacji zamówienia, dla sporządzenia ceny ofertowej przyjął wszystkie wskaźniki dotyczące wielkości dofinansowania, obowiązujące w 2022 r., mając też na uwadze zapewniony wykonawcy zysk, objęty sporządzoną kalkulacją i złożoną ofertą. Dla podstawy kalkulacji wykonawca przyjął przy tym wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 3 010,00 zł., a zatem w takiej wysokości, w jakiej jest ono określone na 2022 r. I tak, przyjęta dla kalkulacji ceny ofertowej kwota

14,96	zł.	netto
-------	-----	-------

za godzinę zapewnia pokrycie kosztów wykonania zamówienia, z uwzględnieniem marży zysku wykonawcy. W związku z tym, koszt całkowity utrzymania pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze etatu otrzymującego przyjęte wynagrodzenie w kwocie 3 010,00 zł. brutto jest na poziomie ok. 3.604,17 zł. (uwzględniając składki na ubezpieczenia społeczne, składkę wypadkową na poziomie 0,93%).

Stosownie do powyższego, wykonawca otrzymuje stałe i miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia takiego pracownika w kwocie 1 200,00 zł. (stopień umiarkowany) oraz dodatkowe dofinansowanie w wysokości 900,00 zł. w związku z zatrudnieniem osób, do których zatrudnienia przysługuje dodatkowe dofinansowanie. Dalej przedstawił Tabelę 1, w której zaprezentował jak kształtuje się rzeczywisty koszt miesięcznego wynagrodzenia pracownika dla wykonawcy wyliczając, że średni ważony koszt 1 roboczogodziny w okresie wykonywania usługi objętej przedmiotowym zamówieniem publicznym to 8,95 zł./h. Z kolei zawarta w ofercie cena za godzinę usługi wynosi 14,96 zł. netto za roboczą godzinę. Jest to przy tym stawka uwzględniająca obsadzenie obiektów zamawiającego zgodnie z warunkami oferty, wyłącznie pracownikami zatrudnionymi w oparciu o umowy o pracę, do których wynagrodzenia będzie przysługiwało wykonawcy dofinansowanie.

Cena ofertowa jest zatem skalkulowana w sposób pozwalający pokryć także pozostałe koszty pracownicze, związane z badaniami lekarskimi itp. (przy założeniu wypłaty minimalnego wynagrodzenia), ale także i koszty stałe - w tym koszty środków ochrony osobistej, koszty szkoleń i wyposażenia w środki łączności wewnętrznej i zewnętrznej oraz koszty ogólnozakładowe (np. administracyjne). Nadto, po pomniejszeniu o powyższe koszty uzyskania przychodu, wypracowany zostanie także zysk wykonawcy. Jako potwierdzenie prawidłowości sporządzonej kalkulacji wykonawca przedstawił Tabelę 2, dotyczącą elementów cenotwórczych, składających się na cenę oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania.

Zapewnił także, że cena przez niego zaoferowana nie odbiega od cen rynkowych, o ile uwzględni się możliwość pozyskania wskazanej pomocy publicznej, pod warunkiem cechowania się strukturą zatrudnienia jaką posiada wykonawca. Proponowana cena jest wiarygodna, realistyczna i zapewniająca należyte wykonanie usługi.

W nawiązaniu do powyższych wyjaśnień, zamawiający ponownie zwrócił się do Memling Security z prośbą o doprecyzowanie niektórych kwestii, poruszonych przez tego wykonawcę w treści pisma z 19 maja 2022 r.

W piśmie, skierowanym do wykonawcy 9 czerwca 2022 r., zadał poniższe pytania, na które z kolei Memling Security udzielił odpowiedzi w piśmie z 14 czerwca 2022 r.

Na pytanie: czy przy kalkulacji łącznej ceny ofertowej brutto, mając na względzie dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników otrzymywane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych zostały uwzględnione obciążenia podatkowe z tym związane (lub ewentualne zwolnienia w tym zakresie) Memling Security udzielił odpowiedzi, że kalkulacja łącznej ceny ofertowej brutto uwzględniała obciążenia podatkowe związane z wynagrodzeniami pracowników dotowanymi z PFRON. Kwota całkowitego kosztu brutto wynagrodzenia pracownika w wysokości 3 604,17 zł., przyjęta do kalkulacji uwzględnia wszystkie koszty składek na ubezpieczenia społeczne i podatkowe. Zwolnienia podatkowe nie zmniejszają obciążenia pracodawcy/ płatnika. Część PIT-4 nieodprowadzanego do Urzędu Skarbowego przekazuje się odpowiednio do PFRON, a część na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Dalej, na pytania dotyczące tego czy przy kalkulacji łącznej ceny ofertowej brutto zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z wypłatą wynagrodzenia pracowników w porze nocnej oraz wszystkie koszty związane z kosztem zabezpieczenia wykonania usługi w czasie urlopu pracowników, przy uwzględnieniu wymiaru urlopu przysługującego osobom niepełnosprawnym, wraz z przedstawieniem sposobu ich wyliczenia udzielił następujących wyjaśnień. Kalkulacja uwzględnia pełny koszt wypłaty dodatku za pracę w godzinach nocnych, liczonego jako 20 % stawki godzinowej minimalnego wynagrodzenia (stosownie do treści art. 151⁸ § 1 kodeksu pracy) Punktem wyjścia kalkulacji jest przyjęcie, że do zapewnienia obsługi obiektu przez 24 godziny na dobę niezbędne jest zatrudnienie 5 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy. Przyjmuje się, że w miesiącu jest godzin nocnych średnio (31x8 godz. / 5 pracowników = 49,6 godziny średnio na osobę). Stawka godzinowa dodatku zgodnie z przepisem to wynagrodzenie miesięczne 3 010,00 zł. brutto / 168 godz. = 17,91* 20% = 3,58 zł.), co daje 49,6 godzin* 3,58 zł. = 177,57 zł. (w kalkulacji wskazano kwotę o 10 % większą

tj. 195,20 zł. celem zabezpieczenia wahań kwoty dodatku wynikającego z zastosowanych uśrednień). Kalkulacja uwzględnia pełny koszt wynagrodzenia za urlop z uwzględnieniem przepisów ustawy o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co przekłada się na roczny wymiar urlopu - 36 dni. Punktem wyjścia kalkulacji jest przyjęcie, że do zapewnienia obsługi obiektu przez 24 godziny na dobę niezbędne jest zatrudnienie 5 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, co pozwala pokryć wymagane godziny pracy określone kontraktem i godziny 36 dni urlopu x 5 osób. Ilość dni urlopu – 36 x 8 godzin = 288 godzin (288 godzin x 8,95 zł. stawka godzinowa wskazana w kalkulacji po uzyskaniu dofinansowania) = 2 577,60 zł. 2 577,60 zł./ 12 miesięcy = 214,80 zł. (miesięczna stawka na jednego pracownika pokrycia kosztów wynagrodzeń za czas urlopu wskazana w kalkulacji).

Zamawiający poprosił także o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacją zawartą w złożonych wyjaśnieniach, zgodnie z którą "Zakład pracy wykonawcy w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty osiągał zatrudnienie osób niepełnosprawnych, którym przysługiwało dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności zbliżone do 80% załogi" oraz braku potwierdzenia wysokości wyżej wskazanego wskaźnika w załączonym do złożonych wyjaśnień dokumencie (DRUK INF-1). Memling Security wyjaśnił, że wartość 80% osób z dofinansowaniem większym niż dofinansowanie dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności dotyczy rynku lokalnego Trójmiasta i okolic, stanowiących główne centrum działalności spółki z uwagi na jej siedzibę. Stwierdził także, że nie posiada jednolitego dokumentu potwierdzającego taki fakt (przedstawienie danych wrażliwych z listy płac nie jest możliwe). Nie zmienia to faktu, że INF-1 potwierdza zatrudnianie prawie 400 osób z dofinansowaniem zbliżonym do kwoty 2 000,00 zł. Potwierdza to łatwość obsadzenia obiektu będącego przedmiotem postępowania przetargowego pięciorgiem pracowników, o wskazanym w kalkulacji stopniu dofinansowania. Nadmieniał, że informacja ta miała charakter pomocniczy i uzupełniający i nie ma wpływu na przedstawioną kalkulację.

W odpowiedzi na pytanie zamawiającego czy przy dokonywanej kalkulacji oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z montażem systemu punktów kontrolnych wraz z przedstawieniem szczegółowego sposobu ich wyliczenia (ewentualnie wyjaśnienie braku takich kosztów), Memling Security zadeklarował, że wszystkie koszty związane z montażem systemu punktów kontrolnych zostały uwzględnione w pozycji „Uśrednione miesięczne koszty administracyjne w tym nadzór nad pracownikiem, koszt patrolu interwencyjnego - usługa oraz inne koszty obsługi związane z realizacją usługi” - 130 zł m-c. Uwzględniając plan zatrudnienia 5 pracowników daje to kwotę 650,00 zł. miesięcznie (7 800,00 zł. rocznie). Nadmieniał, że jako firma świadcząca usługi dla ponad 200 zleceniodawców dysponuje sprzętem, którego dotyczy pytanie i nie musi dokonywać zakupu

nowego sprzętu i ponosić zewnętrznych kosztów instalacji, z uwagi na zatrudnianie specjalisty instalatora w ramach firmy. Z uwagi na ten fakt zostało to ujęte w zbiorczej pozycji o charakterze ogólnym, trudno bowiem wyodrębnić koszt części etatu i amortyzacji sprzętu.

Zamawiający poprosił także, aby wykonawca udzielił odpowiedzi na pytanie czy cena ofertowa brutto została skalkulowana w 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie w szczególności z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej

i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 573 z późn. zm.). Memling Security potwierdził, że kalkulacja przez niego przygotowana uwzględnia ww. przepisy a dodatkowo, że punktem wyjścia obszernej kalkulacji przedstawionej w piśmie z 19 maja 2022 r. było założenie, że pracownicy będą osiągać minimalne wynagrodzenie określone w przywołanych przepisach i pochodne naliczone od jego wartości. Powtórzenie tych informacji wydaje się zbędne, chyba że zamawiający wskaże w jakim obszarze tych wyjaśnień dopatruje się wątpliwości.

W kolejnym wezwaniu (pismo z 23 czerwca 2022 r.) zamawiający poprosił po raz kolejny o doprecyzowanie kwestii, które wzbudziły jego wątpliwości, w związku z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawcę w piśmie z 14 czerwca 2022 r. Memling Security odpowiedział na wezwanie i jak ustalił skład orzekający odpowiedź została udzielona zamawiającemu w dniu 27 czerwca 2022 r. pomimo, że pismo było datowane na 14 czerwca 2022 r. W dokumencie nie wskazano osoby, która złożyła przedmiotowe wyjaśnienia, sam dokument został utworzony w formacie Word. Plik przesłano za pomocą platformy zakupowej wskazanej w SWZ, z adresu poczty elektronicznej (e-maila) wykonawcy wyszczególnionej w jego ofercie (co ustalono na podstawie dokumentacji postępowania oraz dowodu złożonego przez zamawiającego w postaci wydruku historii korespondencji prowadzonej między zamawiającym a wykonawcą Memling Security).

W piśmie tym Memling Security udzielił odpowiedzi na następujące pytania zamawiającego. W odpowiedzi na prośbę o przedstawienie sposobu wyliczenia obciążenia pracodawcy wynikającego ze zwolnienia z obciążenia podatkowego, jakie zostało uwzględnione przy kalkulacji łącznej ceny ofertowej brutto, mając na względzie dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników otrzymywane ze środków PFRON - kwot

przekazywanych do PFRON zakładowy fundusz rehabilitacji osób niepełnosprawnych - w przesłanej odpowiedzi brak takich wyliczeń Memling Security wyjaśnił, że zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub innych ustaw, pracodawca prowadzący działalność gospodarczą posiadający status zakładu pracy chronionej posiada przywileje podatkowe: (a) na podstawie art. 7 ust.2 pkt 4 ustawy o podatkach i lokalnych opłatach - zwolnienie z podatku

od nieruchomości; (b) jest zwolniony od podatku od czynności cywilnoprawnych - jeżeli czynność przez niego dokonana pozostaje w bezpośrednim związku z prowadzeniem zakładu; (c) zwolnienie od podatku rolnego. Powyższe nie ma wpływu na kalkulację przedstawioną

w złożonej ofercie i nie były uwzględniane. Stosownie zaś do treści art. 38 ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych zakłady pracy chronionej przekazują zaliczki na podatek dochodowy w wysokości 40 proc. na PFRON, a w 60 proc. na ZFRON. Kwestia ta jest neutralna z punktu widzenia złożonej oferty. Pracodawcy niebędący takimi zakładami wpłacają zaliczki bezpośrednio do administracji skarbowej. Kwota zaliczek jest taka sama, jak i innych pracodawców. Wskazał, że 60% zaliczek podatku dochodowego od osób fizycznych (pracowników) trafia na ZFRON, co pozwala pracodawcy zrekompensować koszty dodatkowych obciążeń związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych (np. rehabilitacja, refundacja leków itp.), których inni pracodawcy nie ponoszą. Różnica w sposobie wpłat zaliczek na PIT, z uwagi na powyższe nie rzutuje na ofertę przedstawioną w postępowaniu przetargowym.

Odpowiadając na prośbę o przedstawienie informacji czy przy wyliczeniach uwzględniono składki odprowadzane na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych wraz z załączonym wyliczeniem złożył wyjaśnienie, że na mocy zapisów regulaminu wynagradzania Memling Security, u pracodawcy nie tworzy się Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych, stosownie do zapisu art. 4 ust. 2 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Nie uwzględniono więc w kalkulacji tego obciążenia pracodawcy.

Zamawiający poprosił także o przedstawienie wyliczenia kwoty związanej z wypłatą wynagrodzenia pracowników w porze nocnej zawartej w łącznej cenie ofertowej brutto, gdyż jak stwierdził przedstawione wcześniej wyliczenia uwzględniają jedynie kwotę wynagrodzenia miesięcznego brutto i nie odnoszą się do całkowitego kosztu brutto wynagrodzenia pracownika. Memling Security wskazał, że stawka godzinowa dodatku zgodnie z przepisem to wynagrodzenie miesięczne 3 010,00 zł. brutto/ 168 godz. = 17,91* 20% = 3,58 zł.), co daje 49,6 godzin* 3,58 zł. = 177,57 zł. Dalej wskazał, że w wyliczeniu przyjęto średnią stawkę

godzinową dodatku nocnego wyliczoną w oparciu o kwotę brutto minimalnego wynagrodzenia. Przyjmując, że koszt całkowity pracodawcy to kwota brutto 3,58 zł., powiększona o składki na ubezpieczenia społeczne leżące po stronie pracodawcy 19,74% (emerytalna 9,76%; rentowa 6,5%; wypadkowa 0,93%, FP 2,45%, FGŚP 0,10%) to 4,29 zł., co przekłada się na miesięczną kwotę 212,78 zł. (uśrednionego kosztu dodatku nocnego na pracownika). W kalkulacji wskazano kwotę o 10 % od pierwotnie wskazanej większą tj. 195,20 zł., celem zabezpieczenia wahań kwoty dodatku wynikającego z zastosowanych uśrednień. Różnica między kosztem brutto dodatku nocnego powiększonym o składki pracodawcy to 17,58 zł, co podzielone przez 168 godzin daje 10 groszy. W pierwotnie przedstawionej kalkulacji wykonawca wskazał zysk w wysokości 1,86 zł. (ponad 10 % stawki godzinowej) na każdej godzinie usługi z uwagi na fakt, że kwota taka stanowi bufor zabezpieczający wystąpienie rozbieżności w kalkulacjach. Przyjmując, że zysk zostanie pomniejszony o koszt dodatku nocnego na 1 roboczogodzinę - 10 groszy, niedoszacowany w pierwotnym wyjaśnieniu oferty, wskazać należy, że nie wpływa to na ogólne stwierdzenie, że kalkulacja została niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę.

W zakresie przedstawienia sposobu wyliczenia obciążenia pracodawcy, jakie zostało uwzględnione przy kalkulacji łącznej ceny ofertowej brutto zabezpieczenia wynagrodzenia za urlop oraz kosztów obciążeń chorobowych, wykonawca Memling Security stwierdził, że ten element jest czynnikiem kosztowym fakultatywnym. Nie jest możliwe skalkulowanie go lub jednoznaczne wskazanie, że w ogóle wystąpi. Średnio dla firmy wynagrodzenia chorobowe stanowią 1 % budżetu wynagrodzeń. Przyjmując, że proporcjonalnie, w przypadku danego kontraktu, wystąpi koszt na tym poziomie, zabezpieczenie go w kwocie założonej marży przekraczającej 10 % jest wystarczającym zabezpieczeniem do stwierdzenia, że kalkulacja została niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę. Marża przekraczająca 5 % jest wystarczającym wynagrodzeniem zamawiającego. Kwota przewyższająca ją stanowi zaplanowany bufor potencjalnych kosztów. Zadeklarował także, że przedstawiona przez niego kalkulacja uwzględnia pełny koszt wynagrodzenia za urlop z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co przekłada się na roczny wymiar urlopu - 36 dni. Punktem wyjścia kalkulacji jest przyjęcie, że do zapewnienia obsługi obiektu przez 24 godziny na dobę niezbędne jest zatrudnienie 5 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, co pozwala pokryć wymagane godziny pracy określone kontraktem i godziny 36 dni urlopu x 5 osób. Ilość dni urlopu - 36 x 8 godzin = 288 godzin, 288 godzin x 8,95 zł (stawka godzinowa wskazana w kalkulacji po uzyskaniu dofinansowania) = 2577,60 zł. 2577,60 zł./ 12 miesięcy = 214 ,80

zł. (miesięczna stawka na jednego pracownika pokrycia kosztów wynagrodzeń za czas urlopu wskazana w kalkulacji).

Odpowiadając na pytanie dotyczące przedstawienie skali i formy opodatkowania wykonawcy wraz z wyliczeniami udzielił odpowiedzi, że Memling Security jest opodatkowana podatkiem CIT w wysokości 19%.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i pismem z 30 czerwca 2022 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w części pierwszej zamówienia, oferty wykonawcy Memling Security.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części tj. w zakresie, w jakim odwołujący sformułował zarzuty naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Memling Security, w sytuacji udzielenia przez tego wykonawcę wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak też art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do wykonawcy Memling Security wezwania w dniu 23 czerwca 2022 r., w którym zamawiający wzywał do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym tych aspektów wyliczenia ceny ofertowej, które były już uprzednio przedmiotem wezwania.

Izba uznała, że na oddalenie zasługuje z kolei zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Memling Security z tego powodu, że ten nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, określonym przez zamawiającego w wezwaniu

z dnia 23 czerwca 2022 r., czym zamawiający naruszył także przepis art. 16 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła, że sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu został opisany w Rozdziale XII SWZ. Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane miały być za pośrednictwem Platformy zakupowej za pomocą formularza „Wyślij wiadomość do zamawiającego”. Zamawiający nie określił, że zastrzega dla określonych pism czy też oświadczeń, składanych w toku postępowania, szczególną formę.

Z kolei w zakresie kwestii nieuregulowanych niniejszą SWZ, odesłał do obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań

technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020, poz. 2452) - dalej „Rozporządzenie”.

W tym miejscu należy wskazać na poniższe przepisy ustawy Pzp oraz regulacje Rozporządzenia, które odnoszą się do zasad prowadzenia postępowania, w tym w zakresie obowiązującej wykonawców formy, w jakiej przekazywać mają dokumenty i oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

I tak, zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków w niej przewidzianych, prowadzi się pisemnie. Przez pisemność, zgodnie z art. 7 pkt 16 ustawy Pzp, należy rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przy tym, jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy Pzp określenie „pisemnie” stosowane w ustawie w odniesieniu do komunikacji, oznacza sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (tak w Uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624). Co istotne, jeśli mowa jest o pisemności, mamy na myśli sposób przekazywania i wyrażania przekazywanych informacji, które musi mieć miejsce w formie tekstowej, pozwalającej na ich odczytanie i umożliwiającej ich kopiowanie. Informacje te mogą jednak przybrać postać papierową lub elektroniczną. W tych postępowaniach, w których komunikacja między zamawiającym a wykonawcą odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, informacje te powinny być składane w postaci elektronicznej.

Odwołujący dopatruje się wady złożonego przez wykonawcę Memling Security oświadczenia w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z tego powodu, że przesłany dokument, zawierający te wyjaśnienia nie zawierał podpisu, ani też wskazania osoby, która oświadczenie takie złożyła. Takie stanowisko jest nieprawidłowe z tego powodu, że wymóg dotyczący pisemności nie oznacza automatycznie, że dla ważności i skuteczności złożonego oświadczenia musi być zachowana jednocześnie forma pisemna, w rozumieniu przepisów art. 78 §1 kodeksu cywilnego. To dla zachowania formy pisemnej konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Co istotne, jeśli przepisy ustawy Pzp wymagają zachowania tej formy, wyraźnie wskazują na taki wymóg (np. zachowania takiej formy wymaga zawarcie umowy w postępowaniu - art. 432 ustawy Pzp).

Należy też wskazać, że na gruncie przepisów ustawy Pzp wymóg komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w powiązaniu z zasadą pisemności oznacza, że korespondencja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami musi obejmować oświadczenia i dokumenty sporządzone w postaci elektronicznej. Dodatkowo należy podkreślić, że jedynie dla niektórych elementów korespondencji, takich jak oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, wnioski, o których mowa w treści art. 371 ust. 3 ustawy Pzp, albo też w przypadku oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 63 tejże ustawy, poza koniecznością sporządzenia w postaci elektronicznej, została zastrzeżona szczególna forma ich złożenia (forma elektroniczna pod rygorem nieważności). Tylko w takich przypadkach dla ważności złożenia oświadczenia wymagane jest jego opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy tym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne na potrzeby złożenia oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp jako wystarczające uznał ustawodawca złożenie ich, także pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Szczególna forma zatem nie będzie wymagana w przypadku składania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, gdyż dla tego rodzaju oświadczenia nie została ona zastrzeżona. Wbrew stanowisku odwołującego, nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że jest to oświadczenie szczególnego rodzaju, jako składane w toku postępowania, a mające uzasadniać prawidłowość i rzetelność kalkulacji ceny ofertowej.

Należy je traktować jak każde inne oświadczenie, składane w toku procedury przetargowej, a zatem zgodnie z § 2 ust. 2 wyżej wskazanego Rozporządzenia mogło zostać sporządzone w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub też jako tekst, wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 3 ust. 1 Rozporządzenia.

Rację ma zatem zamawiający, który uznał, że dokument przesłany przez Memling Security, przekazany za pomocą platformy zakupowej wskazanej w SWZ, z adresu poczty elektronicznej (e-maila) wykonawcy wyszczególnionej w jego ofercie w postaci pliku w formacie Word, załączonym do wiadomości mailowej - jest prawidłowy, gdyż spełnia wymagania zawarte w SWZ, jak też obowiązujących w tym zakresie przepisów.

W szczególności ponownie należy podkreślić, że zamawiający nie miał podstaw wymagać, aby wyjaśnienia były opatrzone podpisem elektronicznym, zaufanym, osobistym lub własnoręcznym przez wykonawcę składającego oświadczenie.

Nie sposób także zgodzić się, że zamawiający naruszył przepis art. 16 ustawy Pzp, traktując w sposób uprzywilejowany wykonawcę Memling Security, akceptując taką formę złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wymagania w tym zakresie były bowiem takie same dla wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie i wynikały z treści SWZ, jak też przepisów ustawy Pzp i Rozporządzenia. Także odwołujący mógł złożyć wyjaśnienia w tożsamej formie i zamawiający powyższe miał obowiązek przyjąć.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty odwołującego w tym zakresie należało oddalić.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Memling Security, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący wskazywał, że wykonawca ten zamierza skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia osoby niepełnosprawne w stopniu, który obiektywnie uniemożliwia lub co najmniej istotnie ogranicza wykonanie zamówienia, które wymaga m.in. pracy w porze nocnej, odporności na stres, dobrej kondycji psycho- fizycznej, pozwalającej na szybkie i stanowcze reakcje/ interwencje w sytuacjach zagrożenia, a także umiejętności organizacji i koordynacji (sprawowanie nadzoru).

Przyczyną takiej decyzji Izby była okoliczność, iż zarzut ten został przez odwołującego wadliwie skonstruowany. Mianowicie, skoro twierdził on, że oferta Memling Security nie była zgodna z treścią SWZ, to powinien był wskazać konkretne zapisy zawarte w dokumentach postępowania i zestawić je z ofertą konkurencyjnego wykonawcy. Dopiero w wyniku takiego porównania, można byłoby rozpatrywać, czy rzeczywiście do niezgodności doszło i czy naruszenia niniejsze są istotne. Tymczasem zarzut ten nie został w odwołaniu ani rozwinięty, ani też należyście uzasadniony. Oprócz przytoczenia zapisów SWZ, odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia w części pierwszej i wskazaniu, że uwzględniając zasoby osobowe, skierowane przez Memling Security do realizacji zamówienia, zachodzi podejrzenie, że zamówienie nie zostanie wykonane w sposób należyty, odwołujący nie odniósł się do żadnych konkretnych treści oferty złożonej przez tego wykonawcę, które świadczyłyby o braku zgodności z treścią SWZ.

Rację ma zamawiający, że skoro w SWZ nie zawarł żadnych ograniczeń co do możliwości skierowania do realizacji zamówienia osób o określonym stopniu niepełnosprawności, ani też jaki poziom zatrudnienia tych osób wykonawca winien przyjąć, to tak sformułowany zarzut należało ocenić jako polemiczny, gołosłowny i oczywiście bezzasadny.

Izba podzieliła natomiast ocenę odwołującego w zakresie, w jakim wskazywał naruszenie przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Memling Security w sytuacji, gdy udzielone przez niego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają zadeklarowanej przez niego w ofercie kwoty za realizację przedmiotowego zamówienia.

W pierwszej kolejności, Izba pragnie zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Co jednak istotne, w okolicznościach niniejszej sprawy, o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc tą należy odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek

VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Tym samym to rolą zamawiającego jest ocena, czy w danym przypadku zachodzi podejrzenie, że zaproponowana cena nosi znamiona rażąco niskiej, a następnie w takim przypadku skierowanie do wykonawcy wezwania i ocena złożonych wyjaśnień. Jeśli zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też, że ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę - zamawiający odrzuca ofertę. Tym samym zamawiający wyjaśnienia te musi przeanalizować w sposób pełny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane, a następnie ocenić czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy.

W kontekście powyższych rozważań, nie sposób zatem podzielić stanowiska zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że skoro w ogóle nie był zobligowany do badania oferty wykonawcy Memling Security pod kątem rażąco niskiej ceny, a co więcej jak oświadczył na rozprawie cena tej oferty nie budziła jego wątpliwości - to nie miał też przesłanek, aby uważać, że zaoferowana cena może być rażąco niska. Przypomnieć należy, że już samo skierowanie takiego wezwania do wykonawcy z jednej strony wprowadza domniemanie, że oferta wezwanego wykonawcy zawiera cenę, która może być rażąco niska, z drugiej zaś strony aktualizuje to po stronie wezwanego wykonawcy obowiązek wykazania, że z taką ceną nie mamy do czynienia w danym przypadku.

To wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak zwrócił bowiem uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I Ca 117/12: „istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (...) w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone”. Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej jednak pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność.

Zamawiający miał zatem obowiązek ocenić złożone przez Memling Security wyjaśnienia, kierując się w tym zakresie swoją wiedzą i odnosząc je do opisanego przez

siebie przedmiotu zamówienia. Nie istnieją wprowadzone sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania. Nie ulega jednak wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień podlega kontroli Izby w toku postępowania odwoławczego.

W toku takiej kontroli Izba uznała, że rację ma odwołujący twierdząc, że pomimo kierowania do wykonawcy Memling Security trzykrotnego wezwania do wyjaśnień (wyjaśnienia udzielone odpowiednio w dniu 19 maja 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego

z dnia 17 maja 2022 r.; w dniu 14 czerwca 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2022 r.); w dniu 27 czerwca 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23 czerwca 2022 r.) - ten nie sprostął ciężarowi wykazania, że z taką ceną nie mamy do czynienia.

Zamawiający w dniu 17 maja 2022 r. skierował do Memling Security wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w którym jednoznacznie sprecyzował swoje oczekiwania odnośnie elementów, jakie należy uwzględnić odpowiadając na wątpliwości w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający oczekiwał między innymi informacji na temat kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, które miały zostać zaprezentowane w sposób szczegółowy i zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę. Zwrócił też uwagę, że wyjaśnienia powinny uwzględniać aspekty związane z zatrudnieniem pracowników i związanym z tym obowiązkiem zapewnienia minimalnego wynagrodzenia

za pracę. Zaznaczył też, że wyjaśnienia należy poprzeć stosownymi dowodami, z których w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwości wynikało, że cena oferty nie została zaniżona.

Zestawiając powyższe wymogi z wyjaśnieniami Memling Security, złożonymi 19 maja 2022 r. Izba doszła do wniosku, że wykonawca w żaden sposób nie sprostął nałożonym przez zamawiającego obowiązkom. Na taką ocenę złożyły się zasadniczo dwa elementy: brak przedstawienia kalkulacji w wymaganym zakresie, co już odbiera możliwość sposobu weryfikacji obliczenia ceny oraz brak przedstawienia stosownych dowodów, na okoliczności wskazane w treści pisma. Brak pierwszego z elementów de facto uniemożliwił ocenę poprawności sporządzonej kalkulacji, gdyż wykonawca złożył swoje wyjaśnienia wyłącznie w zakresie odnoszącym się do kosztów pracy, pomijając inne elementy, które składały się na przedmiot zamówienia, jak choćby wynikający z OPZ obowiązek zamontowania systemu

punktów kontrolnych (element całkowicie pominięty w wyjaśnieniach), czy też kwestie zapewnienia pracownikom odzieży ochronnej, szkoleń, koszty patrolu interwencyjnego (które zostały podane jako uśrednione miesięczne koszty, w przeliczeniu na godzinę pracy jednego pracownika). Nie sposób jednak w żaden sposób prześledzić, wyłącznie na podstawie tych wyjaśnień, jak też ocenić czy wszystkie elementy, składające się na OPZ zawarty w SWZ, zostały uwzględnione w kalkulacji, ani tym bardziej czy ustalono je na rynkowym poziomie. Sam zamawiający dostrzegł te uchybienia, co potwierdza treść kolejnego wezwania, skierowanego do Memling Security 9 czerwca 2022 r., w którym w jednym z pytań zwraca się z pytaniem czy przy dokonanej kalkulacji zostały uwzględnione wszelkie koszty związane z montażem systemu punktów kontrolnych oraz przedstawienie sposobu ich wyliczenia. Co istotne, nawet na tak precyzyjnie zadane pytanie, wykonawca udzielił odpowiedzi, że koszty te skalkulował w innej pozycji „Uśrednione miesięczne koszty administracyjne w tym nadzór nad pracownikiem, koszt patrolu interwencyjnego - usługa oraz inne koszty związane z realizacją usługi”, co nie wynikało ani z nazwy tej pozycji, ani nie sposób jest stwierdzić jakie faktycznie koszty wykonawca będzie musiał ponieść i czy te w ofercie skalkulował.

Uzasadnione wątpliwości budzą również wyjaśnienia w zakresie odnoszącym się do tego elementu, któremu wykonawca Memling Security poświęcił najwięcej miejsca w swoim piśmie tj. w zakresie dotyczącym kosztów osobowych. W wyjaśnieniach z 19 maja 2022 r. zadeklarował, że posiada przymiot Zakładu Pracy Chronionej, w związku z czym zatrudnia osoby niepełnosprawne, a co więcej tylko takie zamierza zatrudnić do realizacji przedmiotowego zamówienia. Był to zatem ten czynnik, który jak sam uznał wykonawca Memling Security, w stopniu najwyższym przyczynił się do możliwości obniżenia ceny ofertowej. Otrzymywane przez niego dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników ze środków PFRON, w sposób znaczący wpływa na sposób kalkulacji wynagrodzeń, a te w przypadku zamówienia na usługi ochrony obiektów i mienia, stanowią przeważającą, a nawet kluczową część wszystkich ponoszonych przez wykonawcę kosztów.

Memling Security w treści wyjaśnień z 19 maja 2022 r. zadeklarował, iż otrzymuje stałe i miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia takiego pracownika w kwocie 1 200,00 zł. (stopień umiarkowany) oraz dodatkowe dofinansowanie w wysokości 900,00 zł., w związku

z zatrudnieniem osób, do których zatrudnienia przysługuje dodatkowe dofinansowanie, wynikające z 26a ust. 1b pkt. 2 u. o rehabilitacji. Z kolei cena ofertowa została skalkulowana z założeniem, iż na potrzeby wykonania zamówienia zatrudnieni będą pracownicy, z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, kwalifikujący się do możliwości uzyskania dodatkowego dofinansowania wynikającego z 26a ust. 1b pkt. 2 u. o rehabilitacji.

Jednocześnie oświadczył, że w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty osiągał zatrudnienie osób niepełnosprawnych, którym przysługiwało dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności zbliżone do 80% załogi, natomiast dofinansowanie

na poziomie co najmniej równego temu, które otrzymuje pracodawca osoby ze stopniem umiarkowanym - powyżej 95%. W konsekwencji, pełny koszt 1 h pracy z uwzględnieniem dofinansowania netto, przy założeniu: pełen etat = 168 h miesięcznej normy czasu pracy wynosi 8,95 zł/h.

Jako dowód, mający potwierdzać przyjęte przez Memling Security założenia odnośnie kosztów zatrudnienia, przedstawia informację miesięczną o zatrudnieniu (DRUK INF-1). Zgodnie z zawartymi tam danymi (tabela oznaczona C.1), gdzie przedstawione są informacje o zatrudnieniu pracowników ogółem, łączna liczba osób zatrudnionych to 917 (pozycja 19). Jak wyliczył odwołujący z dokumentu tego wynika, że wykazana liczba osób niepełnosprawnych, za które przysługuje wykonawcy dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności to 350, z kolei 556 pracowników posiada stopień niepełnosprawności umiarkowany lub lekki. Memling Security z kolei podał współczynnik osób niepełnosprawnych, którym przysługuje dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności zbliżony do poziomu 80% załogi, a taki nie wynika z przedłożonego dowodu. Po wyliczeniach stopień ten osiąga zaledwie 38,17%. Tym samym wskaźnik podawany w wyjaśnieniach całkowicie odbiega od stanu faktycznego, a w konsekwencji założenia, przyjęte przez Memling Security nie są w tym aspekcie wiarygodne. W konsekwencji nie sposób uznać, że prawidłowo została sporządzona kalkulacja w tabeli nr 1 wyjaśnień z 19 maja 2022 r., w której przyjęto średnioważony koszt 1 roboczogodziny - 8,95 zł/h, uwzględniając 100% zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Zamawiający dostrzegł powyższą rozbieżność, gdyż poprosił wykonawcę Memling Security o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacją, zgodnie z którą "Zakład pracy wykonawcy w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty osiągał zatrudnienie osób niepełnosprawnych, którym przysługiwało dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego niepełnosprawności zbliżone do 80% załogi" oraz braku potwierdzenia wysokości wyżej wskazanego wskaźnika w załączonym dokumencie DRUK INF-1 (pismo zamawiającego z 9 czerwca 2022 r.). W odpowiedzi na powyższe wezwany wykonawca stwierdził, że wartość 80 % osób z dofinansowaniem większym niż dofinansowanie dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności dotyczy rynku lokalnego Trójmiasta i okolic, stanowiących główne centrum działalności spółki z uwagi na jej siedzibę. Ponadto wskazał,

że nie posiada jednolitego dokumentu potwierdzającego taki fakt (przedstawienie danych wrażliwych z listy płac nie jest możliwe). Nie zmienia to w jego ocenie faktu, że DRUK INF-1 potwierdza zatrudnianie prawie 400 osób z dofinansowaniem zbliżonym do kwoty 2 000,00 zł. W jego ocenie potwierdza to łatwość obsadzenia obiektu będącego przedmiotem postępowania przetargowego pięciorgiem pracowników o wskazanym w kalkulacji stopniu dofinansowania. Nadmieniał, że informacja ta miała charakter pomocniczy i uzupełniająca i nie ma wpływu na przedstawioną kalkulację.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy ponownie przypomnieć, iż każdorazowo punktem wyjścia dla oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winna być treść samego wezwania. Jak ustalono, jeśli chodzi o żądanie przedłożenia dowodów, to zmawiający w sposób bardzo jasny i precyzyjny w piśmie z 17 maja 2022 r. żądał złożenia dowodów

„w zakresie wyliczenia ceny”; uszczegółowił przy tym, że oczekuje takich dowodów „z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona

w ofercie cena nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia”. Z kolei dowód w postaci DRUKU INF-1 takiego waloru z pewnością nie posiada, gdyż nie potwierdza prawidłowości sporządzonej kalkulacji i przyjętych założeń. Gdyby bowiem przyjąć faktyczny współczynnik na poziomie 38,17% (wynikający z treści dowodu), średnioważony koszt 1 roboczogodziny powinien wynosić 12,27 zł netto/h, a zatem taka kwota powinna zostać wpisana w tabeli nr 2, jako średnioważony koszt godziny pracy pracownika

po dofinansowaniu z PFRON. Co więcej, zapytany o tą kwestię Memling Security przyznaje, że z treści dokumentu nie wynikają takie założenia, które przyjął w swojej kalkulacji. Tłumaczy, że współczynniki przyjęte przez niego należy odnieść do rynku lokalnego i to wówczas warunek ten będzie spełniony. Trafnie identyfikuje przy tym dowody, które mogłyby zostać przedłożone na okoliczność potwierdzenia, że faktycznie do realizacji tego zamówienia skieruje osoby niepełnosprawne, ale jak twierdzi nie może ich przedstawić, gdyż są to dane wrażliwe. W tym miejscu jedynie należy przypomnieć, że wielokrotnie w postępowaniach

o zamówienie publiczne takie dokumenty są przedstawiane. Wykonawca może przecież ukryć dane wrażliwe, ma także możliwość objęcia pewnych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa (jeśli zachodzą ku temu opisane w ustawie Pzp przesłanki).

W niniejszym przypadku, składając swoje wyjaśnienia, Memling Security ani nie usunął wątpliwości w zakresie aktualnego stanu (w okresie bezpośrednio poprzedzającym dzień złożenia oferty) zatrudnienia osób niepełnosprawnych, na które miało zgodnie z jego

deklaracją przysługiwać dofinansowanie wyższe niż dla stopnia umiarkowanego zbliżone do 80% załogi oraz nie przedstawił dowodu na potwierdzenia takiej okoliczności. Izba podziela pogląd odwołującego, zaprezentowany w odwołaniu, że okoliczność związana z określeniem aktualnego stanu zatrudnienia osób ze wskazanym stopniem niepełnosprawności, a także liczbą takich pracowników zaangażowanych do realizacji zamówienia, ma istotne znaczenie w procesie weryfikacji ceny ofertowej, a adekwatne dowody, potwierdzające taką okoliczność, były w tym wypadku niezbędne dla oceny realności przyjętych do kalkulacji założeń. Nie jest zatem tak, jak stwierdzi Memling Security w piśmie z 19 maja 2022 r., że dane w tym zakresie mają wyłącznie charakter pomocniczy i uzupełniający i nie mają wpływu na przedstawioną kalkulację. Już sama ta okoliczność powodowała, że złożone wyjaśnienia należało uznać za niepełne i nie poparte stosownymi dowodami, a w konsekwencji przedstawione kalkulacje za nierzetelne.

Ponadto, jak trafnie dostrzegł odwołujący, wzywany do wyjaśnień Memling Security dokonywał zmian i korekt w przedstawionej kalkulacji, zależnie od tego jakie kwestie próbował wyjaśnić zamawiający i jak szczegółowe pytania do wykonawcy kierował. Tym samym nie tylko, że błędne są, gdyż nie poparte żadnymi dowodami, przedstawione wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników, to mamy też do czynienia z brakiem konsekwencji w przedstawieniu sposobu ich wyliczenia. Jako przykład można wskazać sposób obliczenia dodatku za pracę w porze nocnej, oraz zabezpieczenia z tytułu urlopu wypoczynkowego w dodatkowym wymiarze. Wystarczy jedynie zacytować treść ostatnich wyjaśnień, złożonych zamawiającemu 27 czerwca 2022 r., gdzie Memling Security sam przyznał, że „koszt dodatku nocnego na 1 roboczogodzinę - 10 groszy, został niedoszacowany w pierwotnym wyjaśnieniu oferty”, jednak w jego ocenie „nie wpływa to na ogólne stwierdzenie, że kalkulacja została niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę.” Taka zmiana w zakresie przyjętych założeń i okoliczność, że wykonawca przyznał się do przedstawienia zamawiającemu błędnych wyliczeń, dyskwalifikuje przedstawione kalkulacje, także te składane na wcześniejszym jego etapie.

Jakkolwiek zmiana ta dotyczy jedynie jednego elementu kalkulacji, nie zmienia to jednak okoliczności, że składane w taki sposób wyjaśnienia, w których w zależności od poruszonego przez zamawiającego zagadnienia i zadanego pytania, dochodzi do zmiany

stanowiska wykonawcy, w tym przyjętych do kalkulacji założeń - nie mogą stanowić o obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia należy bowiem uznać za niespójne, nielogiczne, a w konsekwencji nierzetelne. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII zs 138/21, oceniając sytuację w której wykonawca dokonywał zmian i modyfikacji wyliczeń w składanych przez niego wyjaśnieniach: „Bez znaczenia dla przedmiotowych wniosków była natomiast okoliczność,

czy wprowadzone zmiany w wyjaśnieniach dotyczących ceny poszczególnych pozycji miały wpływ na prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej. Istotne było bowiem w świetle art. 224 ust. 5 nPzp, aby wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które w sposób wystarczający uzasadniały zaoferowaną cenę. (...) Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Takie podejrzenie nie może być zaś oddalone w przypadku, gdy wykonawca w uzupełniającym wyjaśnieniu podaje inne kwoty niż w pierwotnym. To bowiem świadczy o nieprawidłowości przygotowania pierwszego wyjaśnienia, a tym samym niewypełnienia obowiązku z art. 224 ust. 5 nPzp, bez względu na „wagę” wprowadzonych zmian”. Sąd Okręgowy w swoim wyroku jednoznacznie stwierdził zatem, że fakt dokonywania modyfikacji w pierwotnie składanych wyjaśnieniach, na skutek popełnionych w kalkulacji błędów, co do których istnieje konieczność modyfikacji wyjaśnień, a nie ich uszczegółowienia, powoduje konieczność odrzucenia oferty takiego wykonawcy. W takiej sytuacji bowiem wyjaśnienia wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Już tylko zatem z wymienionych powyżej powodów zamawiający winien uznać, że oferta wykonawcy Memling Security winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek dowodowy wykazania, że cena przez niego zaoferowana nie jest rażąco niska. Mieliśmy tu więc nie tylko do czynienia z przeniesieniem ciężaru dowodu, ale również z domniemaniem faktycznym, że cena zaproponowana przez Memling Security jest rażąco niska. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na niego konkretne obowiązki, zwłaszcza dowodowe, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne, jak też fakt dokonywania zmian i modyfikacja stanowiska, zajmowana w kolejno składanych wyjaśnieniach również czyni te wyjaśnienia nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego,

z uwagi na niewykazanie przez Memling Security, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba uznała za zasadne również zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w nieuprawnionym, ponownym wezwaniu w dniu 23 czerwca 2022 r. Memling Security do udzielenia wyjaśnień, na okoliczność dotyczącą przedstawienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej w zakresie wyliczenia kosztów osobowych w ramach wynagrodzenia pracowników (dodatek za pracę w porze nocnej, zabezpieczenie z tytułu urlopu wypoczynkowego w dodatkowym wymiarze), które to były już uprzednio przedmiotem wezwania Memling Security do udzielenia wyjaśnień w takim samym zakresie i na tym samym stopniu szczegółowości.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że wprawdzie przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to jednak należy pamiętać, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności, wynikający z art. 355 § 2 kodeksu cywilnego. Nie można także zapominać o kluczowej zasadzie, jaką jest zasada wyrażona w art. 16 ustawy Pzp tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, która nakazuje zamawiającemu dokonać oceny wyjaśnień wykonawców, biorąc pod uwagę w szczególności rzetelność i kompletność złożonych wyjaśnień. Nie można zatem akceptować takich, które są niepełne i nie odpowiadają na wezwanie zamawiającego i w kolejnych pismach doprecyzowywać zadane wcześniej pytania, a tym bardziej je powtarzać, dając wielokrotnie szansę wykonawcy na złożenie kompletnego, pełnego uzasadnienia przyjętej w ofercie ceny.

W niniejszej sprawie właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia. Zamawiający, pomimo że wykonawca w piśmie z 19 maja 2022 r. nie przedstawił szczegółowych wyliczeń, jak też dowodów na potwierdzenie przyjętych założeń co do istotnej okoliczności, która miała uprawniać go do znaczącego obniżenia ceny ofertowej, wzywał ponownie do złożenia wyjaśnień, w tym pytając o te same kwestie. Widać to na przykładzie wskazywanym przez odwołującego, dotyczącym powtórzenia wezwania w zakresie przedstawienia sposobu wyliczenia kosztów osobowych pracowników (analogiczne pytania zadano w pismach z 9 czerwca 2022 r. i 23 czerwca 2022 r.).

Nie ulega jednak wątpliwości, że już wezwanie kierowane do Memling Security z 9 czerwca 2022 r., zawierało powtórzenie okoliczności, wymagających wyjaśnienia i umożliwiała temu wykonawcy złożenie dodatkowych wyjaśnień i uzupełnienie tych kwestii, które był zobowiązany przedstawić w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, w pierwotnie wyznaczonym terminie, jak chociażby poruszona przez zamawiającego kwestia czy w kalkulacji zostały uwzględnione koszty związane z montażem systemu punktów kontrolnych.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu również w tej części, w której odwołujący zarzucał zamawiającemu nieuprawnione, wielokrotne wzywianie wykonawcy Memling Security do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Izba uwzględniła dwa, spośród czterech zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania odwołującego i zamawiającego w części 1/2. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony wpis w kwocie 7 500,00 zł. i zasądzono od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 349,00 zł., stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając połowę wpisu od odwołania i połowę wynagrodzenia pełnomocnika tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

Przewodniczący :