

**WYROK**  
z dnia 12 stycznia 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Agencja Ochrony ESKORT sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących trzeciej i czwartej części zamówienia;
2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu **Miastu Łódź – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części drugiej zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TS Service Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, TS Service Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, PROTECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Protect Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.);

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Miasto Łódź – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi** 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 – **Agencja Ochrony ESKORT sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Miasto Łódź – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi** na rzecz Odwołującego – **Agencja Ochrony ESKORT sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Łódź – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym, o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), na usługi ochrony i dozoru obiektów na terenie Miasta Łodzi w nieruchomościach administrowanych przez Zarząd Lokali Miejskich w 2023 r. – numer postępowania – DZP.26.1.188.2022, w podziale na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00476190.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawca Agencja Ochrony ESKORT sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechań i czynności Zamawiającego dokonanych przy wyborze ofert dla części 2, 3 i 4 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. w zakresie drugiej części zamówienia - art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TS Service Sp. z o.o., TS Service Sp. z o.o. Sp.k., PROTECTOR Sp. z o.o., Protect Technology Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum) w sytuacji, gdy:
  - a.) Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie,
  - b.) Wykonawca zaniżył koszty wynagrodzeń pracowników w wyniku bezpodstawnego (brak dowodów) wskazania, że Wykonawcy na każdego pracownika (w tym kwalifikowanego pracownika ochrony) przysługuje dofinansowanie z PFRON w średniej kwocie 1407 zł.
  - c.) cena oferty oraz koszty oferty były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. w zakresie trzeciej części zamówienia - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp polegające na braku wezwania Professional Security Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług i referencji w zakresie usług monitoringu wizyjnego

pomimo tego, że przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. w zakresie czwartej części zamówienia - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Professional Security Sp. z o.o. pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania usługi lub usługi tożsamej do przedmiotu zamówienia o łącznej wartości minimum 50 000,00 zł brutto
4. w zakresie trzeciej i czwartej części zamówienia - art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Professional Security Sp. z o.o. pomimo niezgodności oferty z warunkami zamówienia tj. nieposiadaniem przez Wykonawcę koncesji uprawniającej do realizacji zadania 3 i 4.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. w zakresie drugiej części zamówienia - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
3. w zakresie trzeciej części zamówienia - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Professional Security Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Professional Security Sp. z o.o. i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Professional Security Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług i referencji w zakresie usług monitoringu wizyjnego
4. w zakresie czwartej części zamówienia - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Professional Security Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Professional Security Sp. z o.o. i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

1. Część 2 zamówienia – wybór oferty Konsorcjum TS Service Sp. z o.o., TS Service Sp. z o.o. Sp.k., PROTECTOR Sp. z o.o., Protect Technology Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia co do ceny są nierzetelne ogólnikowe i lakoniczne. Zamawiający nie mógł więc uznać na podstawie wyjaśnień, że cena zaferowana przez Wykonawcę oraz koszt oferty mają charakter rynkowy. Odwołujący podniósł, że Wykonawca w celu wykazania prawidłowości ceny i kosztu powinien przedstawić szczegółową kalkulację popartą dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów i poprawność przyjętych założeń. Wykonawca w treści wyjaśnień ceny jedynie powołał się na dowody, które były niewystarczające do wykazania realności ceny lecz takich dowodów nie przedstawił. Wykonawca powinien wykazać, że przedstawione założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową tj. jakie oszczędności udało się osiągnąć. Sytuacja prawna wykonawcy, który nie złożył odpowiednich wyjaśnień popartych dowodami i takiego, który nie złożył wyjaśnień jest analogiczna. Taka oferta powinna zostać odrzucona (wyrok KIO z 19 maja 2016 r., KIO 722/16). Odwołujący stwierdził, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (KIO 2494/19 - wyrok KIO z dnia 23-12-2019). Odwołujący stwierdził, że w związku z zaniżeniem przez Wykonawcę kosztów wynagrodzeń rażąco niska jest stawka za roboczogodzinę oraz cała cena oferty. Wykonawca nie ma bowiem możliwości wykonania zamówienia z uwzględnieniem kosztów wynagrodzeń w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach ceny. Odwołujący podniósł, że ustawa prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum powołuje się na określone dowody w wyjaśnieniach lecz ich nie przedstawia:

- 1.)Wyjaśnienia ceny nie zawierają listy załączników.

2.)Do wyjaśnień ceny udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającemu nie udostępniono żadnych załączników tj. dowodów wskazywanych przez Konsorcjum.

Dalej Odwołujący wskazał, że nawet dowody wskazane w wyjaśnieniach w przypadku ich przedstawienia nie byłyby wystarczające do wykazania prawidłowości ceny. Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. (KIO 292/21 - wyrok KIO z dnia 25-02-2021). Ciężar wykazania prawidłowości ceny spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień ceny jakichkolwiek dowodów. Odwołujący podniósł, że na rażąco niską cenę i kosztu wskazanych w ofercie oraz brak potwierdzenia przez wyjaśnienia Wykonawcy ceny i kosztu wskazanych w ofercie wskazują następujące okoliczności:

1.Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że przysługuje mu dofinansowanie z PFRON na każdego zatrudnionego pracownika w kwocie 1200 zł miesięcznie, a na pracownika ze schorzeniem szczególnym w kwocie 2100 zł. Wykonawca wyliczył średnie dofinansowanie na pracownika niepełnosprawnego na kwotę 1407,77 zł. Wykonawca wskazuje, że wszyscy zatrudnieni pracownicy będą pracownikami niepełnosprawnymi i dlatego też na każdego pracownika przysługuje dofinansowanie w w/w kwocie. Wykonawca wskazał, że dzięki temu obniży koszty wynagrodzeń pracowników. Z treści kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę wynika, że uwzględnia dofinansowanie na PFRON w zakresie każdego pracownika oraz w zakresie każdej godziny świadczenia usług. Jednakże Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych (np. umowy o pracę, zaświadczenia o stopniu niepełnosprawności, orzeczenia o niepełnosprawności, badania lekarskie) oraz dokumentów potwierdzających uzyskiwanie dofinansowania z PFRON takich jak np. wniosek Wn-D, decyzja uprawniająca do uzyskiwania dofinansowania z PFRON, odpowiednie zaświadczenia lub przelewy potwierdzające uzyskane wsparcie. Wykonawca jedynie wskazał, że przedstawia dokumenty takie jak wniosek Wn-D lub przelewy na PFRON lecz takie dokumenty nie zostały dołączone do wyjaśnień – niezależnie od powyższego należy uznać, że wskazane dokumenty nie są wystarczające do wykazania uzyskania dofinansowania na pracownika, który jest jednocześnie kwalifikowanym pracownikiem ochrony. Wykonawca wskazuje, że na każdego pracownika średnio przysługuje dofinansowanie w kwocie 1407,77 zł i tym samym powinien wykazać, że uzyskuje takie dofinansowanie na każdego pracownika.

2. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1211/21 z 1 czerwca 2021 r. gdzie Izba wskazała jakie dokumenty powinien przedstawić Wykonawca składający wyjaśnienia co do ceny w przypadku wskazywania, że cenę obniża dofinansowanie z PFRON: dokumenty potwierdzające wskaźnik zatrudnienia pracowników

niepełnosprawnych w Spółce, dokumenty potwierdzające prawo do uzyskiwania dofinansowań z PFRON, decyzje o niepełnosprawności określonych pracowników. Wykonawca nie przedstawił takich dowodów.

3. Odwołujący wskazał, że z treści wyjaśnień Wykonawcy wynika, że wszyscy pracownicy świadczący usługę (w tym pracownicy kwalifikowani) mieli być pracownikami ze średnim stopniem niepełnosprawności (w tym posiadający schorzenia specjalne). Kwalifikowani pracownicy ochrony co 3 lata przechodzą badania lekarskie i psychologiczne. W związku z badaniami pracownicy niepełnosprawni tracą prawo do pełnienia funkcji kwalifikowanych pracowników ochrony. Dla pełnienia funkcji kwalifikowanego pracownika ochrony wymagane jest bowiem posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań. Z badań pracowników niepełnosprawnych może wynikać zakaz pracy nocnej lub na pojedynczych stanowiskach. Dalej Odwołujący wskazał, że nie można więc uznać, że Wykonawca wykazał możliwość wykonania usługi ze ceną wskazaną w ofercie w sytuacji, gdy założył, że wszyscy pracownicy mają być pracownikami niepełnosprawnymi i jednocześnie nie przedstawił dokumentów (np. zaświadczenia lekarskie) potwierdzających zdolność wskazanych niepełnosprawnych pracowników do świadczenia usług ochrony. Ponadto część kwalifikowanych pracowników ochrony posiada emerytalne uprawnienia mundurowe. Jednakże zatrudnienie emeryta mundurowego wyłącza możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON na tego pracownika. Wykonawca mógł więc korzystać z dofinansowań z PFRON, o których mowa w wyjaśnieniach jedynie w przypadku zatrudnienia pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności (stwierdzone zaświadczeniem lekarskim) będącymi jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony i niebędącymi emerytami mundurowymi. Oczywiście jest więc, że takich pracowników nie jest wielu na rynku pracy. Pomimo powyższego Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że wszyscy zatrudnieni pracownicy będą pracownikami niepełnosprawnymi. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych w ilości zapewniającej wykonanie usługi, o których mowa powyżej ani nawet dokumentów potwierdzających uzyskiwanie dofinansowania z PFRON takich jak np. wniosek Wn-D, odpowiednie zaświadczenia lub przelew z rachunku bankowego. Ponadto Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających zatrudnianie kwalifikowanych pracowników ochrony w ilości niezbędnej do świadczenia usługi. Przykładami takich dokumentów są: wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Wykonawca powinien był wykazać, że wskazani niepełnosprawni kwalifikowani pracownicy ochrony jednocześnie nie są emerytami mundurowymi. Wykonawca nie wykazał więc, że możliwa jest realizacja zamówienia za cenę podaną w ofercie w sytuacji, gdy wszyscy pracownicy Wykonawcy mieliby być pracownikami niepełnosprawnymi, w tym część jednocześnie niepełnosprawnymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Wykonawca nie wykazał, że przysługuje mu dofinansowanie na

wszystkich pracowników, którzy mieliby świadczyć usługę. Wykonawca nie wykazał, że przysługuje mu jakiegokolwiek dofinansowanie z PFRON na pracowników będących jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Za nierealistyczne należy uznać założenie zgodnie, z którym Wykonawca mógłby miałby możliwość zatrudnienia na wszystkich stanowiskach pracowników, którzy jednocześnie:

-byliby kwalifikowanymi pracownikami ochrony,

-mieliby umiarkowany stopień niepełnosprawności w tym, mieliby schorzenia specjalne

-nie byliby emerytami mundurowymi (Odwołujący wskazał, że z informacji uzyskanych przez niego wynika, że Wykonawca zatrudnia kwalifikowanych pracowników ochrony, którzy jednocześnie są emerytami mundurowymi i tym samym w związku z zatrudnieniem takich pracowników Wykonawcy nie przysługuje dofinansowanie z PFRON).

4. Dalej Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt 7 ustawy o ochronie osób i mienia na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła. Ponadto zgodnie z art. 32 ustawy o ochronie osób i mienia w/w badania są weryfikowane co 3 lata, a także po każdym okresie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą trwającą dłużej niż 6 miesięcy. Zakres w/w badań określa Rozporządzenie MZ w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Zakres wskazanych badań wynikający z Rozporządzenia jest bardzo szeroki. Przykładowo badanie obejmuje ogólne badanie stanu zdrowia, w tym ocenę narządu słuchu i równowagi, układu krążenia, układu ruchu i układu nerwowego oraz specjalistyczne badania okulistyczne. Celem badania jest ocena czy dana osoba posiada zdolność fizyczną i psychiczną. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia kwalifikowani pracownicy ochrony wykonują czynności w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych oraz wchodzący w skład zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne. Z powyższego wynika więc, że uzyskanie przez pracownika niepełnosprawnego badań uprawniających do wpisu na listę kwalifikowanych pracowników jest sytuacją wyjątkową. Natomiast z wyjaśnień ceny wynika, że wszyscy zatrudnieni przez Konsorcjum kwalifikowani pracownicy ochrony mają orzeczenia o niepełnosprawności. Wykonawca wskazał bowiem w wyjaśnieniach ceny, że na każdego pracownika (w tym kwalifikowanego pracownika ochrony) przysługuje mu dofinansowanie z PFRON. Takie założenie jest całkowicie niewiarygodne. Odwołujący ponownie podkreśla, że Wykonawca nie wykazał, że przysługuje mu dofinansowanie PFRON na jakiegokolwiek pracownika niezależnie od tego czy pracownik jest kwalifikowanym pracownikiem ochrony lub też niekwalifikowanym pracownikiem ochrony. Wykonawca powinien wykazać, że pracownicy, na których przysługuje dofinansowanie są kwalifikowanymi pracownikami



ochrony (np. wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, badania lekarskie) posiadającymi umiarkowany stopień niepełnosprawności w tym ze schorzeniem specjalnym (np. orzeczenie o niepełnosprawności) niebędącymi emerytami mundurowymi. Jednakże Wykonawca nie wykazał nawet, że wskazane osoby posiadają umiarkowany stopień niepełnosprawności (lub schorzenie specjalne) i że uzyskuje dofinansowanie z PFRON. W tym miejscu należy wskazać, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (wyrok KIO z 11 kwietnia 2022 r., KIO 776/22). Niewątpliwym jest, że zamawiający co do zasady nie może wymagać, aby wykonawca składał dowód na każdą kwotę przewijającą się w wyjaśnieniu. Jednakże jest to niezbędne w zakresie pozycji, które wskazują na obniżenie kosztów w stosunku do standardowych kosztów wykonania usługi tj. np. dofinansowania z PFRON. Wykonawca powinien więc wykazać, że jest w stanie wykonać usługę za cenę wskazaną w ofercie tj. zatrudnia pracowników, którzy pozwalają na optymalizację kosztów i jednocześnie przysługuje mu odpowiednie dofinansowanie obniżające koszt świadczenia usług. Wskazani pracownicy powinni umożliwiać wykonanie usługi zgodnie z warunkami zamówienia. Konsorcjum w wyjaśnieniach ceny wskazało, że będzie zatrudniać jako kwalifikowanych pracowników ochrony nie tylko pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności lecz także ze schorzeniem szczególnym. Na podstawie art. 26a ust. 1b dofinansowanie wskazywane przez Konsorcjum powiększa się o 900 zł w przypadku umiarkowanego stopnia niepełnosprawności i schorzenia szczególnego. Konsorcjum wskazuje więc, że na pracownika ze schorzeniem szczególnym przysługuje dofinansowanie w kwocie 2100 zł (1200 zł + 900 zł). Jednakże w art. 26a ust. 1b. wskazano, że zwiększenie dofinansowania przysługuje w przypadku orzeczenia choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego, całościowego zaburzenia rozwojowego lub epilepsji oraz osób niewidomych. Nie można więc uznać, że osobie z takim schorzeniem szczególnym może przysługiwać status kwalifikowanego pracownika ochrony. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia taka osoba musiałaby być zdolna do wykonywania czynności w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych oraz w zespołach konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne. Trudno uznać, że jakkolwiek lekarz mógłby stwierdzić zdolność osoby ze schorzeniem szczególnym do wykonywania w/w czynności. Należy jednak zauważyć, że Konsorcjum nie wykazało, że zatrudnia kwalifikowanych pracowników ochrony (niebędących emerytami) ze schorzeniem szczególnym i tym samym, że Konsorcjum przysługuje na takiego pracownika dofinansowanie w kwocie 2100 zł. Konsorcjum nie przedstawiło np. dokumentów potwierdzających stopień niepełnosprawności wraz z wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. W opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że usługi będą

świadczony przez pracowników posiadających kwalifikacje pracownika ochrony fizycznej przy jednoosobowej obsłudze zmian. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia do obowiązków pracowników należało między innymi: a.) monitoring systemu alarmowego wraz z obsługą systemów ochrony technicznej zainstalowanych na chronionym obiekcie.

b.) zapoznanie się ze sposobem działania przyłączy energetycznych, wyłącznika gazu głównego zaworu wody.

c.) wykonywanie systematycznej kontroli zabezpieczenia obiektu.

d.) zapobieganie włamaniom, kradzieżom, oraz niszczeniu mienia;

e.) wypełnianie raportów służbowych

f.) zapobieganie skutkom ewentualnych wypadków nadzwyczajnych (awarie sieci wod-kan, elektrycznej, centralnego ogrzewania, pożary itp.),

g.) chronienie systemu monitoringu przed dostępem i ingerencją z zewnątrz, zastosowanie środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę przetwarzania danych osobowych, zabezpieczenie danych przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym oraz działanie zgodnie z ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781). Odwołujący stwierdził, że nie można uznać, że w/w czynności mogłyby być wykonywane przez osoby ze schorzeniem specjalnym. Konsorcjum nie ma więc możliwości zapewnienia świadczenia usług przez osoby, na które przysługuje dofinansowanie w kwocie 2100 zł co wskazano w wyjaśnieniach ceny. Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania drugiego wskazano, że pracownik ochrony powinien odznaczać się dobrym stanem zdrowia oraz wysoką sprawnością fizyczną. Pomimo powyższego Konsorcjum wskazuje, że usługi będą wykonywane przez pracowników niepełnosprawnych (w tym ze schorzeniami specjalnymi!). Odwołujący uznał, że wyjaśnienia ceny są niewiarygodne, ponieważ Wykonawca nie wykazał, że zatrudnia osoby, na które przysługuje średnio dofinansowanie w kwocie 1407 zł, które jednocześnie:

1.) Są kwalifikowanymi pracownikami ochrony.

2.) Są niepełnosprawni w stopniu umiarkowanym (w tym ze schorzeniami specjalnymi).

3.) Ich stan zdrowia jest dobry i posiadają wysoką sprawność fizyczną.

4.) Nie są emerytami mundurowymi.

Konieczność łącznego spełnienia przesłanek z punktów 1-4 powyżej powoduje konieczność uznania wyjaśnień Konsorcjum za niewiarygodne, ponieważ Konsorcjum nie wykazało, że ma możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON zgodnie z założeniami wskazanymi w wyjaśnieniach ceny. Odwołujący podniósł, że zgodnie z SWZ i opisem przedmiotu zamówienia Konsorcjum powinno dysponować co najmniej dwoma kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Ponadto zgodnie z SWZ Konsorcjum złożyło załącznik nr 6, w którym wskazano kwalifikowanych pracowników ochrony skierowanych do realizacji zamówienia. Dalej Odwołujący wskazał, że w związku z treścią wyjaśnień ceny Konsorcjum powinno więc

wykazać, że w zakresie osób oddelegowanych do realizacji zamówienia przysługuje dofinansowanie w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach. Przykładowo Wykonawca mógł przedstawić umowy o pracę, dokumenty potwierdzające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz dokumenty potwierdzające stopień niepełnosprawności. Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie dysponuje kwalifikowanymi pracownikami ochrony, na których przysługiwałoby dofinansowanie w kwocie wskazanej w wyjaśnieniach ceny. Ponadto Wykonawca w odrębnych postępowaniach przetargowych także wskazuje, że usługi ochrony będzie wykonywał za pomocą kwalifikowanych pracowników ochrony na których przysługuje dofinansowanie z PFRON. Wyjaśnienia ceny należy więc uznać za niewiarygodne, ponieważ Wykonawca nie dysponuje taką ilością pracowników kwalifikowanych ochrony, którzy byliby niepełnosprawni i jednocześnie mogliby realizować usługi w kilku lokalizacjach oraz w zakresie innych zamówień publicznych, które Wykonawca realizuje. Ponadto w odrębnych postępowaniach Wykonawca wskazuje, że przysługuje mu dofinansowanie na pracownika w kwocie 1200 zł, a nie średnio 1407 zł. Na niewiarygodność wyjaśnień ceny wskazuje więc treść wyjaśnień złożonych w przedmiotowej sprawie oraz treść wyjaśnień składanych w odrębnych postępowaniach. Wykonawca powinien wykazać, że przysługuje mu dofinansowanie z PFRON na kwalifikowanych pracowników ochrony, którzy mają wykonywać usługę w przedmiotowej sprawie oraz innych przetargach, które Wykonawca wykonuje. Wykonawca nie wykazał na jaką ilość pracowników przysługuje mu dofinansowanie. W orzecznictwie KIO nie kwestionuje się, iż otrzymywanie dofinansowania z PFRON może stanowić szczególną okoliczność uzasadniającą znaczne obniżenie ceny za świadczenie usługi. Jednak okoliczność ta powinna zostać przez wykonawcę odpowiednio wykazana. Wykonawca powinien udowodnić, iż faktycznie otrzymuje takie dofinansowanie, jego wysokość oraz liczbę pracowników, których wynagrodzenia są dofinansowywane. Ponadto wykonawca powołujący się na zatrudnienie osób niepełnosprawnych nie może zapominać o szczególnych obowiązkach związanych z zatrudnianiem takich osób. Odwołujący wskazał, że wyliczenie kosztów pracy powinno zatem uwzględniać koszty związane z obowiązkiem zapewnienia dodatkowego urlopu i zastępstw, kosztów rehabilitacji i innych wynikających wprost z przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Podstawowe koszty pracodawcy związane z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych – wynikające z ustawy o rehabilitacji zawodowej przedstawiają się następująco:

- a.)Czas pracy osoby niepełnosprawnej – art. 15 ust. 1, 2 i 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej:
  1. Czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo.
  2. Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

3. Osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych.

4. Dodatkowa obowiązkowa przerwa w pracy – art. 17 ustawy o rehabilitacji zawodowej. Osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek. Czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy.

b.)Wynagrodzenie pracownika niepełnosprawnego – art. 18 ust. 1 i 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej:

1. Stosowanie norm czasu pracy, o których mowa w art. 15, nie powoduje obniżenia wysokości wynagrodzenia wypłacanego w stałej miesięcznej wysokości.

2. Godzinowe stawki wynagrodzenia zasadniczego, odpowiadające osobistemu zaszeregowaniu lub zaszeregowaniu wykonywanej pracy, przy przejściu na normy czasu pracy, o których mowa w art. 15, ulegają podwyższeniu w stosunku, w jakim pozostaje dotychczasowy wymiar czasu pracy do tych norm.

3.Dodatkowy urlop wypoczynkowy – art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej: Osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności.

4.Płatne zwolnienia od pracy – art. 20 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej: Osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia:

1) w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku, z zastrzeżeniem art. 10f ust. 1 pkt 2;

2) w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy.

5.Obowiązkowe wpłaty na Fundusz Rehabilitacji – art. 21 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej.

Odwołujący wskazał, że wyliczenie kosztów pracy przedstawione przez Wykonawcę nie zawiera w/w kosztów związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych. Wykonawca w wyliczeniach uwzględnił np. standardowy koszt wynagrodzenia urlopowego bez uwzględniania, że pracownikowi niepełnosprawnemu przysługują dodatkowe świadczenia, a także, że koszt wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego rośnie (w odniesieniu do pracownika pełnosprawnego) w związku z dodatkowymi płatnymi przerwami w pracy. W związku z pominięciem wskazanych kosztów wyjaśnienia Wykonawcy nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie. Ponadto cena powinna zostać uznana za rażąco niską tj. nierealną –

nie obejmującą pewnych kosztów. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 16 marca 2021 r., sygn.. akt KIO 600/21. Także w przedmiotowej sprawie Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień ceny wskazanych dowodów.

Dalej Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym w zakresie wyliczenia wynagrodzenia Wykonawcy nie ma podstaw do uwzględnienia dofinansowania z PFRON w średniej kwocie 1407 zł na pracownika. Odwołujący przedstawił wyliczenie wynagrodzenia Wykonawcy bez uwzględnienia w/w dofinansowania.

Poniższe wyliczenia w zakresie zadania 2 zostało opracowane na podstawie wyliczenia Wykonawcy z wyjaśnień ceny:

1.Kalkulacja kosztów wynagrodzenia od 1 stycznia 2023 r.:

4178,93 (całkowity koszt Wykonawcy za 168 roboczogodzin) – 1407 zł (dofinansowanie z PFRON) + 425,56 (obciążenie urlopowe) + 52,42 (obciążenie chorobowe) = 4656,91 zł (koszt zatrudnienia)  $4656,91 : 168 \text{ roboczogodzin (etat)} = 27,71$  (koszt 1 roboczogodziny)  $27,71 + 1,38$  (uśredniony dodatek za pracę w godzinach nocnych, wliczony do każdej godziny) + 0,62 (dodatkowe koszty Wykonawcy) = 29,71 (całkowity koszt 1 roboczogodziny jaki ponosi Wykonawca)

23,12 (stawka netto z oferty Wykonawcy) – 29,71 = minus 6,59 zł

Odwołujący stwierdził, że w zakresie zadania 2 Wykonawca poniesienie więc za każdą godzinę świadczenia usługi w okresie od 1 stycznia 2023 r. stratę w kwocie 6,59 zł.

2.Kalkulacja kosztów wynagrodzenia od 1 lipca 2023 r.:

4310,64 (całkowity koszt Wykonawcy za 168 roboczogodzin) – 1407 zł (dofinansowanie z PFRON) + 444,38 (obciążenie urlopowe) + 54,08 (obciążenie chorobowe) = 4809,10 (koszt zatrudnienia)  $4809,10 : 168 \text{ roboczogodzin (etat)} = 28,62$  (koszt 1 roboczogodziny)  $28,62 + 1,43$  (uśredniony dodatek za pracę w godzinach nocnych, wliczony do każdej godziny) + 0,62 (dodatkowe koszty Wykonawcy) = 31,29 (całkowity koszt 1 roboczogodziny jaki ponosi Wykonawca)

23,12 (stawka netto z oferty) – 31,29 – minus 8,17 zł

Odwołujący stwierdził, że w zakresie zadania 2 Wykonawca poniesienie więc za każdą godzinę świadczenia usługi w okresie od 1 lipca 2023 r. stratę w kwocie 8,17 zł.

Odwołujący wykazał, że nie jest możliwe zatrudnienie przez Konsorcjum kwalifikowanego pracownika ochrony ze schorzeniem szczególnym tak, żeby Konsorcjum przysługiwało dofinansowanie w kwocie 1407,00 zł. Przy założeniu, że Konsorcjum przysługiwałoby dofinansowanie na każdego kwalifikowanego pracownika ochrony z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w kwocie 1200 zł kalkulacja wyglądałaby następująco:

1.Kalkulacja kosztów wynagrodzenia od 1 lipca 2023 r.: 4310,64 (całkowity koszt Wykonawcy za 168 roboczogodzin) – 1200 zł (dofinansowanie z PFRON) + 444,38

(obciążenie urlopowe) + 54,08 (obciążenie chorobowe) = 3609,10 (koszt zatrudnienia)  
4809,10 : 168 roboczogodzin (etat) = 21,48 (koszt 1 roboczogodziny)

21,48 + 1,43 (uśredniony dodatek za pracę w godzinach nocnych, wliczony do każdej godziny) + 0,62 (dodatkowe koszty Wykonawcy) = 23,53 (całkowity koszt 1 roboczogodziny jaki ponosi Wykonawca)

23,12 (stawka netto z oferty) – 23,53 – minus 0,41 zł

Odwołujący stwierdził, że w zakresie zadania 2 Wykonawca poniesienie więc za każdą godzinę świadczenia usługi w okresie od 1 lipca 2023 r. stratę w kwocie 0,41 zł przy założeniu dofinansowania na kwalifikowanego pracownika ochrony w kwocie 1200 zł. Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum nie wykazało, że zatrudnia kwalifikowanych pracowników ochrony, którzy posiadają umiarkowany stopień niepełnosprawności, nie są emerytami i tym samym przysługuje na nich dofinansowanie w kwocie 1200 zł. Odwołujący wskazał, że powyższe wyliczenia zaniżają stratę wykonawcy, ponieważ nie uwzględniają wskazanych we wcześniejszej części odwołania kosztów zatrudnienia (np. wynikające z dodatkowych płatnych przerw w czasie pracy/urlopów) pracowników niepełnosprawnych. Takie koszty powinny zostać ujęte w wyjaśnieniach Wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że należy więc uznać, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący wykazał, że Wykonawca założył wykonanie usługi ze stratą. Ponadto cena rząco niska to cena nierealna – zaoferowana przez Wykonawcę cena jest nierealna, ponieważ Wykonawca założył uzyskanie na każdego pracownika dofinansowania z PFRON w kwocie średnio 1407 zł choć takie dofinansowanie mu nie przysługuje. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oferty oraz kosztów wynagrodzeń. Wykonawca przedstawił wyliczenie wynagrodzenia które przewiduje uzyskanie na każdego pracownika dofinansowania z PFRON w kwocie 1407 zł choć takie dofinansowanie mu nie przysługuje.

Odwołujący wskazał, że w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, ocenie podlega prawidłowość czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest zobowiązany podjąć decyzję w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Ocena tej decyzji zamawiającego (czynności) nie może być dokonywana z uwzględnieniem nowych, uzupełniających wyjaśnień i nowych dowodów. Z tego względu Izba nie może dopuścić wniosków dowodowych złożonych przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO z 3 września 2015 r., KIO 1784/15). Wykonawca nie ma więc możliwości złożenia dowodów, o których mowa powyżej na etapie postępowania odwoławczego. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską i powinien on przedłożyć zamawiającemu wszelkie dostępne mu informacje i dowody na potwierdzenie tej tezy w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w

wezwanu. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego. W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej, ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań zamawiającego, a nie je zastępuje (wyrok KIO z 2 kwietnia 2015 r., KIO 547/15). Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli – w rozpoznawanym przypadku – trafność dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień. Nie może natomiast prowadzić do uzupełniania takich wyjaśnień, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak. Orzecznictwo KIO oraz sądów (np. wyr. SO z 9.4.2010 r., IV Ca 1299/09, niepubl.; wyr. SO z 21.5.2008 r., X Ga 127/08, niepubl.) jednoznacznie wskazują na brak możliwości brania pod uwagę tego typu dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przywrócenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień, a którego niedotrzymanie zagrożone jest odrzuceniem oferty. Ocena takich dowodów przez KIO (lub przez sąd) w sytuacji, gdy nie były one rozpatrywane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadziłyby do dokonania czynności oceny ofert przez KIO lub sąd, zamiast przez zamawiającego. Próba dowodzenia realności ceny oferty na etapie postępowania odwoławczego jest próbą spóźnioną. Obowiązkiem odwołującego jest udowodnienie realności zaoferowanej ceny zamawiającemu na etapie składania stosownych wyjaśnień (wyrok KIO z 5 marca 2021 r., KIO 443/21).

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 września 2018 r. (KIO 1764/18) i uznał, że w uzasadnieniu do niego Izba wskazała w jaki sposób modelowo powinna przebiegać ocena wyjaśnień ceny w przypadku świadczenia usług ochrony:

1. Niewystarczające jest przedstawienie przez Wykonawcę jedynie ogólnej metodologii szacowania kosztów nie popartej żadnymi dowodami. Same wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za w pełni obiektywne.

2. Wszelkie dowody powinny zostać dołączone przez Wykonawcę do wyjaśnień co do ceny. Uwzględnienie dowodów złożonych dopiero na etapie postępowania odwoławczego prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia terminu do udzielenia wyjaśnień.
3. Zamawiający na potrzeby postępowania powinien przeprowadzić rozeznanie rynku i oszacować wartość zamówienia na kwotach uzyskanych od innych Wykonawców.
4. Wykonawca powinien wykazać koszty wynagrodzeń np. zanonimizowanymi umowami o pracę lub dokumentami kadrowo-płacowymi.
5. Wykonawca składając ofertę powinien dysponować choć częścią personelu, który zapewnia wykonanie usługi za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca powinien więc wykazać dokumentami koszt wynagrodzeń pracowników lub oszczędności na wynagrodzeniach (np. dofinansowania PFRON).  
Ewentualnie Wykonawca powinien zweryfikować czy jest możliwe zatrudnienie pracowników spełniających określone wymagania lub powinien się odnieść do danych historycznych w zakresie zatrudnienia pracowników we wcześniejszych okresach.
6. W postępowaniu odwoławczym KIO bada nie tylko samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Część 3 zamówienia – wybór oferty Professional Security Sp. z o.o. Zgodnie z SWZ przedmiotem 3 części postępowania było Świadczenie usługi, bezpośredniej ochrony fizycznej i monitoringu wizyjnego mienia budynków i terenu Hal Targowych: „Górniak” przy ul. Piotrkowskiej 317 i Małej

Odwoływający wskazał, że wykonawca powinien wykazać, że wykonał usługę lub usługi tożsame do przedmiotu zamówienia w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie o łącznej wartości minimum 200 000,00 zł brutto składając ofertę na trzecią część zamówienia. Wykonawca chcąc wykazać spełnienie warunku powinien był przedstawić wykaz usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Odwoływający podał, że pismem z 16 grudnia 2022 r. Professional Security została wezwana do przedstawienia w zakresie zadania 3 dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. w szczególności wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie (np. referencje). Odwoływający stwierdził, że przedstawione referencje i przedstawiony wykaz usług nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wykaz usług i referencje przedstawione w odpowiedzi na wezwanie z 16 grudnia 2022 r. nie potwierdzają, że Wykonawca świadczył usługi w zakresie monitoringu wizyjnego. Dalej Odwoływający podał, że Wykonawca został wezwany do



uzupełnienia dokumentów pismem z 20 grudnia 2022 r. jedynie w zakresie zadania 4. Jednakże wskazane wezwanie nie dotyczyło zadania 3. W związku z powyższym, Odwołujący wskazał, że Wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykaz usług i referencji w zakresie monitoringu wizyjnego np. zdalne monitorowanie obrazu lub CCTV) w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Część 4 zamówienia – wybór oferty Professional Security Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ przedmiotem 4 części postępowania było Całodobowe monitorowanie lokalnych systemów alarmowych przy użyciu sprzętu do zdalnego monitorowania alarmów w tym central alarmowych będących własnością Zamawiającego, w budynkach będących w zarządzie Zamawiającego oraz podejmowanie interwencji przez Patrol Interwencyjny w przypadku naruszenia strefy chronionej, przegląd (konserwacja). Wykonawca w celu wykazania spełnienia udziału w postępowaniu powinien wykazać, że wykonał usługę lub usługi tożsame do przedmiotu zamówienia w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie o łącznej wartości minimum 50 000,00 zł brutto składając ofertę na czwartą część zamówienia. Wykonawca chcąc wykazać spełnienie warunku powinien był przedstawić wykaz usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Dalej Odwołujący podał, że pismem z 16 grudnia 2022 r. Professional Security została wezwana do przedstawienia w zakresie zadania 4 dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. w szczególności wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie (np. referencje). Następnie Wykonawca pismem z 20 grudnia 2022 r. został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zadania 4 – Zamawiający wskazał w wezwaniu z 20 grudnia 2022 r., że przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają doświadczenia w zakresie całodobowego monitorowania systemów alarmowych. W odpowiedzi Wykonawca przedstawił wykaz i referencje, w którym wskazano na świadczenie usługi na rzecz Spółki COBOUW Polska Sp. z o.o. w zakresie monitorowania systemów alarmowych. Odwołujący stwierdził, że przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. posiadania doświadczenia wymaganego przez SWZ co w związku z zasadną jednokrotności wezwania z art. 128 ustawy prawo zamówień publicznych uzasadnia odrzucenie oferty w zakresie zadania 4. Odwołujący ocenił, że przedstawione dokumenty nie potwierdzają wykonania usługi o wartości 50.000,00 zł brutto tj. 40.650,41 zł netto. W wykazie wskazano na świadczenie usług w zakresie monitorowania lokalnych systemów alarmowych w okresie od kwietnia 2022 r. do grudnia

2022 r. (na rzecz firmy COBOUW Polska Sp. z o.o.) o wartości 101.548,46 zł brutto tj. 82.559,72 zł netto. Wskazana wartość jest nierzeczywista w związku z rynkową stawką za usługę monitorowania lokalnych systemów alarmowych. W ofercie wybranego Wykonawcy wskazano, że wynagrodzenie za miesiąc świadczenia usługi monitorowania na jednym obiekcie wynosi 115 zł netto. Odwołujący przedstawił dodatkowe oferty potwierdzające stawkę rynkową za usługę monitorowania lokalnych systemów alarmowych. Wykonawca wskazał, że świadczył na rzecz firmy COBOUW usługę monitorowania przez 9 miesięcy. Przy całkowitym wynagrodzeniu 82.559,72 zł za 9 miesięcy wynagrodzenie netto za jeden miesiąc wyniosłoby 9.173,30 zł netto. Przy stawce 115 zł netto Wykonawca, żeby zarobić taką kwotę musiałby świadczyć na rzecz firmy COBOUW usługę monitorowania na ok. 79 obiektach ( $79 \times 115 \text{ zł} = 9.085 \text{ zł netto}$ ). Jednakże z wydruku ze strony COBOUW (firma budowlana) wynika, że obecnie wskazana firma realizuje 22 projekty. W przypadku realizowania usług monitorowania przez Wykonawcę na każdym obiekcie firmy COBOUW wynagrodzenie Wykonawcy za 9 miesięcy świadczenia usług wyniosłoby 22.770 zł netto ( $9 \text{ miesięcy} \times \text{stawka } 115 \text{ zł netto} \times 22 \text{ obiekty}$ ) tj. 28.007,10 zł brutto. Takie wynagrodzenie byłoby możliwe do osiągnięcia jedynie w przypadku, gdyby firma COBOUW ochraniała wszystkie swoje budowy i wszystkie budowy byłyby ochraniające przez Wykonawcę. Odwołujący uznał, że Wykonawca pomimo wezwania Zamawiającego nie wykazał, że wykonał usługę dotyczącą monitorowania lokalnych systemów alarmowych o wartości 50.000,00 zł brutto co zgodnie z SWZ było warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zadania 4.

Cześć 3 i 4 zamówienia – wybór oferty Professional Security Sp. z o.o. – zarzut dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ przedmiotem 3 części postępowania było Świadczenie usługi, bezpośredniej ochrony fizycznej i monitoringu wizyjnego mienia budynków i terenu Hal Targowych: „Górniak” przy ul. Piotrkowskiej 317 i Małej 2. Natomiast zgodnie z SWZ przedmiotem 4 części postępowania było Całodobowe monitorowanie lokalnych systemów alarmowych przy użyciu sprzętu do zdalnego monitorowania alarmów w tym central alarmowych będących własnością Zamawiającego, w budynkach będących w zarządzie Zamawiającego oraz podejmowanie interwencji przez Patrol Interwencyjny w przypadku naruszenia strefy chronionej, przegląd (konserwacja). Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie posiada uprawnień (odpowiednia koncesja) do wykonywania zadania 3 i 4. W myśl art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie osób i mienia koncesja powinna zawierać określenie zakresu działalności gospodarczej i formy usług. Usługi w zakresie ochrony osób i mienia mogą być świadczone w formie bezpośredniej ochrony fizycznej oraz zabezpieczenia technicznego. Forma usług powinna być uzależniona przede wszystkim od rodzaju licencji

posiadanej przez przedsiębiorcę. Uznać należy, iż jedynie posiadanie specjalistycznego wykształcenia, które jest warunkiem uzyskania licencji pracownika zabezpieczenia technicznego drugiego stopnia gwarantuje należyty poziom świadczenia usług w tej formie. Z treści koncesji Wykonawcy wynika, że koncesja obejmuje jedynie bezpośrednią ochronę fizyczną bez zabezpieczenia technicznego. Odwołujący przedstawił przykładowe koncesje, które uprawniają do realizacji zadania 3 i 4. Zgodnie z art. 49 ustawy o ochronie osób i mienia kto prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia bez wymaganej koncesji, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Odwołujący stwierdził, że nie ma podstaw do zawarcia umowy z Wykonawcą w sytuacji, gdy wykonywanie umowy bez koncesji stanowiłoby popełnienie czynu zabronionego. Oferta nie odpowiada treści SWZ, gdy nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb (tak wyr. KIO z 5.5.2016 r., KIO 585/16, Legalis). Aby wypełniła się przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp powodująca konieczność odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć powoływane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego (zob. wyr. KIO z 10.11.2011 r., KIO 2345/11, Legalis): "Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (wyr. KIO z 8.6.2009 r., KIO/UZP 663/09, Legalis). Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i

zawartym w SWZ wymaganiom (wyrok KIO z 26 kwietnia 2022 r., KIO 917/22). W związku z brakiem koncesji Wykonawca nie ma uprawnień do wykonania zadania 3 i 4. Odwołujący uznał, że Wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SWZ tj. w zakresie wynikającym ze wskazanego dokumentu i w sposób z nim wskazany. Wskazana oferta w zakresie zadania 3 i 4 powinna więc podlegać odrzuceniu.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy wniósł odpowiedź na odwołanie w której częściowo uwzględnił zarzutu dotyczące części 3 i 4 zamówienia, a w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania i przedstawiał własną argumentację.

Odwołujący w dniu 10 stycznia 2023 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe obejmujące dodatkowe wnioski dowodowe i oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów odwołania dotyczących trzeciej i czwartej części zamówienia.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska i dokumenty złożone przez strony, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania oraz dowody składane przez Odwołującego i Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących trzeciej i czwartej części zamówienia.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w piśmie procesowym oraz na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała zarzuty odwołania.

**Izba ustaliła, że:**

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia w części 2 wynosi 247 456,80 zł. Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 304 371, 86 zł brutto.

W postępowaniu w części nr 2 wpłynęły cztery oferty, w tym oferta Konsorcjum TS Service z ceną – 249 113,38 zł brutto, oraz oferta Odwołującego z ceną – 300 616,92 zł brutto.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2022 r. wezwał wykonawcę Konsorcjum TS Service na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawcy Konsorcjum TS Service złożyło wyjaśnienia.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 2 postępowania oferty Konsorcjum TS Service.

Ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie w rozpoznawanym zakresie zasługuje uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podane w ofercie ceny lub kosztu.

Przywołać należy także art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami

dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak wynika z powyższych regulacji, w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił on 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. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, istotne znaczenie ma również, ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, poparty dowodami, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie.

Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Ponadto Zamawiający skonkretyzował minimalny zakres oczekiwanych wyjaśnień. Podjęte przez Zamawiającego czynności, tak jak wskazano powyżej wiążą się z określonymi konsekwencjami dla wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TS Service, w sytuacji gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie udowadniają, że nie zaoferowano rażąco niskiej ceny, znalazły potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum TS Service do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Konsekwencją wezwania wystosowanego przez zamawiającego było obciążenie Konsorcjum TS Service obowiązkiem wyjaśnienia, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty nie jest ceną rażąco niską, pod rygorem odrzucenia oferty. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, zobowiązany był złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że przedłożone przez Konsorcjum TS Service wyjaśnienia i dowody są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena jest realna. Oczywiście nie każdy element ceny wymaga dowodu, jednakże w ocenie Izby, dowodu wymaga taki element ceny, który znacząco wpływa na



możliwość jej obniżenia i prezentuje okoliczności specyficzne (szczególnie korzystne) dla tego konkretnego wykonawcy. Konsorcjum TS Service w złożonych wyjaśnieniach powołało się na przysługujące mu dofinansowanie z PFRON do każdego pracownika wskazując przy tym, że do realizacji zamówienia zatrudni 1 osobę ze schorzeniem szczególnym co wiąże się również z większym dofinansowaniem. Dla wyliczenia ceny wykonawca przyjął uśredniony poziom dofinansowania z PFRON uwzględniający wyższe dofinansowanie na jednego z pracowników. Jednakże Konsorcjum TS Service nie przedstawiło dowodów potwierdzających, zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych na których otrzymuje dofinansowanie na określonym, w szczególności podwyższonym poziomie będących jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej tak jak tego wymagał Zamawiający. Konsorcjum TS Service nie wyjaśniło i nie udowodniło, w szczególności jaki poziom dofinansowania przysługuje mu dla osób przewidzianych do realizacji zamówienia, a wskazanych w Załączniku nr 6 *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego dla wykonania zamówienia, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami*. Wyjaśnienia w żaden sposób nie korespondują z tym wykazem. Tym samym wykonawca nie wykazał, że dla niniejszego zamówienia, wystąpiły szczególne okoliczności na które się powołuje w złożonych wyjaśnieniach, a które wpływają na możliwość zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy.

Należy podkreślić, iż zgodnie z przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Konsorcjum TS Service, pomimo zawiadomienia przez Zamawiającego nie zgłosiło przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego, tym samym to Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania i udowodnienia, iż zarzuty podnoszone wobec oferty Konsorcjum TS Service przez Odwołującego są bezpodstawne, a zaoferowana cena wyliczona w sposób rzetelny. Zamawiający w sposób ogólny wskazał, że w jego ocenie Konsorcjum przedstawiło szczegółową kalkulację uwzględniającą niezbędne do realizacji zamówienia narzuty i dodatkowe koszty. Zamawiający wskazał również, że Wykonawca podał wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego o braku ujęcia w wyjaśnieniach dodatkowych świadczeń przysługujących pracownikom niepełnosprawnym. Zamawiający w tym zakresie nie podjął polemiki z Odwołującym, co w ocenie Izby powoduje konieczność przyjęcia tezy Odwołującego, że wyjaśnienia Konsorcjum TS Service nie uzasadniają wskazanej w ofercie ceny, a tym samym oferta ta podlega odrzuceniu.

Jednocześnie Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody dotyczące czynności podejmowanych przez innych Zamawiających w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dowody te świadczą tylko i wyłącznie o czynnościach jakie podejmowały tamte podmioty i nie mogą mieć znaczenia dla oceny czynności lub zaniechań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....