

WYROK
z dnia 14 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BASMA SECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CERBER OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Liwie i MW SCORTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje **Sądowi Rejonowemu dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Agencję Ochrony Osób i Mienia D.S. Fokus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża **Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BASMA SECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CERBER OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Liwie i MW SCORTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BASMA SECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CERBER OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Liwie i MW SCORTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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

I. Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony fizycznej gmachu Sądów przy ul. Terespolskiej 15A oraz ZKSS w obiekcie przy ul. Owsiana 12 w Warszawie, numer referencyjny: ZP-Pd/G/2/2023.

W dniu 30 czerwca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BASMA ECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CERBER OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Liwie i MW SCORTA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D.S. Fokus z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że D.S. Fokus została wezwana przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie -złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta D.S. Fokus zawiera rażąco niską cenę.

W konsekwencji podniesionego zarzut, Odwołujący wnosił o:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- b) odrzucenie oferty D.S. Fokus
- c) ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Podnosił, że w złożonym odwołaniu Odwołujący arbitralnie wskazał, że „w okresie tylko jednego miesiąca DS. Fokus na wynagrodzenia pracowników musi przeznaczyć kwotę 145.532,73 zł brutto, a w formularzu ofertowym zaproponował kwotę w wysokości 131.456,25 zł.”. Dodatkowo na poparcie tej tezy Odwołujący przytoczył własne obliczenia

mające wskazywać, że Wykonawca „nie doszacował kosztów realizacji umowy, a w konsekwencji zaoferował cenę nierealną, nie gwarantującą zachowania minimalnego wynagrodzenia wynikającego z przepisów prawa.” Z wyczeń tych wynikać ma, że „faktyczne koszty pracodawcy wynoszą: $(4.556,71 \text{ zł} + 361,63 \text{ zł} + 14,59 \text{ zł}) / 168 \text{ h} = 29,36 \text{ zł}$ (brutto w rozumieniu kosztów brutto wynagrodzenia w ramach umowy o pracę) co stanowi koszt netto wykonawcy, powiększony zgodnie z art. 7 ustawy o podatku od towarów i usług o podatek VAT w wysokości 23 %, tj. łącznie $29,36 \text{ zł} + 23 \% \text{ VAT} = 36,11 \text{ zł}$ brutto. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją DSFokus skalkulował cenę oferty w oparciu o stawkę godzinową w wysokości 35,05 zł brutto, co potwierdza niedoszacowanie kosztów związanych z realizacją umowy zgodnie z wymaganiami zamówienia.”

Analiza cytowanej wyżej części uzasadnienia odwołania wymaga w pierwszej kolejności stwierdzenia, że ustalona przez Odwołującego kwota za 1 roboczogodzinę usługi mającej być realizowaną na rzecz Zamawiającego na poziomie 36,11 zł brutto pomnożona przez miesięczną ilość godzin tej usługi na poziomie 3750 godzin daje kwotę 135 412,50 zł (wobec ceny ofertowej Wykonawcy na poziomie 131 456,25 zł, co jest kwotą niższą od wzorca przedstawionego przez Odwołującego o kwotę 3 956,25 zł, tj. o jedynie 3 %), nie zaś „kwotę 145.532,73 zł brutto” podawaną przez Odwołującego na wstępie jako minimalny koszt wynagrodzenia pracowników.

Po drugie wymaga wskazania że kwestionowany przez Odwołującego brak uwzględnienia w kalkulacji „kosztów świadczenia urlopowego w wysokości 361,63 zł oraz kosztów wynagrodzenia chorobowego w wysokości 14,59 zł, wynika z tego że: zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy z dnia 04 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych „świadczenie urlopowe, o którym mowa w ust. 4, wypłaca pracodawca raz w roku każdemu pracownikowi korzystającemu w danym roku kalendarzowym z urlopu wypoczynkowego w wymiarze co najmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych.” Tym samym „pracownik traci prawo do świadczenia urlopowego w danym roku, jeśli podzieli urlop w tym roku tak, że żadna z jego części nie będzie stanowiła co najmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych. W tym przypadku pracownik nie spełni ustawowego warunku, od którego jest uzależnione przyznanie prawa do otrzymania tego świadczenia.” (Ł. Chruściel, Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych. Komentarz, Warszawa 2015). W tej sytuacji świadczenie urlopowe nie jest elementem koniecznym kalkulacji wynagrodzeniowej, na co wskazuje orzecznictwo powołujące regułę optymalizacji kosztów związanych z urlopami pracowników, czego nie dopuszcza Odwołujący w swoich wyczeniach. Tymczasem „Izba uznała za wiarygodne założenie, że nie wszyscy pracownicy w danym roku kalendarzowym będą mieli do wykorzystania pełen wymiar urlopu wypoczynkowego. Bez szczegółowej wiedzy o tym w jaki sposób pracownicy będą korzystali z urlopów nie można stwierdzić, iż optymalizacja przy wyliczaniu kosztów nie jest dopuszczalna. ” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2021 r., KIO 1305/21). Tylko na marginesie należy wskazać, że taka

optymalizacja nie narusza przepisów prawa pracy bowiem , jeżeli jednak pracownik wystąpi z kolejnymi wnioskami, które w efekcie doprowadzą do podzielenia należnego mu urlopu wypoczynkowego na części, z których żadna nie obejmuje przynajmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych, brak jest podstaw do zastosowania jakiegokolwiek sankcji w stosunku do pracodawcy, który nie stosuje się do wymagań określonych w art. 162 KP. Pod warunkiem zgłoszenia przez pracownika odpowiedniego wniosku pracodawca ma prawo bez obawy przed odpowiedzialnością karno-administracyjną oraz karną dzielić pracownikowi urlop wypoczynkowy na tyle części, w ilu chce należny urlop wykorzystać zainteresowany pracownik.”” {Kodeks pracy. Komentarz prof. dr hab. Andrzej Marian Świątkowski, 2018). W kontekście powyższego za niemającą znaczenia dla sprawy należy uznać argumentację Odwołującego o prawie do 26 dniowego urlopu pracowników, albowiem ten argument na gruncie art. 3 ust. 5 w/w ustawy nie jest brany pod uwagę; „koszt wynagrodzenia chorobowego (...) co do zasady jest to pewien element ryzyka wykonawcy, oparty na prowadzonej obserwacji absencji pracowników, niemożliwy do jednoznacznego przewidzenia.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021 r., KIO 3594/22). Tym samym ustalenie braku takiego ryzyka jest tak samo prawidłowe jak i ustalenie tego ryzyka na wyższym stopniu, co pozostaje pod ochroną własnej obserwowalności oferentów w zakresie zachorowalności ich pracowników w danym przedsiębiorstwie. Tym samym nie można uznać poczynionego założenia Wykonawcy za błędne tym bardziej, że sam Odwołujący nie wyjaśnił, jaki przyjęty w Ofercie poziom absencji byłby jego zdaniem odpowiedni w realiach przedmiotowego zamówienia i dlaczego, a jedynie poprzestał na stwierdzeniu, że jakiś poziom tych kosztów należy uwzględnić w cenie Oferty.

Po trzecie wreszcie odnosząc się do dowodu Odwołującego z Faktury Nr 00040/05/23 z dnia 22 maja 2023 r. dokumentującej „Sprzedaż Umundurowania - Obiekt Terespolska 15d\ to nie wynika z niej, że umundurowanie to służyć ma celom realizacji zamówienia przez Wykonawcę. Takiego dowodu nie przeprowadził Odwołujący, który wskazał tylko, że sprzedający zbył do kupującego (Wykonawca) umundurowanie pochodzące z obiektu Terespolska 15a. Należy sprostować również opinię Odwołującego iż „w wyjaśnieniach DS. Fokuspo dacie zakupu umundurowania tj. z dnia 16 i 20 czerwca 2023 r .brak jest jakiegokolwiek wzmianki nt. poniesionych kosztów o których mowa wyżej. Uwagę zwraca fakt, iż DS. Fokus w złożonych wyjaśnieniach (kalkulacji) nigdzie nie odniósł się do realnie poniesionych kosztów związanych z zakupem umundurowania.” Powyższe nie jest zgodne z prawdą albowiem w złożonej Ofercie Wykonawca wskazał, że „Spółka mogła zaproponować niższe stawki z uwagi na fakt, iż w wyniku innych postępowań w dziedzinie ochrony aktualnie posiada zamortyzowane wszystkie niezbędne do wykonania materiały, np. umundurowanie pracowników, samochody, środki łączności, itp.” Tą część Oferty Wykonawcy Odwołujący niesłusznie pominął, jak również nie obalił jej żadnym przeciwdowodem.

Ponieważ stawka 28,50 zł netto (35,05 zł brutto) została w toku badania rażąco niskiej ceny obroniona przez Wykonawcę, a dodatkowo nie została przez Odwołującego skutecznie podważona jako nierealna, Zamawiający uznał iż cena Oferty Wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie zdołał również w postępowaniu 1884 przekonać, iż cena Oferty Odwołującego powinna wzbudzić wątpliwość, a to w tym elemencie ewentualnie można byłoby dopatrywać się podstawy do wzruszenia wyniku postępowania. Sam zarzut zaniechania odrzucenia Oferty Wykonawcy mógłby co najwyżej prowadzić do nakazania Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do złożenia powtórnych wyjaśnień w trybie przewidzianym przepisami art. 224 ustawy. Ponieważ jednak sam Odwołujący uznał, że wzorcem dla skarżonego postępowania jest stawka 36,11 zł brutto - która jest różna od ceny Oferty Wykonawcy jedynie o 3 % co pozwala uznać ceny oferty wzorcowej podanej przez Odwołującego i ceny Wykonawcy za zbliżone co do wysokości, a także z uwagi na to, że Odwołujący nie wykazał, aby poziom ceny przyjętej w Ofercie Wykonawcy był poniżej poziomu, który czyniłby niemożliwym wykonanie świadczenia, to w rezultacie Zamawiający stwierdza, iż podjęte przez niego czynności w toku postępowania nie naruszały ustawy, co nakazuje oddalić w całości zarzuty Odwołania oparte o rzekome „naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy”.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania. Zamawiający wnosił o „odrzucenie Odwołania w całości jako niezasadnego na podstawie osobno art. 528 pkt 5 ustawy w zw. z art. 527 oraz art. 528 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, jednak Izba nie znalazła ku temu podstaw.

W tym zakresie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 527 Prawa zamówień publicznych odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba z Urzędu dopuściła jako dowód w sprawie akta postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1430/23.

Izba w tym zakresie ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie, Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 15 maja 2023 r. W związku z wyborem oferty najkorzystniejszej Odwołujący wniósł odwołanie oznaczone sygn. akt: KIO 1430/23. W tym odwołaniu skarżył naruszenie art. 16

pkt 1 i 2 w związku z naruszeniem art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Fokus do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny oferty. Po wniesieniu odwołania Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę Fokus do złożenia wyjaśnień i uznał te wyjaśnienia za satysfakcjonujące, dlatego w dniu 20 czerwca 2023 r. ponownie uznał ofertę Fokus za najkorzystniejszą. W związku z tą czynnością Zamawiającego, Odwołujący złożył odwołanie oznaczone sygn. akt: KIO 1884/23. W odwołaniu Odwołujący skarży naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Fokus z powodu rażąco niskiej ceny. Jego zdaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że drugi wybór oferty najkorzystniejszej z 20 czerwca 2023 r. jest nową czynnością Zamawiającego, na którą przysługuje odwołanie. Poprzednio Odwołujący podnosił zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a obecnie skarży uznanie tych wyjaśnień za wystarczające.

W odniesieniu do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym odrzuca się odwołanie, którego kopii nie przekazano zamawiającemu w terminie wniesienia odwołania (Zamawiający twierdził, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu w odpowiednim terminie kopii odwołania), Izba stwierdziła, że przekazanie kopii odwołania w wiadomości e-mail w dniu, w którym upływa termin do złożenia odwołania jest wystarczające do stwierdzenia, że kopię odwołania przekazano w terminie. Nie przeczą temu domniemaniu dowody złożone przez Zamawiającego w związku, z którymi twierdzi on, że w określonych godzinach nie pracuje i nie odbiera wiadomości e-mail. Przesłanie kopii odwołania po godzinach pracy Zamawiającego nie ma znaczenia – kopia została przekazana w terminie do wniesienia odwołania, a jest to termin oznaczony w dniach; odwołanie można było wnieść do północy tego dnia.

Dlatego Izba oddaliła oba wnioski Zamawiającego o oddalenie odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odpowiedzi na to wezwania.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W dniu 07.06.2023 r. Zamawiający wezwał DS Fokus do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uwzględnienia w niej wymagań Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.

Zamawiający pismem z dnia 16.06.2023 r. po raz kolejny wezwał DS. Fokus do złożenia wyjaśnień dotyczących treści udzielonej odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.06.2023r.

Wykonawca Fokus złożył wyjaśnienia, jednak nie załączył do nich żadnych dowodów. W piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. wskazał, że koszt brutto ustalony od dnia 01 lipca 2023 r. na poziomie 32,38 zł brutto jest możliwy do poniesienia przez Wykonawcę, który w kalkulacji ofertowej założył rezerwę finansową (na poziomie brutto 0,51 zł) oraz przewidywany zysk (na poziomie brutto (1,66 zł). W rezultacie kalkulacja ofertowa zarówno do daty 01 lipca 2023 r. (31,39 zł brutto), jak i po tej dacie (32,38 zł brutto) jest w stanie obsłużyć zamówienie i wymagania prawne w/w Rozporządzenia, które w § 3 ustala od dnia 01 lipca 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600,00 zł, albowiem kalkulacja ofertowa Wykonawcy przewiduje w okresie realizacji zamówienia stawkę brutto za 1 rbg na poziomie 35,05 zł; przedstawiona kalkulacja cenowa jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (wynagrodzenia osobowe, wydatki na doskonalenia zawodowe, kształcenie i przekwalifikowanie kadr, składki na ubezpieczenia emerytalne, rentowne i wypadkowe opłacane przez pracodawcę, składki na Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, wydatki związane z bezpieczeństwem i higieny pracy, Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych); łączne wynagrodzenie netto uwzględnia realizację wszystkich obowiązków umownych, o których mowa w Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami tj. całodobową i bezpośrednią, stałą ochroną fizyczną osób i mienia w gmachu położonego przy ul. Terespolskiej 15A w Warszawie, w którym siedzibę ma Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie i Sąd Rejonowy dla

Warszawy Pragi-Północ w Warszawie, wraz z przyległym terenem, ochronę pracowników Zespołów Kuratorskiej Służby Sądowej Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi - Południe w Warszawie urzędujących na parterze i I piętrze gmachu przy ul. Owsiana 12 w Warszawie oraz ochronę mienia powierzonego na przechowanie w szatni znajdującej się w gmachu Sądów przy ul. Terespolskiej 15A w Warszawie; łączne wynagrodzenie netto uwzględnia realizację wszystkich wymagań, o których mowa w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 20 czerwca 2023 r wskazał, że rzeczywista wielkość założonej w ofercie rezerwy finansowej wynosi $0,69 \text{ zł netto} \times 23\% = 0,84 \text{ zł brutto}$; w ofercie został uwzględniony obowiązek podatkowy w zakresie podatku od towarów i usług VAT, w wysokości 23%

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, 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.

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 (art. 537 Prawa zamówień publicznych).

W niniejszym postępowaniu odwoławczym wykonawca Agencję Ochrony Osób i Mienia D.S. Fokus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (który złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą) nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego (nie zgłosił przystąpienia). Wobec powyższego, zgodnie z art. 537 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ciężar dowodu, że oferta wykonawcy Fokus nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na Zamawiającym.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron, zarówno pisemnymi, jaki zgłoszonymi ustnie do protokołu, po przeprowadzeniu rozprawy, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie udowodnił, że oferta wykonawcy Fokus nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie nie załączył żadnych dowodów. Dopiero po zamknięciu rozprawy przesłał pocztą elektroniczną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 13 lipca 2023 r., zatytułowane „Załącznik do protokołu rozprawy z dnia 12 lipca 2023 r.”, w którym, powołując się na art. 161 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r – Kodeks postępowania cywilnego, złożył załącznik do protokołu „w postaci Faktury VAT

nr 0102/07.2023/FVS za świadczenie na rzecz Zamawiającego usług ochrony przez Agencję Ochrony Osób i Mienia DS Focus Spółka z o.o. w okresie od 01 do 30 czerwca 2023 r. na okoliczność realności ceny tego Wykonawcy zaoferowanej na poziomie stawki 35,05 zł brutto oraz możliwości realizacji zamówienia w tej cenie również od daty 01 lipca 2023 r. zgodnie z aktualną umową SRPPd/12/2023 łączącą Zamawiającego i Agencję Ochrony Osób i Mienia DS Focus Spółka z o.o.". Zgodnie z art. 535 Prawa zamówień publicznych, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, dlatego dowód ten był spóźniony i Izba nie oceniała wartości dowodowej załączonej faktury VAT.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających okoliczność, że zaoferowana cena w ofercie wykonawcy Fokus nie jest rażąco niska. Na rozprawie jedynie powtarzał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie, w której podejmował polemikę z niektórymi argumentami zawartymi w uzasadnieniu odwołania. Wskazywał, że „Analiza cytowanej wyżej części Uzasadnienia *Odwołania* wymaga w pierwszej kolejności stwierdzenia, że ustalona przez Odwołującego kwota za 1 roboczogodzinę usługi mającej być realizowaną na rzecz Zamawiającego na poziomie 36,11 zł brutto pomnożona przez miesięczną ilość godzin tej usługi na poziomie 3750 godzin daje kwotę 135 412,50 zł (wobec ceny ofertowej Wykonawcy na poziomie 131 456,25 zł, co jest kwotą niższą od wzorca przedstawionego przez Odwołującego o kwotę 3 956,25 zł, tj. o jedynie 3 %), nie zaś „kwotę 145.532,73 zł brutto” podawaną przez Odwołującego na wstępie jako minimalny koszt wynagrodzenia pracowników.". A zatem, jak trafnie zauważał Odwołujący, Zamawiający sam potwierdzał, że przy uwzględnieniu stawki minimalnej za roboczogodzinę cena ofertowa powinna być wyższa, niż podana w ofercie Fokus. Nie ma przy tym znaczenia na tym etapie postępowania, czy cena ta jest niższa o niewielki procent od ceny oferty Odwołującego. Zamawiający w ogóle nie polemizował z niektórymi argumentami Odwołującego – przykładowo, ze złymi założeniami przyjętymi przez wykonawcę Fokus do obliczenia czasu pracy w porze nocnej.

Dodatkowo Zamawiający usprawiedliwiał cenę oferty Fokus, powołując się na wyjątki od zasad określonych przepisami, mimo że takie wyjątkowe założenia w ogóle nie wynikały z wyjaśnień Fokus. Przykładowo, z art. 162 Kodeksu pracy wynika, że na wniosek pracownika urlop może być podzielony na części, w takim jednak przypadku co najmniej jedna część wypoczynku powinna trwać nie mniej niż 14 kolejnych dni kalendarzowych. Zamawiający wskazywał, że jak wykonawca nie udzieli urlopu w wymiarze co najmniej 14 dni, nie będzie musiał wypłacać świadczenia urlopowego, a więc „zoptymalizuje koszty

pracy”. W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, czy wykonawca wskazał na tego rodzaju założenie w wyjaśnieniach Zamawiający odpowiedział, że nie, że sam do tego doszedł.

Tak prezentowanego stanowiska Zamawiającego nie można uznać za przekonujące. Zamawiający nie sprostął ciężarowi dowodu – nie udowodnił, że cena oferty Fokus nie była rażąco niska.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: