

WYROK
z dnia 21 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Pruszkowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Sądowi Rejonowemu w Pruszkowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Sąd Rejonowy w Pruszkowie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3.2. zasądza od zamawiającego Sądu Rejonowego w Pruszkowie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i 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 2021 r. poz. 1129) 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 Sąd Rejonowy w Pruszkowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi ochrony obiektu wraz z otoczeniem, pomieszczeń wynajmowanych przez sąd w budynku Urzędu Miasta w Pruszkowie oraz konwojowanie i transport środków pieniężnych” (nr ref. ZP/SR/1/21). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00138726/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 września 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej jako „Ekotrade” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Ekotrade, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu wręcz prowadziłyby do powstania strat po stronie Ekotrade;
2. art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Ekotrade oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

3. art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Ekotrade warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego;
4. art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Ekotrade do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ekotrade w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska, nakazanie Zamawiającemu ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu Zamówienia. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący przedstawiając stan faktyczny wskazał m.in. na wynikające z SWZ wymaganie związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, obejmujące m.in. ochronę całodobową obiektu wraz z otoczeniem i mienia Sądu Rejonowego w Pruszkowie, ochronę pomieszczeń wynajmowanych przez Sąd w budynku Urzędu Miasta Pruszkowa przy ul. Kraszewskiego 11, gdzie Zamawiający wymaga zatrudnienia przez

wykonawcę na podstawie umowy o pracę (art. 95 ustawy Pzp) osób wykonujących w szczególności czynności w trakcie trwania zamówienia (bezpośrednia ochrona fizyczna). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż pracownicy sprawujący bezpośrednią ochronę w budynku nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej, co zostało potwierdzone w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 20 sierpnia 2021 roku.

Odwołujący wskazał, iż niezwłocznie po powzięciu informacji o otwarciu ofert przekazał Zamawiającemu pismo zawierające informację o fakcie, iż Ekotrade złożył ofertę realizacji przedmiotu zamówienia poniżej ustawowych kosztów minimalnych wynagrodzeń pracowników z jednoczesnym wnioskiem o wezwanie przedmiotowego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 pkt. 1 ustawy Pzp. Jednakże Zamawiający całkowicie zbagatelizował przedmiotowe pismo, pozostawiając je bez rozpatrzenia, a nawet zapoznania się z jego treścią. Jednocześnie drugi z oferentów tj. konsorcjum firm Basma Security Sp. z o.o., MW Scorta Sp. z o.o., oraz Cerber Ochrona Sp. z o.o., również skierowały do Zamawiającego pismo z informacją o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Ekotrade wraz z wnioskiem o złożenie wyjaśnień przez przedmiotową spółkę. Odwołujący podkreślił, iż pismo z dnia 17 września 2021 roku skierowane przez Zamawiającego do Ekotrade nie stanowi zgodnego z regulacjami ustawy Pzp wezwania do złożenia wyjaśnień, bowiem pozostaje ono całkowicie pozbawione jakichkolwiek zapytań, na które Ekotrade miałoby odpowiedzieć. Jednocześnie sama odpowiedź ww. spółki z dnia 20 października 2021 roku stanowi jedynie ogólne rozważania w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp z wyłączeniem wyjaśnień dotyczących wyliczeń w zakresie rażąco niskiej ceny. Pozorność działań Zamawiającego sprzeczna pozostaje z wymogami nakładanymi przez regulację ustawy Pzp, która wprost wymaga wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przedstawiając uzasadnienie prawne Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał naruszenia art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez wykonawcę Ekotrade oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. ofert. Odwołujący wskazał, iż ustawa Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Rozpatrując cel art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp wydaje się, iż za ofertę z

rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Oznacza to, iż cena winna znacząco odbiegać od cen przyjętych, wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Odwołujący podkreślił, iż przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji. Zaistnienie powyższych przesłanek związane jest również z zagrożeniem nienależytego wykonania lub niewykonaniem zobowiązania w przyszłości. Ponadto o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotowego zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. W ocenie Odwołującego proponowane przez firmę Ekotrade warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Odwołujący podkreślił, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Nadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez firmę Ekotrade warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego przedstawione przez firmę Ekotrade warunki

cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Niewątpliwie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez wykonawców jest rażąco niska i nie umożliwi wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Dołączona do niniejszego Odwołania kalkulacja ceny oferty, która zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę, potwierdza, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Ekotrade wynosząca 573.431,34 zł brutto nie pozwoli nawet na pokrycie minimalnych kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulatorem opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 583 231,20 zł (przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty zastępstw chorobowych oraz inne związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi).

Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę Ekotrade jest rażąco niska, nie umożliwi wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego, czego dowodem są dołączone do niniejszego pisma szczegółowa kalkulacja rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowana z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (w przedstawianym kalkulatorze ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej plus dodatek za godziny nocne i koszty zastępstwa pracowników przebywających na urlopie, kalkulacja nie zawiera kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), a ponadto składka wypadkowa została przyjęta na najniższym możliwym poziomie, założono iż wszyscy pracownicy mają odpowiednio mężczyźni powyżej 60 lat, kobiety powyżej 55 lat (nie uwzględniono także kosztów PPK) oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym 0,01 zł).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 roku,

sygn. akt KIO 1032/19). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzi może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do dopuszczenia do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji jej wybór, jako pozornie najkorzystniejszej. Z całą stanowczością należy podkreślić, iż przedmiotowa oferta przygotowana została z pominięciem reguł konkurencji oraz racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej, co również wskazuje na jej faktyczną nieopłacalność dla Oferentów. W związku z tym całkowicie niezrozumiałym jest fakt braku przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji oferty, która jednoznacznie wskazuje na rażące zaniżenie ceny. Ponadto zauważył iż Zamawiający w sposób całkowicie niezrozumiały nie wziął pod uwagę zarówno oceny realności jak też rentowności ceny ofertowej, na co również wskazuje załączona do pisma szczegółowa kalkulacja. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1726/19 wskazujący, iż przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny. Ponadto zgodnie z tezą zawartą w wyroku KIO 2057/19 każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe, według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Odwołujący wskazał również, iż zgodnie wyrokiem KIO 992/19, sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Ekotrade o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie firmy Ekotrade. Artykuł 224 ustawy Pzp zawiera opis procedury, jaką musi wszcząć zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie informację o rażąco niskiej cenie w którejkolwiek z ofert w stosunku do ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Źródłem informacji jest analiza treści złożonej oferty przez wykonawcę albo odwołanie innego uczestnika postępowania, zawierające żądanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną (Odwołujący przywołał orzecznictwo w tym zakresie). Ponadto Odwołujący podniósł, iż w sytuacji powzięcia informacji o rażąco niskiej cenie lub koszcie albo istotnych częściach składowych ceny lub kosztu ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Toteż, w związku z otrzymanymi ze strony jednego z oferentów zastrzeżeniami dotyczącymi warunków cenowych przedstawionych przez firmę Ekotrade, Zamawiający winien wyjaśnić przedmiotową sytuację, wzywając oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny znacząco odbiegającej od ofert pozostałych oferentów.

Następnie Odwołujący wskazał na fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego. Co do zasady, zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą określenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez VAT ustalone przez zamawiającego z należyłą starannością. Zasada ta dotyczy wszystkich rodzajów zamówień, tj. robót budowlanych, dostaw i usług. Oznacza to, że wartość zamówienia ma obejmować wszelkie koszty i dotyczyć wszystkich czynności wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia.

Właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma istotne znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy Pzp oraz faktycznych obowiązków wykonawcy w związku z przygotowaniem kompletnej i prawidłowej oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, iż istotne znaczenie przy szacowaniu wartości zamówienia ma pojęcie należytej staranności, którą powinien zachować zamawiający (w tym zakresie Odwołujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych). Podniósł, iż Zamawiający w sposób wadliwy i z naruszeniem zasad należytej staranności dokonał oszacowania wartości zamówienia. Wskazana przez niego wartość zamówienia na poziomie 600.000,00 zł pozostaje całkowicie nieadekwatna do cen rynkowych oraz nakładów ponoszonych przez wykonawców w obecnych realiach gospodarczych. Powyższe potwierdzają również oferty złożone przez poszczególnych oferentów, których (przy wyłączeniu oferty firmy Ekotrade, jako zawierającej cenę rażąco niską), wartości zaczynają się od kwoty około 605.947,22 zł, co i tak stanowi kwotę opartą na minimalnej marży dla danego wykonawcy. W związku z powyższym, niemożliwym do zaakceptowania pozostaje postępowanie zamawiającego, który poprzez swoje zaniechania w zakresie zbadania realiów rynkowych doprowadził do sytuacji, w której oferenci nie są w stanie faktycznie spełnić wymogów stawianych przez tenże podmiot.

Przystępujący w dniu 13 października 2021 r. złożył pismo procesowe wskazując na bezzasadność zarzutów i wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący przywołał orzecznictwo odnoszące się do pojęcia rażąco niskiej ceny, a także wskazał na ustawowe przesłanki uruchomienia procedury badania ceny ofert wskazane w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przedstawił ponadto zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniu wraz z porównaniem do średniej cen ofert oraz wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zauważył, że cena oferty Przystępującego jest zbliżona zarówno do średniej cen złożonych ofert (niższa jedynie o 6,5%), jak również do ubruttowionej wartości zamówienia (niższa jedynie o 4,4%). W takiej sytuacji nie może być mowy o obowiązku uruchomienia przez Zamawiającego procedury badania ceny oferty Przystępującego. Ponadto Przystępujący podkreślił, że cena jego oferty zbliżona jest również do oferty Odwołującego, gdyż jest niższa tylko o 5,4%. W opinii Przystępującego, tak niewielkich różnic cenowych nie sposób uznać za uzasadnienie postawienia mu zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną. Jak wskazano w zacytowanym orzecznictwie, cena rażąco niska jest bowiem niewiarygodna w porównaniu do cen innych ofert, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, w sposób znaczący odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. Zestawienie cen wręcz potwierdza rynkową wycenę oferty. na poziomie podobnym do cen innych wykonawców. w tym również samego Odwołującego.

Przystępujący – konsorcjum Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich wskazał, iż na stronach 13-14 odwołania Odwołujący napisał, że uzyskanie przez zamawiającego informacji od jednego z wykonawców o podejrzeniu rażąco niskiej ceny oferty drugiego wykonawcy aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury badania ceny oferty. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał kilka wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów z lat 2006-2008, a więc praktycznie z zamierzonych czasów w realiach zamówień publicznych. Odwołujący nawet zacytował fragment jednego z wyroków, lecz nie zauważył, iż zupełnie nie przystaje on do przedmiotowej sprawy. W zacytowanym fragmencie mowa o sytuacji, gdy zamawiający poweźmie wiedzę o „rażącym odbieganiu ceny oferty od cen pozostałych ofert lub wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT”. Nie można uznać za taką ceny oferty Przystępującego, co wykazano powyżej. Niezrozumiałe stanowisko Odwołującego jest zdaniem Przystępującego wprost sprzeczne z brzmieniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w którym podkreślono, iż wątpliwości co do ceny oferty powinny wystąpić po stronie zamawiającego. Otrzymanie „donosu” od jednego z wykonawców w żaden sposób nie zobowiązuje zamawiającego do przeprowadzenia procedury badania ceny oferty. Stanowisko Przystępującego potwierdza ugruntowane orzecznictwo – Przystępujący wskazał na wyroki Izby z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt KIO 975/15, z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2264/18, z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 399/18, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13. Cena oferty Przystępującego nie odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu ani ubruttowionej wartości zamówienia, zatem Zamawiający miał pełne prawo uznać, że nie musi badać jej wysokości. To prawo leży w wyłącznej kompetencji Zamawiającego i „donos” wykonawcy nie skutkuje po stronie Zamawiającego zaistnieniem zobowiązania do badania ceny oferty.

Następnie Przystępujący wskazał, iż Odwołujący załączył do odwołania własne kalkulacje, które w jego mniemaniu miały świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego. Z kalkulacji wynikać miało, iż cena oferty Przystępującego nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników. Przystępujący stanowczo zaprzecza tym oskarżeniom i pragnie zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący przyjął pewne założenia kalkulacji, które być może są właściwe dla niego, ale już nie dla Przystępującego. W załączeniu do pisma Przystępujący złożył przykładową kalkulację z zastosowaniem metodologii Odwołującego. Nadmienił, że jest to tylko przykładowa kalkulacja, której celem jest podkreślenie znaczenia przyjętych założeń kalkulacyjnych i nie należy traktować jej jako wyjaśnień ceny oferty Przystępującego. Przedstawił także wyjaśnienie założeń

kalkulacyjnych poczynionych przez Przystępującego. Ochrona fizyczna - rok 2021: Pozycje 1. 2. 2a: liczba pracowników i etatów. W punkcie 17.3 SWZ Zamawiający wskazał, że w celu obliczenia szacunkowej łącznej wartości za wykonanie usługi ochrony należy przyjąć 5 096 rbg w okresie od 01.10.2021 r. do 31.12.2021 r. Średniomiesięcznie daje to 1 698,67 rbg, czyli niezbędnych będzie 10,11 etatów przeliczeniowych. Pozycja 7: zapewnienie zastępstw urlopowych. Przystępujący dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego w roku i planuje skierować do realizacji zamówienia wyłącznie takie osoby. Odwołujący poczynił swoje kalkulacje przy założeniu 26 dni, stąd niższe koszty po stronie Przystępującego. Zdolność Przystępującego do zatrudniania osób, którym przysługuje krótszy okres urlopowy ocenić należy jako niewątpliwą zaletę oferty, gdyż świadczy o zapobiegliwości wykonawcy i jest źródłem przewagi konkurencyjnej. Nie jest winą Przystępującego, że Odwołujący nie dysponuje takim personelem. Kalkulacja Przystępującego to: Ekwiwalent urlopowy — 2 667,20 zł (zgodnie z załączonym Kalkulatorem), Ekwiwalent urlopowy w przeliczeniu na 1 etat w 1 miesiącu kalendarzowym - 2 667,20 zł : 12 = 222,27 zł Po oskładkowaniu składkami na FUS 260,39 zł miesięcznie na 1 etat przeliczeniowy. Pozycja 12: badania okresowe Przystępujący dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którzy nie będą musieli przeprowadzać badań w okresie realizacji zamówienia i planuje skierować do realizacji zamówienia wyłącznie takie osoby. Odwołujący poczynił swoje kalkulacje przy założeniu konieczności przeprowadzenia takich badań. Podkreślono także zapobiegliwość Przystępującego oraz jego większy potencjał kadrowy niż w przypadku Odwołującego. Trudno winić Przystępującego, że jako dużo większy wykonawca dysponuje personelem, którego nie posiada Odwołujący. Pozycja 12: inne koszty obsługi zamówienia. Odwołujący wskazał w tej pozycji koszty niezwiązane z zatrudnieniem pracowników. Jednocześnie postawił zarzut, że cena oferty Przystępującego nie pokrywa minimalnych kosztów pracy pracowników — powinien zatem skupić się na wykazaniu, że rzeczywiście cena oferty jest niższa od kosztów pracy.

Ochrona fizyczna - rok 2022. Pozycje 1. 2. 2a: liczba pracowników i etatów. W punkcie 17.3 SWZ Zamawiający wskazał, że w celu obliczenia szacunkowej łącznej wartości za wykonanie usługi ochrony należy przyjąć 15 134 rbg w okresie od 01.01.2022 r. do 01.10.2022 r. Średniomiesięcznie daje to 1 681,56 rbg, czyli niezbędnych będzie 10,01 etatów przeliczeniowych. Pozycja 7: zapewnienie zastępstw urlopowych. Przystępujący dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego w roku. Odwołujący poczynił swoje kalkulacje przy założeniu 26 dni, stąd niższe koszty po stronie Przystępującego. Zdolność Przystępującego do zatrudniania osób, którym przysługuje krótszy okres urlopowy ocenić należy jako niewątpliwą zaletę

oferty, gdyż świadczy o zapobiegliwości wykonawcy i jest źródłem przewagi konkurencyjnej. Nie jest winą Przystępującego, że Odwołujący nie dysponuje takim personelem. Kalkulacja Przystępującego to: Ekwiwalent urlopowy — 2 857,60 zł (zgodnie z załączonym Kalkulatorem). Ekwiwalent urlopowy w przeliczeniu na 1 etat w 1 miesiącu kalendarzowym - 2 857,60 zł : 12 = 238,13 zł. Po oskładkowaniu składkami na FUS 278,97 zł miesięcznie na 1 etat przeliczeniowy. Transport wartości pieniężnych. Z nieznanymi Przystępującemu powodów, Odwołujący całkowicie pominął w swoich kalkulacjach usługę transportu wartości pieniężnych. Przedmiotową kwestię reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne (t.j. Dz.U. 2016 poz. 793). Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający oczekuje wykonania transportów o wartości nieprzekraczającej 0,2 jednostki obliczeniowej. Jak wynika z S5 rozporządzenia, transport wartości pieniężnych nieprzekraczających 0,2 jednostki obliczeniowej nie wymaga ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego. Innymi słowy, nie ma żadnego prawnego normatywu jak taki transport ma wyglądać: jaki pojazd należy zaangażować, ilu pracowników i o jakich kwalifikacjach. Agencja ochrony ma zatem pełną swobodę co do sposobu zorganizowania takiego transportu. Przystępujący podkreślił, że wobec osób transportujących wartości pieniężne Zamawiający nie postawił warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Przystępujący jest jednym z liderów rynku ochrony osób i mienia, na którym funkcjonuje już od 30 lat oraz zdołał wypracować w tym czasie specyficzne know-how w zakresie organizacji nieregulowanych prawnie transportów wartości pieniężnych. Wewnętrzne zasady funkcjonujące u Przystępującego pozwalają na zrealizowanie tego typu usług za konkurencyjnym wynagrodzeniem. Koszty transportów objętych przedmiotem zamówienia obliczono na 2 660,00 zł.

Podsumowanie: Cena oferty netto: 466 204,34 zł. Koszty z kalkulatora ochrony fizycznej na rok 2021: 110 265,02 zł Koszty z kalkulatora ochrony fizycznej na rok 2022: 350 921 ,27 zł. Koszty transportu wartości pieniężnych: 2 660,00 zł Koszty razem: 463 846,29 zł. Wynik finansowy: + 2 358,05. Przedstawiona przykładowa kalkulacja dowodzi, że wbrew zarzutom przedstawionym w odwołaniu cena oferty Przystępującego pokrywa koszty pracy i umożliwia osiągnięcie zysku. Odwołujący przyjął błędne założenie, że to on jest autorem jedynej słusznej metody kalkulacji ceny oferty a inne podmioty powinny równać do niego jako benchmarku. Całkowicie pominął fakt, że funkcjonuje na konkurencyjnym rynku usług ochrony osób i mienia. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący jest wykonawcą co najwyżej średniej wielkości, o dużo mniejszym potencjale, doświadczeniu i renomie niż Przystępujący. Poczynione przez niego kalkulacje mogą być właściwe dla niego, jednakże oczywistym jest,

że inny wykonawca działa w innych realiach organizacyjnych i jego kalkulacje mogą być odmienne. Odwołujący zdaje się nie odróżniać ceny niskiej od ceny rażąco niskiej. Z wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że chodzi o oczywiste, wyraźne, bezsporne, niewątpliwe, „rzucające się w oczy” zaniżenie ceny. Jak wykazuje analiza porównawcza cen ofert złożonych postępowaniu, cena oferty Przystępującego jest zbliżona do cen ofert pozostałych wykonawców. Jest również podobna do ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Przystępującego, Przystępujący wskazał, iż jest to przedwczesne stwierdzenie, bowiem Przystępujący w ogóle nie został wezwany do wyjaśnienia ceny w przewidzianym ustawowo trybie. W zakresie zaś wartości szacunkowej zamówienia Przystępujący wskazał, iż Zamawiający dochował należytej staranności szacując wartość przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym fakt, że cena oferty Odwołującego mieści się w granicach ubruttowionej wartości szacunkowej. Ponadto, nawet cena oferty samego Odwołującego jest zaledwie o 1% wyższa niż rzekomo błędnie oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia. Zarzuty Odwołującego uznać należy jedynie za przejaw przekonania o własnej nieomyślności, które w sposób oczywisty nie wytrzymuje konfrontacji z rzeczywistością rynkową.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości, nie składał pisma procesowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wycofanego przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestnika, tj. zarzutu naruszenia art. 28 ustawy Pzp (zarzut oznaczony nr 4 w *petitum* odwołania).

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, wyjaśnienia treści SWZ i oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie zastrzeżeń co do ceny oferty Przystępującego otrzymanych od jego konkurentów, a także zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto Izba wzięła pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania wyrażone w pismach procesowych (odwołaniu, piśmie Przystępującego) oraz na posiedzeniu i rozprawie. Załączone do odwołania, pisma Przystępującego, jak i złożone na rozprawie przez Odwołującego wyliczenia dokonane w parciu o kalkulator rażąco niskiej ceny – usługi ochrony udostępniony przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Izba uznała za oświadczenia własne odpowiednio Odwołującego i Przystępującego uzupełniające ich stanowiska procesowe. W sposób analogiczny Izba potraktowała złożone przez Odwołującego i Przystępującego wyliczenia dokonane w oparciu o „Kalkulator ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy” dostępny na stronie www.gofin.pl.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług na ochronę obiektu wraz z otoczeniem, mienia w budynku Sądu Rejonowego w Pruszkowie przy ul. Kraszewskiego nr 22, pomieszczeń wynajmowanych przez Sąd, w budynku Urzędu Miejskiego w Pruszkowie przy ul. Kraszewskiego nr 11 oraz konwojowanie i transport środków pieniężnych. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowi Załącznik nr 8 oraz wzór umowy stanowiący Załącznik nr 9 do SWZ.

Zgodnie z pkt 4.9. SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób związanych z realizacją zamówienia. Stosownie do wymagań art. 438 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę osób wykonujących usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia

Zgodnie z pkt. 9.1.4) lit. b) Zamawiający wymagał jako warunek udziału w

postępowaniu, aby wykonawca wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. minimum 4 osoby, których każda posiada co najmniej dwuletni staż pracy (24 miesiące) na stanowiskach analogicznych do objętych zamówieniem, wykonujących czynności polegające na ochronie fizycznej osób i mienia (terenów, obiektów, urzędzeń, mienia)

Zgodnie z pkt 17.2 SWZ cena oferty ma charakter ryczałtowy i powinna uwzględniać wszelkie koszty związane z prawidłową realizacją zamówienia, w tym podatki, opłaty i inne ewentualne obciążenia. W pkt 17.3 SWZ wskazano dane do wyliczenia wartości zamówienia: Szacunkowa łączna wartość za wykonanie usługi ochrony obiektu i mienia oraz usługi konwojowania i transportu środków pieniężnych, zgodnie z warunkami określonymi w SWZ oraz projekcie umowy w okresie 12 miesięcy tj. od 1 października 2021r. (od godziny 6.00) do 1 października 2022r. (do godz. 6.00). W celu obliczenia szacunkowej łącznej wartości za wykonanie usługi ochrony należy przyjąć 20230 rbg (roboczogodzina) pracowników ochrony, w tym 5096 rbg w okresie od 1 października 2021 r. do 31 grudnia 2021r. i 15134 rbg w okresie od 1 stycznia 2022r. do 1 października 2022r., (254 transportów wartości pieniężnych (inkaso), 12 konwojów wartości pieniężnych.

W załączonym do SWZ opisie przedmiotu zamówienia wskazano m.in., iż pracownicy wykonawcy biorący udział w realizacji zamówienia powinni być zatrudnieni na umowę o pracę (nie dotyczy konwojowania i przewozu środków pieniężnych, jak również przyjazdu grupy interwencyjnej). Z kolei w § 4 ust. 2 wzoru umowy wskazano, iż Zamawiający wymaga do wszystkich czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy, z wyłączeniem konwojowania i przewozu środków pieniężnych oraz działania grupy interwencyjnej, o której mowa w § 6 ust. 5, zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiedni stan etatowy aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy. Zgodnie zaś z § 6 ust. 1 wzoru umowy wykonawca kierować będzie do ochrony przedmiotowego obiektu osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, posiadających ważne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego uprawniające do dostępu do informacji o klauzuli, co najmniej „poufne”, zgodnie ze wzorem zawartym w ustawie o ochronie informacji niejawnych z dnia 05 sierpnia 2010 r. (Dz. U. z2019r. poz. 742 z późn. zm.).

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie do treści SWZ czy dopuszcza realizację zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, wskazał, iż nie dopuszcza takiego rozwiązania, wyklucza osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji IV pkt 4.1.5) wartość

zamówienia: 600 000 PLN. Ponadto przekazał informację, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 600 000,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Przystępującego z ceną 573 431,34 zł brutto i oferta Odwołującego z ceną 605 947,22 zł brutto. Trzecia oferta, złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Basma Security Sp. z o.o. MW Scorta Sp. z o.o. i Cerber Ochrona Sp. z o. o., miała cenę 660 963,87 zł brutto.

W toku postępowania Zamawiający w dniu 17 września 2021 r. przesłał Przystępującemu pismo, jaki wpłynęło od Basma Security Sp. z o.o., w którym wskazano na konieczność wezwania Odwołującego i Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, iż oczekuje od Przystępującego wyjaśnień do dnia 20 września 2021 r. W odpowiedzi Przystępujący złożył pismo, w którym wskazał, iż charakter składanych wyjaśnień wynika wprost z treści wezwania, które w żaden sposób nie precyzowało wątpliwości Zamawiającego co do oferty wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „treść odpowiedzi determinowana jest pytaniami Zamawiającego”. Zamawiający w szczególności nie podał żadnej podstawy prawnej wezwania, co skutecznie uniemożliwia wykonawcy złożenie wyjaśnień – trudno bowiem odpowiedzieć na niesprecyzowane wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający ograniczył się do przesłania kopii pisma wykonawcy Basma i poinformowania wykonawcy Ekotrade, iż oczekuje na złożenie bliżej nieokreślonych wyjaśnień do dnia 20.09.2021 r. Wykonawca podkreślił, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku wykonawcy przedstawienia odpowiedzi na jakiegokolwiek pismo konkurenta złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawa Pzp nie przewiduje również żadnych sankcji dla wykonawcy za nieudzielenie odpowiedzi na pismo konkurenta. Pismo Zamawiającego zatytułowano „Ekotrade niska cena”, co może sugerować, iż oczekuje przedstawienia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Jak wynika z opracowania Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”: „w przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny”. Przystępujący wskazał także na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 709/20, 715/20. Nadmieniał, iż instrumentu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty nie można stosować arbitralnie. Wezwanie Zamawiającego w żaden sposób odnosi się do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania dlaczego w jego opinii zasadnym jest wezwanie wykonawcy Ekotrade do złożenia wyjaśnień. Uchybienie przez Zamawiającego obowiązkowi wskazania w treści wezwania wątpliwości powziętych przez niego wobec oferty Ekotrade znacząco utrudnia polemikę w sprawie. Zamawiający nie wskazał żadnych wątpliwości wobec ceny oferty

wykonawcy Ekotrade. Pomimo powyższych uwag natury formalnej, wykonawca zaprezentował następujące wyjaśnienia.

Analiza treści pisma wykonawcy Basma wskazuje, iż powziął on wątpliwości do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę Ekotrade za wynagrodzeniem wskazanym w treści oferty przetargowej. *Clou* pisma stanowi arbitralne stwierdzenie wykonawcy Basma, iż cena ofert gdzie stawka godzinowa jest niższa niż 23,50 zł netto jest ceną rażąco niską. Niestety, wykonawca Basma nie przedstawił absolutnie żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska – choćby najprostszej kalkulacji w tym zakresie. Jego argumenty pozostają gołosłowne i jako takie nie powinny znaleźć uznania w oczach Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców stosuje się przepisy kodeksu cywilnego – wskazał na brzmienie art. 6 kodeksu cywilnego: ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. dodał, że wykonawca Basma nie jest źródłem jedynej właściwej kalkulacji stawki godzinowej na konkurencyjnym rynku usług ochrony osób i mienia. Gdyby tak było, to wykonawca Basma zdobywałby wszystkie zamówienia na rynku - tymczasem jest wykonawcą co najwyżej średniej wielkości, o dużo mniejszym potencjale, doświadczeniu i renomie niż wykonawca Ekotrade. Poczynione przez wykonawcę Basma kalkulacje mogą być właściwe dla niego, jednakże oczywistym jest, że inny wykonawca działa w innych realiach organizacyjnych i jego kalkulacje mogą być odmienne. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że sam wykonawca Basma jest niekonsekwentny w swoich oświadczeniach. Skoro twierdzi, że stawka godzinowa niższa niż 23,50 zł netto świadczy o rażąco niskiej cenie oferty, to dlaczego sam składa oferty z niższą stawką. Potwierdza to przedstawione w piśmie zestawienie oraz informacje z otwarcia ofert przetargowych stanowiące załączniki do niniejszego pisma. Wykonawca przedstawił także tabelę z zestawieniem cen ofert złożonych w postępowaniu. Z tabeli jasno wynika, iż cena oferty wykonawcy Ekotrade jest zbliżona zarówno do średniej cen złożonych ofert, jak również do budżetu Zamawiającego. Warto podkreślić, że to właśnie oferta wykonawcy Ekotrade jako jedyna mieści się z granicach możliwości finansowych Zamawiającego.

Rekapitulując, cena oferty wykonawcy Ekotrade została skalkulowana poprawnie i nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Jest zwykłą ceną rynkową, obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod, bez wykorzystania nadzwyczajnych okoliczności i technik, co potwierdza zestawienie porównawcze cen ofert złożonych w postępowaniu. Pismo wykonawcy Basma jest niczym innym jak marną próbą stworzenia negatywnego obrazu wykonawcy Ekotrade w oczach Zamawiającego. Wykonawca Basma posługuje się mocnymi słowami, sprawiającymi wrażenie przekonania o słuszności swoich racji, które w

rzeczywistości pozostają gołosłowne. Dość powiedzieć, że arbitralnie ustala poziom stawki godzinowej poniżej którego cena oferty jest w jego mniemaniu rażąco niska a sam ofertuje w innych postępowaniach na poziomie jeszcze niższym. Wykonawca Basma skorzystał po prostu z gotowego wzoru pisma składanego do wielu postępowań, w którym podmienił jedynie nazwę Zamawiającego oraz wykonawcy, którego ofertę próbuje przedstawić w niekorzystnym świetle. Liczy, że w ten sposób uda mu się sprowokować Zamawiającego do poszukiwania w ofercie konkurencji jakichkolwiek niedoróbek. Właściwie, to można powiedzieć, że wykonawca Basma wysługuje się Zamawiającym, gdyż sam nie wskazał absolutnie żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, cedując ten pracochłonny obowiązek na Zamawiającego. Odnosząc się do pisma Zamawiającego wykonawca stwierdził, iż jest ono równie ogólne, co pismo wykonawcy Basma. Wykonawca Ekotrade przedstawił powyżej stanowisko odnośnie pisma wykonawcy Basma. Ponadto, wykonawca Ekotrade oświadcza, że zrealizuje wszystkie wymagane usługi wymienione w Opisie Przedmiotu Zamówienia w ramach zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej w standardzie należytego wykonania prac. Trudno złożyć inne wyjaśnienia, jeżeli Zamawiający nie wskazał co konkretnie budzi jego wątpliwości oraz co należy wyjaśnić - wykonawca Ekotrade nie może domyślać się podstaw skierowania do niego wezwania.

Zamawiający w dniu 21 września 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

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 zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Przywołując treść przepisów stanowiących podstawy prawne zarzutów Izba wskazuje, iż 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. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera

najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei ust. 2 tego przepisu wskazuje, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Nie było sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikiem, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziły obligatoryjne przesłanki wystosowania przez Zamawiającego do Przystępującego wezwania do wyjaśnień ceny oferty, wskazane w art. 244 ust. 2 ustawy Pzp. Cena oferty Przystępującego stanowiła bowiem 95,6% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak i była zbliżona do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (była niższa o 6,5%). Nie było także sporne, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a jedynie przekazał mu pismo wniesione przez innego wykonawcę, zawierające zastrzeżenia co do ceny oferty Przystępującego, do którego Przystępujący miał się ustosunkować. Tego rodzaju działanie niewątpliwie nie stanowi wezwania, o którym mowa w art. 224 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzuty odwołania potwierdziły się w zakresie, w jakim Odwołujący wskazywał na zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że obowiązek skierowania przez Zamawiającego do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty (lub kosztu lub ich istotnych części składowych) nie powstaje jedynie w przypadkach określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, lecz także w sytuacji wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Aktualizuje on się wtedy, gdy cena (odpowiednio koszt lub ich istotna część składowa) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jakkolwiek w omawianej regulacji ustawodawca użył sformułowań nacechowanych subiektywnie, o charakterze ocennym, jak „wydaje się rażąco niska” czy „budzi wątpliwości”, to jednak stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy okoliczności sprawy w sposób obiektywny wskazują, że wątpliwości co do ceny oferty powinny się u Zamawiającego pojawić, to skierowanie wezwania do wykonawcy uznać należy za obligatoryjne (por. m.in. wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 426/21).

Jak wskazuje się w orzecznictwie ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu

do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. Izba podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2202/21, iż w jednym przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś wprost przeciwnie, uzasadnione w danych okolicznościach mogą być nawet różnice w cenie oferty przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia.

W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z tym pierwszym przypadkiem. Jakkolwiek różnice między cenami poszczególnych ofert były nieduże, a cena oferty Przystępującego nie odbiegała znacznie od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to jednak z uwagi na przedmiot zamówienia nawet tak niewielkie różnice mogą wskazywać na rażąco niski, nieadekwatny do rynkowych realiów, charakter ceny. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług na ochronę obiektu wraz z otoczeniem, mienia w budynku Zamawiającego, pomieszczeń wynajmowanych przez Zamawiającego oraz konwojowanie i transport środków pieniężnych, a zatem usługa, której przeważającym czynnikiem kosztotwórczym są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia). Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia (nie dotyczyło to konwojowania i przewozu środków pieniężnych, jak również przyjazdu grupy interwencyjnej). Jak wynika z zasad doświadczenia życiowego w tego rodzaju postępowaniach wykonawcy przeważnie przyjmują wysokość wynagrodzenia pracowników na poziomie minimalnym ustawowo, co z kolei powoduje, że trudne jest wygenerowanie dodatkowych oszczędności pozwalających na obniżenie ceny oferty w stosunku do cen konkurentów. Oszczędności takie przeważnie wynikają z zatrudnienia osób w wieku przedemerytalnym, osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, czy też osób, którym przysługuje niższy wymiar urlopu wypoczynkowego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił realizacji zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, co spowodowało, że

wykonawcy w tym postępowaniu nie mogli powołać się na oszczędności powstające z uwagi na korzystanie z dofinansowania z PFRON.

Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe kalkulacje ceny oferty przygotowane z użyciem kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony udostępnionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, które zakładały najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe: ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej, dodatku za pracę w porze nocnej, kosztów z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, kosztów zastępstwa pracowników przebywających na urlopie. Kalkulacja nie zawierała kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), kosztów administracyjnych, kosztów nadzoru, a ponadto założono, iż wszyscy pracownicy mają odpowiednio powyżej 60 lat (mężczyźni) lub powyżej 55 lat (kobiety), nie uwzględniono także kosztów PPK oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym na poziomie 1 zł. Z kalkulacji tych wynikało, że cena oferty Przystępującego jest niższa niż ustalona na podstawie wspomnianego narzędzia cena za realizację usług w roku 2021 i 2022. Wyliczenia dokonane przez Odwołującego nie były kwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego, podobnie jak nie było podważane użycie do obliczeń narzędzia w postaci kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych jako narzędzia wiarygodnego. Przystępujący jedynie wskazał na przyjęcie przez Odwołującego nieprawidłowego założenia w zakresie wymiaru świadczeń urlopowych, wyjaśniając, że zamierza zatrudnić pracowników, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego i który nie będą musieli w okresie realizacji umowy przechodzić badań okresowych. Jednocześnie Przystępujący sam załączył przykładowe kalkulacje opracowane w oparciu o kalkulator ZUS, w którym przyjął niższe koszty związane z zastępstwem pracowników w zakresie świadczeń urlopowych, jak i przyjął zerowe koszty badań okresowych i innych kosztów obsługi zamówienia.

Izba przyznała rację Odwołującemu, iż tak przyjęte założenia budzą uzasadnione wątpliwości, Przystępujący uwzględnił bowiem w swoich wyliczeniach zawartych w piśmie procesowym dwa czynniki mogące się wzajemnie wykluczać. Z jednej strony Przystępujący założył, iż wszyscy skierowani do realizacji zamówienia (zatrudnieni na umowę o pracę) pracownicy będą pracownikami w wieku powyżej 55 lat – kobiety i 60 lat – mężczyźni, dla których nie będzie obowiązku odprowadzenia ubezpieczenia na Fundusz Pracy i FGŚP. Z drugiej strony Przystępujący przyjął, że wszystkim ww. pracownikom przysługuje krótszy, dwudziestodniowy urlop wypoczynkowy. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 154 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm., dalej jako „k.p.”) wymiar urlopu wynosi: 1) 20 dni - jeżeli pracownik jest zatrudniony

krócej niż 10 lat; 2) 26 dni - jeżeli pracownik jest zatrudniony co najmniej 10 lat. Zgodnie z art. 154¹ § 1 k.p. do okresu zatrudnienia, od którego zależy prawo do urlopu i wymiar urlopu, wlicza się okresy poprzedniego zatrudnienia, bez względu na przerwy w zatrudnieniu oraz sposób ustania stosunku pracy. Ponadto zgodnie z art. 155 § 1 k.p. do okresu pracy, od którego zależy wymiar urlopu, wlicza się z tytułu ukończenia: 1) zasadniczej lub innej równorzędnej szkoły zawodowej - przewidziany programem nauczania czas trwania nauki, nie więcej jednak niż 3 lata, 2) średniej szkoły zawodowej - przewidziany programem nauczania czas trwania nauki, nie więcej jednak niż 5 lat, 3) średniej szkoły zawodowej dla absolwentów zasadniczych (równorzędnych) szkół zawodowych - 5 lat, 4) średniej szkoły ogólnokształcącej - 4 lata, 5) szkoły policealnej - 6 lat, 6) szkoły wyższej - 8 lat. Okresy nauki, o których mowa w pkt 1-6, nie podlegają sumowaniu. Z regulacji tych wynika, że faktyczny okres zatrudnienia na umowę o pracę uprawniający do wyższego wymiaru urlopu, po odliczeniu stażu wynikającego z okresów nauki, istotnie się zmniejsza.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca miał skierować do ochrony obiektu osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, posiadających ważne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego uprawniające do dostępu do informacji o klauzuli, co najmniej „poufne”. Co więcej, jednym z warunków udziału w postępowaniu było dysponowanie na czas realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. minimum czterema osobami, których każda posiada co najmniej dwuletni staż pracy (24 miesiące) na stanowiskach analogicznych do objętych zamówieniem, wykonujących czynności polegające na ochronie fizycznej osób i mienia (terenów, obiektów, urządzeń, mienia). Mając na uwadze przytoczone przepisy Kodeksu pracy, treść SWZ, a także w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego, stwierdzić należy, że osoby w wieku przedemerytalnym, o doświadczeniu i uprawnieniach wymaganych w SWZ, przeważnie będą legitymować się okresem stażowym uprawniającym do pełnego wymiaru urlopu wypoczynkowego. Aczkolwiek mogą istnieć wyjątki od tej reguły, to jednak okoliczność ta winna podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego, a Przystępujący powinien wykazać realność przyjętych założeń w zakresie kosztów pracy i potwierdzić tę realność dowodami. Jeżeli Przystępujący faktycznie dysponuje – jak twierdzi – osobami w wieku przedemerytalnym, które nie mają udokumentowanego stażu pracy i świadczyły usługi na podstawie umów zleceń i to takie właśnie założenia przyjął w kalkulacji, to powinien w ramach wyjaśnień okoliczność tę wykazać stosownymi dowodami. W przeciwnym razie potwierdzi się teza odwołania, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę bez straty po stronie wykonawcy. Na tę okoliczność Odwołujący złożył także kalkulacje opracowane w oparciu o narzędzie udostępnione przez ZUS, w którym nie ujęto osób w wieku przedemerytalnym, a ujęto świadczenia urlopowe w wymiarze

20 dni, z których wynikało, że uzyskana w ten sposób cena była wyższa niż przyjęta przez Przystępującego.

Wątpliwości wskazane powyżej co do ceny oferty Przystępującego potęguje podniesiona przez Odwołującego okoliczność, iż aktualnie zaoferowana przez Przystępującego cena różni się o niespełna 2% od ceny, jaką Przystępujący oferował na realizację usługi w roku ubiegłym, w sytuacji gdy w tamtym postępowaniu Zamawiający dopuścił możliwość realizacji zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, czego ani Przystępujący, ani Zamawiający nie kwestionowali. Inny sposób ukształtowania warunków zamówienia powodował, że uprzednio wykonawcy mogli uwzględnić przedmiotową okoliczność i obniżyć odpowiednio wysokość zaproponowanej ceny (z możliwości takiej wykonawcy w tego rodzaju postępowaniach dotychczas często korzystali), podczas gdy w realiach niniejszego postępowania nie było to możliwe. Okoliczność ta powinna zostać wzięta pod uwagę przez Zamawiającego przy badaniu cen ofert wykonawców, zwłaszcza zważywszy na fakt, że różnica w cenie oferty Przystępującego w relacji do oferty złożonej w poprzednim postępowaniu była tak niewielka. Ponadto nie można tracić z oczu, że cena oferty powinna obejmować swoim zakresem nie tylko koszty pracy związane z zatrudnieniem na umowę o pracę pracowników ochrony, ale także szereg innych czynników, jak koszty materiałowe, sprzętowe, koszty 254 transportów wartości pieniężnych (inkaso), koszty 12 konwojów wartości pieniężnych, czy koszty związane z przyjazdem grup interwencyjnych. Skoro oferta Przystępującego budzi wątpliwości już tylko w zakresie przyjętych kosztów pracy, to tym bardziej wątpliwości te potęgują się, jeśli weźmie się pod uwagę konieczność uwzględnienia w cenie oferty wskazanych powyżej innych czynników

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Dalsze zarzuty odwołania, wskazujące na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za przedwczesne na tym etapie postępowania, mając na uwadze okoliczność, że sposób kalkulacji ceny oferty Przystępującego wymaga uprzedniego wyjaśnienia.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że za niezgodne z stanem faktycznym uznała twierdzenia Odwołującego, jakoby nie otrzymał od Zamawiającego pisma Przystępującego złożonego w odpowiedzi na pismo Zamawiającego zawierające prośbę o ustosunkowanie się do zastrzeżeń innego wykonawcy co do ceny oferty. Sam Odwołujący odniósł się do treści

tego pisma w odwołaniu na stronie 8, wskazując, iż w piśmie tym zawarto jedynie ogólne rozważania w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp, a nie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a zatem zostało mu ono przekazane. Ponadto Odwołujący nie podnosił zarzutów w zakresie nieudostępnienia mu przez Zamawiającego określonych dokumentów, wobec czego podnoszenie tego rodzaju twierdzeń na rozprawie uznać należy za spóźnione.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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 § 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu od odwołania oraz kwotę poniesioną tytułem kosztów zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika, potwierdzoną złożoną na rozprawie fakturą i zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego ww. koszty postępowania odwoławczego w łącznej wysokości 11 100 zł.

Przewodniczący: