

Sygn. akt: KIO 1055/23

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum): **Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (ul. 3-go Maja 64/66N, 93-408 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie** (ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa),

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): **Agencja Ochrony Osób i Mienia „Z.” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (00-845 Warszawa ul. Łucka 18, lok.1701 A), **Z. Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (00-845 Warszawa ul. Łucka 18 lok.1701A) oraz **„Agencja Ochrony Osób i Mienia Z.” S. Z. z siedzibą w Warszawie** (00-845) Warszawa, ul. Łucka 18 lok.1701A) - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum): **Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (ul. 3-go Maja 64/66N, 93-408 Łódź) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczanego od odwołania.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 13 kwietnia 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie stałej, całodobowej usługi ochrony osób i mienia w obiektach UCK WUM”. Numer referencyjny: DZPUCK.262.013.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urze. UE z dnia 23.01.2023 r. pod nr 2023/S 016-042426.

Wykonawca podał w punkcie I, że wnosi odwołanie (...) wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający, tj.:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum firm w składzie: Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością, Z. Ochrona Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością, „Agencja Ochrony Osób i Mienia Z.” S. Z., (dalej Konsorcjum lub Wykonawcą), którego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy.
- 2) zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) odnośnie pkt I.1) odwołania - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych;
- 2) odnośnie pkt I.2) odwołania- naruszenie art. 16 pkt 1 Ustawy oraz art. 239 Ustawy;

III. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Z.
- 2) Odrzucenie oferty Konsorcjum Z., która zawiera rażąco niską cenę
- 3) Udzielenie zamówienia Odwołującemu, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

IV. Odwołujący wskazał, że (...) ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania”.

(...)

W uzasadnieniu podał: (...)

Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług ochrony w wymiarze 242 464 rbh w 3 odrębnych obiektach – Dziecięcy Szpital Kliniczny oraz Uniwersyteckie Centrum Patomorfologii, Centralny Szpital Kliniczny, Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus.

Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do treści SWZ Zamawiający wymagał, aby za wyjątkiem niżej wymienionych 5 posterunków tj.

Posterunek Nr 4 DSK Strefa dostaw

Posterunek Nr 3 CSK Blok E

Posterunek Nr 4 Lindleya 4 Pawilon 11B

Posterunek Nr 6 Pawilon 4

Posterunek Nr 7 ul. Koszykowa 82A

- usługa była realizowana przy pomocy pracowników nie posiadających orzeczenia o niepełnosprawności. Oznacza to, iż ilość roboczogodzin przypadająca dla posterunków gdzie wymagani są pracownicy bez orzeczenia o niepełnosprawności wynosi 201 480 rbh. Liczba godzin przypadająca dla posterunków gdzie dopuszczalne jest zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych wynosi 40 986.

W załączniku nr 1 do odwołania – wykaz posterunków szczegółowo dokonano dokładnego podziału posterunków oraz wyliczono liczbę godzin do wypracowania w porze nocnej wraz ze wskazaniem metodologii wyliczania. Zgodnie z Kodeksem Pracy Zgodnie z art. 151<sup>7</sup> § 1 Kodeksu pracy, pora nocna obejmuje 8 godzin między godzinami 21:00 a 7:00.

Z zestawienia wynika, iż liczba godzin do wypracowania dla posterunków gdzie wymagani są pracownicy bez orzeczenia o niepełnosprawności wynosi 201 480 zaś liczba godzin do wypracowania w porze nocnej wynosi 70 080 rbh. Oznacza to, iż praca w porze nocnej stanowi 34,78 % czasu pracy każdego z pracowników. Mnożąc średniomiesięczną normę

czasu pracy tj. 168 rbh przez wskaźnik czasu pracy w porze nocnej otrzymujemy przeciętnie 58,43 rbh do wypracowania w porze nocnej dla każdego z pracowników.

Dla posterunków gdzie dopuszczalne jest zatrudnienie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności przewidziano łącznie 40 986 roboczogodzin, z czego w porze nocnej winno być wypracowane 17 520 rbh. Oznacza to, że praca w porze nocnej stanowi 42,75 % czasu pracy każdego z pracowników niepełnosprawnych. Mnożąc średniomiesięczną normę czasu pracy tj. 168 rbh przez wskaźnik czasu pracy w porze nocnej otrzymujemy przeciętnie 71,82 rbh do wypracowania w porze nocnej dla każdego z pracowników niepełnosprawnych. Konsorcjum Z. w udzielonych wyjaśnieniach każdorazowo kalkulowało, iż pracownik wypracuje zaledwie 56 roboczogodzin w porze nocnej tj. 33,33 % czasu pracy. Przeprowadzona kalkulacja nie uwzględniała specyfiki przedmiotu zamówienia, gdyż była sporządzona dla posterunków obsługiwanych całodobowo gdzie faktycznie czas pracy w porze nocnej stanowi 1/3 ogólnego czasu pracy. Tymczasem w ramach niniejszego zamówienia Wykonawca będzie obsługiwał posterunki funkcjonujące w różnych godzinach w tym głównie w porze nocnej (np. posterunek 4 i posterunek 6 w Szpitalu Klinicznym Dzieciątka Jezus, które są obsługiwane w przez 12 godzin z czego praca w porze nocnej stanowi 8 godzin).

Nieprawidłowe wyliczenie ilości godzin do wypracowania w porze nocnej spowodowało zaniżenie kosztów wynagrodzeń pracowników skierowanych do realizacji usługi. Ma to o tyle istotne znaczenie dla sprawy, iż margines błędu na ewentualne pomyłki w kalkulacji kosztów realizacji usługi był niezwykle znikomy z uwagi na fakt, iż zysk oczekiwany przez konsorcjum wynosił zaledwie 14 958,42 zł

W załączeniu do niniejszego odwołania przedstawił kalkulację kosztów 1 etatu przy uwzględnieniu prawidłowej ilości godzin do wypracowania w porze nocnej. Kalkulacja została przeprowadzona zgodnie ze schematem wyliczeń zaczerpniętym z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych przez Konsorcjum. Uwzględnienie w kalkulacji prawidłowego czasu pracy w porze nocnej spowodowało wzrost kosztów wynagrodzenia pracowników w przeliczeniu na 1 etat. Poniżej w formie tabelarycznej przedstawiamy zestawienie różnic w kosztach etatów wynikających z zaniżenia kosztów pracy w porze nocnej.

L.p.	Nazwa pozycji	Koszt 1 etatu wykazany przez Konsorcjum	Koszt 1 etatu prawidłowy (po uwzględnieniu prawidłowej normy czasu pracy w porze nocnej)	Różnica w kosztach 1 etatu
1	Koszt etatu I półrocze 2023 pracownik zdrowy	4825,24	4838,28	13,04

2	Koszt etatu II półrocze oraz pozostałe miesiące pracownik zdrowy	4977,99	4991,47	13,48
3	Koszt etatu I półrocze 2023 pracownik niepełnosprawny	3652,11	3740,27	88,16
4	Koszt etatu II półrocze oraz pozostałe miesiące pracownik niepełnosprawny	3810,46	3901,58	91,12

Biorąc pod uwagę pensum godzinowe dla 1 etatu Konsorcjum założyło, iż dla realizacji usługi w zakresie pracowników pełnosprawnych niezbędne jest oddelegowanie łącznie 1199,19 etatów (149,90 w I półroczu oraz 1049,29 w pozostałym okresie realizacji usługi) zaś dla realizacji usługi w zakresie pracowników niepełnosprawnych niezbędne jest oddelegowanie łącznie 243,95 etatów (30,49 w I półroczu oraz 213,46 w pozostałym okresie realizacji usługi).

Oznacza to, iż Konsorcjum zaniżyło koszty wynagrodzenia pracowników o kwotę 38 237,60 zł. co wynika z poniższego działania matematycznego:

$$149,90 \text{ etatów} \times 13,04 \text{ zł} = 1954,70 \text{ zł}$$

$$1049,29 \text{ etatów} \times 13,48 \text{ zł} = 14 144,43 \text{ zł}$$

$$30,49 \text{ etatów} \times 88,16 \text{ zł} = 2688,00 \text{ zł}$$

$$213,46 \text{ etatów} \times 91,12 \text{ zł} = 19 450,48 \text{ zł}$$

$$\text{Razem} = 38 237,61 \text{ zł}$$

Biorąc pod uwagę fakt, iż łączna kwota zysku wykazanego przez Konsorcjum wynosi 14 958,42 zł oznacza to, że w rzeczywistości konsorcjum poniesie stratę z tytułu realizacji zamówienia w wysokości 23 279,19 zł, która wynika z następującego wyliczenia:

$$14 958,42 \text{ zł (oczekiwany zysk)} - 38 237,61 \text{ zł (suma niedoszacowanych kosztów pracy w porze nocnej)} = - 23 279,19 \text{ zł (strata)}.$$

Ponadto wskazujemy, iż udzielone przez Konsorcjum wyjaśnienia w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób i mienia są wyłącznie gołosłownymi deklaracjami Wykonawcy i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami. Zamawiający w treści wezwania z dnia 1 marca 2023 r. wskazał jednoznacznie, iż oczekuje udzielenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny ofertowej popartej stosownymi dowodami. Fakt ten winien skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum, gdyż to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych winno zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie oznaczonej sygnaturą KIO 596/16: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Zatem „ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża przede wszystkim wezwanego zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp.”

Jednocześnie Zamawiający nie miał obowiązku występować do Wykonawcy z wnioskiem o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień, gdyż te złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były nierzetelnie przygotowane.

Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie oznaczonej sygnaturą KIO 2598/17: „(...) kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień. Stanowisko Izby opiera się szczególnie na dwóch przepisach: art. 90 ust. 2 i art. 84 ust. 1 pzp. Art. 90 ust. 2 pzp brzmi: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 84 ust. 1 Pzp brzmi: Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Izba podkreśla, że art. 84 ust. 1 Pzp ustanawia regułę niezmienności oferty po upływie terminu ofert, a wszystkie wyjaśnienia czy uzupełnienia, o których mowa np. w art. 26 ust. 3 czy w art. 90 ust. 2 Pzp są wyjątkami od tej reguły i jako takie nie mogą być stosowane rozszerzająco, zgodnie z łacińską paremią *exceptiones non sunt extentendae*. Dlatego zamawiający po otrzymaniu ogólnikowych wyjaśnień, a w zasadzie po nieotrzymaniu żadnych tłumaczeń powinien zastosować przepis art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Konsorcjum jako okoliczność pozwalającą na realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami SWZ oraz zgodnie z odrębnymi przepisami wskazało na fakt zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym. Dzięki temu mogło obniżyć koszty 1 etatu o 1350 zł. Tym samym, w przypadku nie uzyskania dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych koszty realizacji przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum wzrosną o 329 332,50 zł, co wynika z następującego wyliczenia:

*243,95 etatów (ilość etatów pracowników niepełnosprawnych przewidziana przez konsorcjum) x 1350 zł (kwota dofinansowania do 1 etatu) = 329 332,50 zł.*

Biorąc pod uwagę, iż już po prawidłowym wyliczeniu kosztów pracy w porze nocnej oferta Konsorcjum zawiera cenę poniżej kosztów realizacji to nie uzyskanie dofinansowania w kwocie wyliczonej powyżej powiększy tylko kwotę straty do poziomu 352 611,69 zł (23 279,19 zł + 329 332,50 zł).

Jak już Odwołujący wspomniał powyżej, Konsorcjum nie załączyło do udzielonych wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu umowy zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, w szczególności:

- o potwierdzających w ogóle możliwość korzystania z dofinansowania do pracowników niepełnosprawnych z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych – dokumentem takim mogą być np. comiesięczna informacja z PFRON odnośnie przysługującego dofinansowania.
- o potwierdzających fakt posiadania w ramach zasobów kadrowych pracowników posiadających stopień niepełnosprawności umiarkowany.

Konsorcjum miało wiele możliwości udowodnienia założeń przedstawionych w kalkulacji. Dowodami potwierdzającymi realność przyjętych założeń mogły być między innymi:

- o zanonimizowane orzeczenia o niepełnosprawności pracowników;
- o zanonimizowane dokumenty INF-D-P potwierdzające wysokość uzyskiwanego dofinansowania;
- o informacja o kwocie przysługującego dofinansowania dla firmy.

Odnośnie konieczności przedstawienia dowodów potwierdzających okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 20 października 2021 r. oznaczonym sygnaturą KIO 2249/21. Izba stwierdziła, iż: *„Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli np. na poziomie budzącym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ – tak jak miało to miejsce w niniejszym przypadku.”*

Ponadto Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować wyjaśnień, których treść nie została udowodniona i zakładać niejako „z urzędu”, iż każdy Wykonawca może uzyskiwać dofinansowanie z PFRON-u do zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 marca 2022 r. oznaczonym sygnaturą KIO 599/22, iż: *„Z faktu, iż istnieje możliwość takiego dofinansowania, nie można wyprowadzać tezy, że*



*Zamawiający tego rodzaju okoliczności winien uwzględniać niejako „z urzędu” i że zwalnia go to od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zaoferowanych cen. Zamawiający nie ma wiedzy co do poziomu dofinansowania otrzymywanego przez poszczególnych wykonawców. Dopiero złożone wyjaśnienia, poparte dowodami, pozwalają Zamawiającemu na ocenę, czy i w jaki sposób obniżenie stawki godzinowej przez wykonawcę było uprawnione”.*

Zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych - która reguluje między innymi kwestie dotyczące uzyskiwania dofinansowań do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych - pracodawca chcący uzyskiwać takie dofinansowanie musi spełnić szereg warunków. Tym samym nie każda firma spełnia kryteria pozwalające na uzyskiwanie tychże dofinansowań. Jako dowód w załączeniu przedstawił dokument przygotowany przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych – Warunki ubiegania się o dofinansowanie

(...) główne uwarunkowania, których wypełnienie oznacza uzyskanie prawa do pozyskiwania dofinansowań do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych:

L.p	Opis warunku
1	Pracodawca winien osiągać wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%
2	Pracodawca winien zatrudnić pracownika na podstawie umowy o pracę oraz posiadać dokument potwierdzający jego niepełnosprawność w dniu przyjęcia do pracy
3	Pracownik (za wyjątkiem pracownika, u którego orzeczono znaczny stopień niepełnosprawności) nie może posiadać ustalonego prawa do emerytury
4	Pracownik musi być zatrudniony w ramach tzw. efektu zachęty
5	Pracodawca winien terminowo pokryć wszystkie elementy kosztów wynagrodzenia pracownika – wynagrodzenie, składki ZUS, podatki (dopuszczalne uchybienie 14 dni)
6	Wynagrodzenie pracownika winno być przekazane na rachunek bankowy pracownika lub na adres zamieszkania tego pracownika za pośrednictwem osób prawnych prowadzących działalność w zakresie doręczania kwot pieniężnych
7	Wniosek o wypłatę dofinansowania do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych może zostać złożony dopiero po wypłacie pracownikowi wynagrodzenia
8	Pracodawca nie może posiadać zaległości wobec PFRON w wysokości powyżej 100 zł

W wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w oparciu o nieprawidłowe i gołosłowne wyjaśnienia dotyczące ceny oferty niepoparte żadnymi dowodami. Przede wszystkim Konsorcjum zaniżyło w sposób istotny koszty pracy w porze nocnej, które po ich wyliczeniu w prawidłowej wysokości powodują, iż oferta staje się nierentowną. Ponadto w ocenie Odwołującego nierealne jest skorzystanie z pomocy

publicznej w takim zakresie w jakim zaplanował Wykonawca, co oznacza de facto brak możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia - działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji - musieli określić znacznie wyższą cenę oferty, ufając jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 Ustawy. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 Ustawy, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Co prawda przytoczone przepisy art. 239 nie stanowią o tym wprost, to jednak oczywiste jest, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 1716/19 z dnia 17 września 2019 r., „Oferta, która winna zostać odrzucona nie może być podana ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert na równi z ofertami prawidłowymi i ocena taka nie może prowadzić do wskazania takiej oferty jako oferty najkorzystniejszej”, wyrok KIO 1615/20 z dnia 14 października 2020 r. „Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu”.

**Do postępowania odwoławczego** przystąpienia zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: Agencja Ochrony Osób i Mienia „Z.” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Z. Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (uczestnik) i „Agencja Ochrony Osób i Mienia Z.” S. Z. z siedzibą w Warszawie (uczestnik) - wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podniósł następujące okoliczności:

(...)

*Oświadczam, że jako Przystępujący nie zgadzamy się w całości z postawionymi przez Odwołującego zarzutami we wniesionym w dniu 13 kwietnia 2023 roku odwołaniu. Zamawiający dochował staranności i rzetelnie zbadał ofertę naszego Konsorcjum pod zarzutem rażąco niskiej ceny poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny brutto wskazanej w formularzu oferty (dowód nr 1), odpowiedzieliśmy na nie przedstawiając wyjaśnienia oraz dowody w postaci szczegółowych kalkulacji kosztów dla poszczególnych zaoferowanych stawek za roboczogodzinę oraz obszernych wyjaśnień (dowód nr 2- dwa pliki). Zamawiający ponownie wezwał nas w dniu*

28.03.2023r. (dowód nr 4) do złożenia dodatkowych informacji w ramach wcześniej złożonych wyjaśnień, co uczyniliśmy poprzez ich złożenie w dniu 31.03.2023r. (dowód nr 3). Zamawiający uznał całość złożonych przez nas wyjaśnień i przedstawionych środków dowodowych jako prawidłowe i ponownie w dniu 03.04.2023r. wybrał naszą ofertę jako najkorzystniejszą (dowód nr 5). Nie nastąpiła obligatoryjna przesłanka do wezwania naszego Konsorcjum odnośnie rażąco niskiej ceny o której mowa w art.224 ust.2 Pzp, a Zamawiający skorzystał w tym zakresie z art. 224 ust.1 Pzp. Zamawiający przychylił się do naszych wyjaśnień i przesłanych dowodów uznając, iż nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a przedstawione dokumenty urealniają sposób obliczenia ceny ofertowej, która daje możliwość realizacji zamówienia zgodnie z warunkami o których mowa w SWZ, a cena nie jest rażąco niska. Nie widzimy więc naruszeń, które wskazuje Odwołujący, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz odnośnie pkt I.2) odwołania- naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a Zamawiający poprawnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu w zakresie tego zarzutu.

#### SZCZEGÓŁOWA ARGUMENTACJA

Złożone przez nasze Konsorcjum Zamawiającemu wyjaśnienia były konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia. Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający mógł stwierdzić, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Udzieliliśmy wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Należy zaznaczyć, iż Odwołujący nie poczynił poprawnej analizy poszczególnych składowych ceny oferty na podstawie złożonych przez nas Zamawiającemu wyjaśnień (zawarte w dowodach nr 2 i nr 3), a wysuwane zarzuty są błędne i ogólnikowe. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż zgodnie przepisem art. 534 ust.1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie (podmiocie), która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, cytując: „ilość roboczogodzin przypadająca dla posterunków gdzie wymagani są pracownicy bez orzeczenia o niepełnosprawności wynosi 201480 rbh. Liczba godzin przypadająca dla posterunków gdzie dopuszczalne jest zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych wynosi 40 986”, jest to więc taka sama liczba roboczogodzin zarówno dla pracowników pełnosprawnych jak i niepełnosprawnych na jakie powołujemy się w naszych wyjaśnieniach (dowód nr 3). Dowodzi to, iż przyjęliśmy prawidłową liczbę etatów – co do tego zakresu Odwołujący nie ma wątpliwości. Jako kontrargumentację do zarzutu

Odwołującego dot. rzekomo błędnych założeń dodatku za pracę w godzinach nocnych, stwierdzam że w przesłanych Zamawiającemu kalkulacjach dla każdej ze stawek (dowód nr 2) przyjęliśmy przecież w poz. 1 dodatek za pracę w godzinach nocnych i to dla wszystkich etatów. Co więcej, dla posterunków gdzie nie ma ochrony nocnej (posterunki bez ochrony całodobowej) i tym samym tego wymogu, dodatek ten uwzględniliśmy mimo, że nie byliśmy do tego zobligowani. Poniżej dla zobrazowania przesyłamy wycinek z dowodu nr 2 dla każdej z 4 przedstawionych przez nas kalkulacji stawki za 1 roboczogodzinę, tj. dla:

- pracownika pełnosprawnego dla I półrocza 2023 r. (wartość wynagrodzenia 3490,00 zł brutto), strona 1 z dowodu nr 2:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2023	
<b>ZAŁOŻENIA:</b>	
- średnia ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi:	168
- pracownik pracuje w porze nocnej w miesiącu godzin:	56
- zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę	
- pracownikowi przysługuje urlop w wymiarze dni:	20
- ewentualna choroba pracownika podczas realizacji, dni	2
- pracownik ochrony	
<b>1. MINIMALNE MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE BRUTTO OD 01.01.2023 ROKU</b>	
minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika	<b>3 490,00 zł</b>
dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	
3490 : 168 godz. x 20% = 4,15 x 56 godz.	232,40 zł
przychód brutto razem	<b>3 722,40 zł</b>

- pracownika pełnosprawnego dla II półrocza 2023 r. (wartość wynagrodzenia 3600,00 zł brutto), strona 2 z dowodu nr 2:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2023	
<b>ZAŁOŻENIA:</b>	
- średnia ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi:	168
- pracownik pracuje w porze nocnej w miesiącu godzin:	56
- zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę	
- pracownikowi przysługuje urlop w wymiarze dni:	20
- ewentualna choroba pracownika podczas realizacji, dni	2
- pracownik ochrony	
<b>1. MINIMALNE MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE BRUTTO OD 01.07.2023 ROKU</b>	
minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika	<b>3 600,00 zł</b>
dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	
3600 : 168 godz. x 20% = 4,29 x 56 godz.	240,24 zł
przychód brutto razem	<b>3 840,24 zł</b>

- pracownika niepełnosprawnego dla I półrocza 2023 r. (wartość wynagrodzenia 3490,00 zł brutto), strona 3 z dowodu nr 2:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2023

<b>ZAŁOŻENIA:</b>	
- średnia ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi:	168
- pracownik pracuje w porze nocnej w miesiącu godzin:	56
- zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę	
- pracownikowi przysługuje urlop w wymiarze dni:	30
- ewentualna choroba pracownika podczas realizacji, dni	2
- pracownik ochrony	
<b>1. MINIMALNE MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE BRUTTO OD 01.01.2023 ROKU</b>	
minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika	3 490,00 zł
dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	
3490 : 168 godz. x 20% = 4,15 x 56 godz.	232,40 zł
przychód brutto razem	3 722,40 zł

- pracownika niepełnosprawnego dla II półrocza 2023 r. (wartość wynagrodzenia 3600,00 zł brutto), strona 4 z dowodu nr 2:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2023

<b>ZAŁOŻENIA:</b>	
- średnia ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi:	168
- pracownik pracuje w porze nocnej w miesiącu godzin:	56
- zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę	
- pracownikowi przysługuje urlop w wymiarze dni:	30
- ewentualna choroba pracownika podczas realizacji, dni	2
- pracownik ochrony	
<b>1. MINIMALNE MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE BRUTTO OD 01.07.2023 ROKU</b>	
minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika	3 600,00 zł
dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	
3600 : 168 godz. x 20% = 4,29 x 56 godz.	240,24 zł
przychód brutto razem	3 840,24 zł

*Jak widać koszt dodatku za pracę w godzinach nocnych został więc przez nas uwzględniony, tymczasem Odwołujący wysnuwa we wniesionym odwołaniu błędne tezy, wynika to z braku zapoznania się Odwołującego ze złożoną przez nas dokumentacją lub celowym działaniem. Tylko na tej podstawie naszym zdaniem wniesione odwołanie podlega oddaleniu. Wyliczenia przedstawione przez Odwołującego na stronie 4, 5 i 6 odwołania w zakresie dodatku za pracę w godzinach nocnych są więc bezzasadne, gdyż tak jak wyżej wykazujemy do każdej roboczogodziny został on przecież uwzględniony. Nie dokonywaliśmy podziałów na godzinyienne i nocne - wykazaliśmy wszystkie godziny i do każdej z nich uwzględniliśmy ten dodatek. De facto różnica poprzez uwzględnienie dodatku za pracę w godzinach nocnych dla wszystkich wymaganych godzin (czego nie musieliśmy doliczać) stanowi dla naszego Konsorcjum dodatni element finansowy mogący stanowić potencjalny zysk lub rezerwę finansową. Zarzut Odwołującego dotyczący niedoszacowania w naszej ofercie kosztów pracy w porze nocnej w wysokości 38237,61 złotych jest całkowicie bezzasadny. Dodatkowo Odwołujący wskazuje błędną liczbę godzin pracy w godzinach nocnych dla jednego etatu w wysokości 58,43 miesięcznie. Prawidłowa wartość to 56 (zgodna z naszymi wyliczeniami i obowiązującymi dla tej branży zasadami). Zamawiający dopuszcza 24 godzinne dyżury, więc dla jednego etatu (168 roboczogodzin) będzie to 7 dyżurów w miesiącu, gdzie w ramach jednego dyżuru 8 godzin są to godziny nocne (8 rbh x 7 dyżurów, tj. 56 roboczogodzin).*

Każdy wymagany składnik wynagrodzenia został przez nas ujęty i prawidłowo skalkulowany. Przedstawione Zamawiającemu dowody z poszczególnych składowych ceny są poprawne i zgodne z obowiązującym prawem pracy. Odwołujący nie ma wątpliwości co do sposobu obliczenia przez nasze Konsorcjum poszczególnych elementów ceny, m.in.:

- przyjętej podstawy oskładkowania,
- sumy wymaganych składek po stronie pracodawcy,
- sposobu obliczenia wysokości dodatku za pracę w godzinach nocnych,
- kosztów związanych z zastępstwem pracownika (wynagrodzenie chorobowe i urlopowe),
- kosztów administracyjnych,
- kosztów nadzoru,
- pozostałych nisko kosztowych pozycji typu monitorowanie (własna stacja monitoringu), - badań lekarskich.

Wszystkie wymienione przez Zamawiającego w wezwaniach (dowód nr 1 i nr 4) elementy ceny zostały przez nasze Konsorcjum w ofercie założone, co udowodniliśmy przedstawiając na to wymagane dowody w postaci szczegółowych wyliczeń dla każdej z zaoferowanych cen jednostkowych, gdzie każdy wymagany koszt został ujęty w oddzielnej pozycji.

Odwołujący zarzuca nam, iż nie przedstawiliśmy wiarygodnych dowodów „potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu umowy zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, w szczególności potwierdzających w ogóle możliwość korzystania z dofinansowania do pracowników niepełnosprawnych z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych – dokumentem takim mogą być np. comiesięczna informacja z PFRON odnośnie przysługującego dofinansowania”. Zamawiający nie żądał od nas tego typu informacji, a przedstawione przez nas założenia dotyczące dofinansowań z PFRON uznał za wystarczające. Warto dodać, że nie pominęliśmy również aspektu dotyczącego dodatkowych 10 dni urlopu dla pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, zawarliśmy go w naszych kalkulacjach (dowód nr 2). Odwołujący próbuje budować w swoich wyliczeniach fikcję, poprzez wykazywanie rzekomych niezgodności poszczególnych elementów (choćby realny poziom dofinansowań z PFRON) ze złożoną przez nas ofertą (wskazując potencjalną stratę), a sam powołuje się w swoich wyjaśnieniach w znacznie większym stopniu na dofinansowania z PFRON (nie znając dokładnie specyfiki kontraktu oraz nie mając jeszcze zatrudnionych tylko do tego zamówienia pracowników), tj. w kwocie 518400,00 zł netto (dowód nr 6):

**Tabela kalkulacyjna kosztów realizacji umowy**

Nazwa pozycji	Kwota
Przychód łączny z tytułu realizacji przedmiotu umowy	6 909 168,32
Dofinansowanie z PFRON	518 400,00 zł (12 etatów x 1800 zł x 24 miesiące)

*Mamy obecnie zatrudnionych pracowników za których pobieramy dofinansowania z PFRON. Dodatkowo Odwołujący powołuje się na oderwane z kontekstu wyroki KIO nie wskazując przy tym ich szerszego znaczenia dla tej sprawy. Ogranicza się do przy tym do lakonicznych i bezpodstawnych twierdzeń i zarzutów oraz budowania fikcji poprzez błędne obliczenia mające pokazać rzekomą stratę finansową naszego Konsorcjum podczas realizacji zamówienia. Jako podmiot ubiegający się o jego udzielenie mamy przecież zamiar osiągnąć zysk, a nie ponosić stratę.*

#### **PODSUMOWANIE**

*Założyliśmy w naszej ofercie wszystkie potrzebne i prawem wymagane koszty o których mowa w SWZ. Wypełniliśmy również wszelkie przesłanki do wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny o których mowa w ustawie Pzp (art.224 ust.3) dla tego typu usługi. Wykazujemy zadowalający nas zysk. Założone zostały wszystkie koszty, które szczegółowo opisaliśmy w wyliczeniach i przesłanych Zamawiającemu kalkulacjach, gdzie zawarte są dowody w postaci szczegółowych wyliczeń (zgodne z obowiązującymi przepisami prawa). Na tej podstawie Zamawiający mógł stwierdzić, iż nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nasze założenia dotyczące kosztów pracowniczych zostały oparte o zatrudnienie pracowników w ramach umów o pracę (zgodnie z Kodeksem Pracy). Wyjaśnienia i szczegółowe wyliczenia (które zawierają szereg dowodów) potwierdzają, iż zaoferowana cena brutto uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty jakie poniesiemy z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób profesjonalny, w okresie realizacji umowy. Zaoferowana przez Konsorcjum cena ofertowa daje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ, opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy bez łamania obowiązujących przepisów prawa. Jak pokazujemy posiadamy cały niezbędny sprzęt i wyposażenie, co jest rzeczywiście wyjątkowo korzystnym czynnikiem, na którego potwierdzenie przedstawiamy realne argumenty (realizujemy umowę z Zamawiającym w tym samym zakresie którego dotyczy postępowanie). Oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym samym nie podlega odrzuceniu pod tym zarzutem, a wartość oferty jest prawidłowo skalkulowana zgodnie z realiami rynkowymi branży której dotyczy*

*zamówienie. Warto również zaznaczyć, iż wartość oferty Odwołującego była wyższa jedynie o 0,4% co potwierdza, iż oferty były skalkulowane na podobnym poziomie, a Odwołujący wnosi mimo wszystko o stwierdzenie rzekomo rażąco niskiej ceny u Przystępującego. Odwołanie jest naszym zdaniem bezzasadne, wnosimy o jego oddalenie.”*

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 24/04/23** wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał: (...)

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy (...), (zwanej dalej 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. Powyższy przepis z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia je od wystąpienia określonych podejrzeń u zamawiającego. W sytuacji zatem, jeśli brak jest przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisu, który nakłada na niego obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność taka jest kwestią całkowicie oceną, suwerenną decyzją zamawiającego, uzależnioną od jego wiedzy i doświadczenia w zakresie kosztów świadczenia podobnych usług, dostaw czy robót budowlanych na danym rynku i w danej sytuacji, jak również wynikającą z wiedzy i doświadczenia samego zamawiającego. Użyte w art. 224 ust. 1 Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości” oznacza, że wystarczy subiektywne przekonanie zamawiającego, że realizacja zamówienia jest niemożliwa przy podanej cenie lub jego realizacja może być wykonana w sposób nierzetelny. W przedmiotowej sprawie Zamawiający na początkowym etapie badania i oceny ofert nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do realności zadeklarowanej ceny. Przede wszystkim dlatego, że zaoferowana cena była jedynie o 10,71 % niższa od wartości szacunkowej. Pewne wątpliwości pojawiły się po otrzymaniu w dniu 28 lutego 2023 r. pisma Odwołującego, w którym zarzucił, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest nierealna. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Zamawiający musi bowiem działać z poszanowaniem wynikających z art. 16 ust. 1 Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Tym samym Zamawiający nie chcąc ignorować wątpliwości/zastrzeżeń w tym zakresie wezwał zarówno Odwołującego, jak i



Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a na dalszym etapie postępowania do wyjaśnienia niejasności, które pojawiły się na tle złożonych wcześniej wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego zaniechanie dokonania tej czynności mogłoby narazić go na zarzuty naruszenia ww. zasad.

Zarzuty Odwołującego, jakoby wyjaśnienia Przystępującego w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób i mienia były wyłącznie gołosłownymi deklaracjami i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, a ponadto że Zamawiający nie miał obowiązku występować do Wykonawcy z wnioskiem o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień, gdyż te złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były nierzetelnie przygotowane, należy uznać za całkowicie bezzasadne. Przepis art. 224 ust. 1 Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dopuszczalne jest zatem powtórne wezwanie, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Na możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień wskazują także opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r., oraz orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r., V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazywały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest także kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości (np. wyrok (...) KIO 1143/15 oraz wyrok (...) KIO 150/16).

Zamawiający był uprawniony do skierowania ponownego wezwania zarówno do Odwołującego, jak i Przystępującego. Wyjaśnienia Przystępującego były jak najbardziej rzetelne, konkretne, a co istotne zawierały szczegółową kalkulację kosztów realizacji usługi, na podstawie której Zamawiający miał możliwość weryfikacji prawidłowości złożonej oferty. Dodatkowo wskazał na wyroki KIO 476/11 podnosząc: „Poziom szczegółowości wyjaśnień Przystępującego nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji, jak chciałby tego Odwołujący. Zauważyc bowiem należy, iż ustawodawca w tym względzie nie postawił żadnych wymogów.

Izba stoi na stanowisku, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego pozwala na dokonanie oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. Ponadto, skoro wyjaśnienia te są weryfikowalne dla Zamawiającego, to tym bardziej ich ocena nie powinna sprawiać problemów profesjonalnemu wykonawcy, działającemu w analizowanym segmencie rynku.” Ponadto (co zdaniem zamawiającego niezwykle istotne w kontekście przedmiotowej sprawy): „Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki rażąco niskiej ceny tj. czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych.”

Okoliczność, że Przystępujący nie przedłożył dowodów na poparcie swoich wyjaśnień nie zmienia oceny Zamawiającego, że jego oferta nie jest rażąco niska. Ustawodawca wprowadzając procedurę wyjaśnień daje prymat oświadczeniu wykonawcy, a nie dowodom. Należy mieć także na uwadze, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi ochrony, której głównym elementem kosztotwórczym są wynagrodzenia pracowników. Przystępujący w wyjaśnieniach skalkulował kwotę wynikającą z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. W związku z tym przedkładanie dowodów na tę okoliczność jest co najmniej zbędne, skoro wynika ono z aktów prawa powszechnie obowiązującego, a tym samym łatwo je zweryfikować. Na pozostałe koszty – jak wynika z wyjaśnień Przystępującego – założył on w kalkulacji pewien margines kosztów w postaci rezerwy finansowej, a ponadto potwierdził w swoich uzupełnionych wyjaśnieniach, że skalkulowana cena zawiera wszystkie niezbędne koszty realizacji usługi. Obowiązkiem wykonawcy jest to, aby w odpowiedzi na wezwanie udzielić wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty było nieuzasadnione. Dopiero analiza Zamawiającego i jego obiektywne przekonanie, że cena jest rażąco niska daje podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Wskazał na wyrok KIO 2615/14 podnosząc: „Odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę.”

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w ocenie Zamawiającego wiarygodnie potwierdzały, że zaoferowana cena jest kwotą realną i wykonanie usługi odbędzie się zgodnie z umową. Zamawiający nie miał w tym względzie wątpliwości. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych. To cena, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a przez to nierzetelna, niedokładna lub nieuczciwa. To po prostu cena, która nie występuje na rynku. Punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim wartość przedmiotu zamówienia, zaoferowane przez konkurencję ceny oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego. W wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (XIX Ga 128/08) określono, że: *„cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W konkluzji podał, że w tej sprawie aż 7 spośród 9 ofert złożonych w postępowaniu miało zbliżoną cenę. Pomiędzy ceną Odwołującego, a Przystępującego występuje różnica jedynie o kwotę 3186,60 zł. Jest ona zatem marginalna. To dowodzi w ocenie Zamawiającego, że oferta Przystępującego jest jak najbardziej ofertą rynkową, porównywalną do warunków świadczenia tego typu usług przez innych wykonawców. Zamawiający nie miał zatem zasadnych podstaw, aby kwestionować realność zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a co za tym idzie, odrzucić jego ofertę i dokonać wyboru oferty Odwołującego.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut dokonania wyboru oferty Przystępującego wykonawcy (Konsorcjum Z.) jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Odwołującego ta oferta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że podana w ofercie cena jest *rażąco niska i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie kosztów realizacji usługi, co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych*. Wskazał także na naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz jej art. 239 z uwagi na zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – „Świadczenie stałej, całodobowej usługi ochrony osób i mienia w obiektach UCK WUM” – złożono 9 ofert z których 7 – jak podkreślał Zamawiający - miało zbliżoną cenę. Różnica pomiędzy ceną Odwołującego, a Przystępującego – na co również wskazywał Zamawiający – stanowi kwotę 3.186,60 zł. Zatem – jak zwracał z kolei uwagę Przystępujący - *wartość oferty Odwołującego, w tym stanie faktycznym była wyższa jedynie o 0,4%*. Nie wątpliwie taka różnica w cenach ofert jest marginalna, albowiem to postępowanie dotyczy wielomilionowego kontraktu. Jak wskazał Zamawiający w Protokole (ZP-PN) w punkcie 3: Wartość zamówienia stanowi kwotę: (...) 7 735 192,98 zł, co stanowi równowartość 1 736 840,53 euro”. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 514 287,36 zł. Z kolei z informacji z otwarcia ofert wynika, że złożono oferty z cenami brutto:

1	MONSTER-GROUP Sp. z o.o. (...)	Cena	7 285 776,49 zł
2	DGP Security Partner Sp. z o.o. (...)	Cena	8 624 832,42 zł
3	IMPEL Security Solutions Sp. z o.o. (...)	Cena	8 571 150,89 zł
4	EKOTRADE Sp. z o.o. (...)	Cena	8 874 541,17 zł
5	Sky One Sp. z o.o. (...)	Cena	10 259 136,77 zł
6	AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA Z. Sp. z o.o. (...)	Cena	8 495 090,45 zł
7	MAXUS Sp. z o.o. (...)	Cena	8 498 277,05 zł
8	SERIS KONSALNET OCHRONA sp. z o.o. (...)	Cena	8 848 505,46 zł
9	STEKOP SA (...)	Cena	9 474 789,97 zł

Z powyższych ustaleń wynika również, że zaoferowana cena przez Konsorcjum Z. jest o 10,71 % niższa od wartości szacunkowej. Natomiast skierowanie do Przystępującego wezwania na podstawie art. 224 ust.1 ustawy Pzp (w konsekwencji podobne wezwanie do Odwołującego) zostało wywołane - jak wynika z ustaleń - wątpliwościami nie Zamawiającego ale Odwołującego jakie ten podniósł w piśmie z dnia 28/02/2023. W tym przypadku – jak oświadczył Zamawiający - na początkowym etapie badania i oceny ofert nie miał jakichkolwiek wątpliwości, co do realności zadeklarowanej ceny, jednakże uwzględniając wynikające z art. 16 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i (...) *nie chcąc ignorować wątpliwości/zastrzeżeń w tym zakresie wezwał zarówno Odwołującego, jak i*

*Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a na dalszym etapie postępowania do wyjaśnienia niejasności, które pojawiły się na tle złożonych wcześniej wyjaśnień”.*

W wezwaniu skierowanym do Przystępującego z dnia 1/03/23 podano w szczególności:

*(...) w celu ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. W toku badania oferty Zamawiający stwierdził, że cena Państwa oferty w wysokości 8 495 090,45 zł brutto w odniesieniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. kwoty 9 514 287,37 zł jest niższa o 10,71%. W konsekwencji powyższego z uwagi na treść art. 224 ust. 1 Ustawy, specyfikę zamówienia oraz wymagania wynikające z przepisów dot. kosztów pracy, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207), Zamawiający ustala czy zaoferowana cena, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W związku z powyższym w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym poprzez złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług;*
- 2) wyjątkowo korzystnych warunków usług,*
- 3) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*Ponadto Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena została skalkulowana rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosi o szczegółową wycenę wszystkich elementów, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji niniejszego zamówienia. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia. W przypadku gdy Wykonawca w wyżej określonym terminie nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy.”*

W odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 7/03/23 Przystępujący podał w szczególności:

*(...) Wycena oferty przedstawionej przez Wykonawcę została sporządzona w sposób rzetelny oraz dokładny na podstawie szczegółowej analizy aspektów technicznych, ekonomicznych i organizacyjnych dla realizacji przedmiotowego zadania, w oparciu o wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, zgromadzone ww. toku innych, podobnych realizacji. Wykonawca w sposób prawidłowy ocenił rzeczywiste koszty realizacji. Wykonawca posiada pełne doświadczenie tj. tak w zakresie przygotowania oferty, jak i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób nie zauważyć, iż celem wprowadzenia mechanizmu kontroli ceny rażąco niskiej jest ochrona zamawiającego przed wykonawcami, którzy celowo lub wskutek lekkomyślności zaoferowałyby cenę, za którą nie sposób wykonać zamówienie publiczne, narażając tym samym Zamawiającego na niezaspokojenie określonej potrzeby, dla której uruchomione zostało dane postępowanie”. Wskazując ponadto na wartości złożonych ofert, podał, że osiem (w tym jego oferta) wykazuje wartość usługi brutto poniżej wartości szacunkowej Zamawiającego. Dalej wskazał na procentowe odniesienie do tego szacunku, co jego zdaniem (...) też jest odnośnikiem czy (...) cena jest zbliżona do ceny rynkowej za wykonanie usługi, czy jest realna, skalkulowana rzetelnie i pozwala na realizację zamówienia zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ”. W punktach kolejno wskazał (...)*

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

Na oszczędność zarządzania procesem świadczonych usług wpływ ma fakt, iż Wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych usług na terenie Warszawy. Wykwalifikowana kadra Wykonawcy, posiadająca wieloletnie doświadczenie w pracy na tym rynku od roku 2007, pozwala na zoptymalizowanie procesu zatrudniania nowych pracowników, oraz umożliwia efektywne wykorzystywanie czasu pracy. Na dowód przedstawiamy w załączeniu kopię posiadanych certyfikatów zarządzania normą jakości ISO 9001:2005.

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

Wykonawca posiada status średniego przedsiębiorstwa co pozwala uzyskiwać wyjątkowo korzystne, warunki u dostawców usług i materiałów. W zakresie uzyskiwanych rabatów Wykonawca korzysta ze stałych źródeł zaopatrzenia realizując duże wolumeny zakupów tak towarów jak i usług. Każda z tych przesłanek stanowi podstawę do rabatu od ceny ofertowej sprzedawcy. Oświadczamy, że w wyniku zakończenia kilku poprzednich umów, przegrania w kilku postępowaniach przetargowych, możemy zaproponować niższe stawki z uwagi na fakt posiadania amortyzowanych, niezbędnych do wykonania kolejnej umowy materiałów np. umundurowania pracowników, samochodów, środków łączności itp.

3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy (...) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

Cena przedstawiona w ofercie uwzględnia kalkulację kosztów pracy nie niższych od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dz. U. z 2020 r. poz. 2207. Ponadto oświadczamy, że pracownicy zatrudnieni w naszej firmie nie przystąpili do PPK”.

Dalej podał: „Zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę, przy zatrudnieniu pracowników zgodnie ze specyfikacją Zamawiającego. Potwierdzenie uwzględnienia pełnego kosztu zatrudnienia i innych kosztów, zawiera załączona kalkulacja. Przedkładamy naszą kalkulację cenową w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto za wykonanie ww. zamówienia publicznego. Wobec przedstawionych wyliczeń nie może być wątpliwości, iż Wykonawca osiągnie zysk” . A we wnioskach końcowych stwierdził: (...) W świetle przedstawionych argumentów oraz dowodów załączonych do niniejszego pisma nie ulega wątpliwości, iż złożona przez Wykonawcę oferta ma swoje uzasadnienie ekonomiczne oraz gospodarcze, jest realna i gwarantuje wykonanie

zamówienia publicznego w sposób należyty odpowiadający zapisom specyfikacji warunków zamówienia. Tym samym nie jest to cena rażąco niska w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca wyraża nadzieję, iż przedstawione wyjaśnienia w sposób wyczerpujący rozwiały wątpliwości Zamawiającego w zakresie podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej w ofercie Wykonawcy. Do niniejszego pisma załączam załączniki

Załącznik nr 1 – Kalkulator kosztów płacowych 4 strony – załącznik poufny -zastrzeżony  
Załączniki nr 2 ISO 3 szt. Załącznik nr 3 Zestawienie z otwarcia ofert

Załącznik nr 1 Kalkulator kosztów płacowych 4 strony, ma wartość gospodarczą i zawiera dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te są danymi poufnymi, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Dostęp do tych danych mają wyłącznie Główna Księgowa, St. Specjalista ds. Kadr i Płac oraz Zarząd Spółki. Dokumentacja jest zamknięta w metalowym sejfie i nie mają do niej dostępu pracownicy firmy. Dlatego, żądamy nieudostępniania Załącznika nr 1 Kalkulator kosztów płacowych 4 strony osobom trzecim. Powyższe potwierdza, że w niniejszej sprawie spełnione są przesłanki uzasadniające objęcie załącznika nr 1 – załącznik poufny zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co rodzi po stronie Zamawiającego zakaz ujawniania załącznika nr 1 podmiotom trzecim, w szczególności konkurencyjnym Wykonawcom.”

W piśmie z dnia 28/03/23 Zamawiający skierował ponownie wezwanie do Przystępującego (także do Odwołującego) wskazując:

(...) W związku z decyzją Zamawiającego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, po ponownej analizie oferty oraz złożonych w związku z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnień, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy (...) wzywa do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. 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. (...) Zamawiający wezwał Państwa do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym do złożenia dowodów i wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny i jej realności. Zamawiający nie określił sposobu, w jaki Wykonawca ma zaprezentować ww. dane. Przedstawione przez Państwa wyjaśnienia, wskazujące na sposób wyliczenia stawki za roboczogodzinę dwóch kategorii pracowników,



zostały opracowane w sposób staranny, były merytoryczne oraz odpowiadały treści wezwania. Tym niemniej, ponownie oceniając złożone wyjaśnienia, wzbudziły one pewne wątpliwości Zamawiającego i wymagają w jego ocenie doszczegółowienia. W konsekwencji powyższego, mając na celu zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy przy dokonywaniu kalkulacji oferty wyliczyli Państwo i uwzględnili w swojej ofercie (a jeśli tak, to w której pozycji i w jakiej wysokości) koszty wymaganych w dokumentach zamówienia:

- a) usług Patrołu Interwencyjnego,
- b) usług konwoju gotówki,
- c) zakupu i zamontowania systemu kontroli obchodu pracowników ochrony oraz usług udostępniania Zamawiającemu raportów dobowych przeprowadzonych obchodów oraz wykazu interwencji lub nieprawidłowości dostrzeżonych w ciągu dyżuru,
- d) badań lekarskich pracowników,
- e) zakupu książek raportów z przebiegu służby (materiałów biurowych) oraz latarek.

Zamawiający wnosi o wyjaśnienie, czy zakładają Państwo, że wszyscy pracownicy związani z realizacją umowy będą otrzymywać minimalne wynagrodzenie za pracę, czy przewidują Państwo wyższe wynagrodzenie dla pewnych kategorii pracowników (w szczególności osoby odpowiedzialnej za nadzór nad realizacją umowy ze strony Wykonawcy). Zamawiający wnosi także o przedstawienie zestawienia przyjętych do obliczenia zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia (przez okres 24 miesięcy) kosztów, w którym wykazane zostaną koszty wynagrodzenia poszczególnych kategorii pracowników oraz pozostałe przyjęte do wyceny koszty (np. koszty obsługi administracyjno-księgowej). Ponadto w celu wykazania realności ceny, prosimy o wskazanie przewidywanego (globalnego) zysku do osiągnięcia w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia”.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 31/03/23 podał w szczególności:

(...) Przy dokonywaniu kalkulacji oferty wliczyliśmy i uwzględniliśmy w naszej ofercie niżej wymienione elementy: a) usługi patrolu interwencyjnego, b) usługi konwoju gotówki, c) zakup i zamontowanie systemu kontroli obchodu pracowników ochrony oraz usług udostępniania Zamawiającemu raportów dobowych przeprowadzonych obchodów oraz wykazu interwencji lub nieprawidłowości dostrzeżonych w ciągu dyżuru, d) badania lekarskie pracowników, e) zakup książek raportów z przebiegu służby (materiałów biurowych) oraz latarek. Poniżej opisujemy wyżej wymienione elementy w adnotacji do poszczególnych punktów:

- Adnotacja pkt a): Posiadamy obecnie własne patrole interwencyjne potrzebne do realizacji zamówienia. Koszt funkcjonowania patroli interwencyjnych Konsorcjum pokrywa poprzez realizację dużej ilości kontraktów/umów z innymi Klientami/Zamawiającymi. Przewidywany koszt patroli wyłącznie dla tego zamówienia w wysokości 100,00 zł netto miesięcznie, został

on ujęty w kosztach administracyjnych i rezerwie finansowej w załączonej kalkulacji cenowej wysłanej Zamawiającemu w dniu 06.03.2023r. w celu Wyjaśnienia RNC . Jest to element dodany naszego Konsorcjum, dzięki dużej skali naszej działalności, doświadczeniu oraz znajomości specyfiki rynku jesteśmy w stanie obniżyć niektóre koszty, przez co z kolei możemy oferować łącznie niższe ceny ofertowe stając się przy tym bardziej konkurencyjni na rynku usług ochrony. Jak widać koszt ten został przez nas przewidziany i założony w przesłanych Zamawiającemu 06.03.2023r. kalkulacjach dla jednej roboczogodziny.

- Adnotacja pkt b): Usługę konwoju realizuje kadra nadzorcza w ramach posiadanych zasobów sprzętowych (odpowiednie auto) zgodnych z wymogami zawartymi w SWZ odpowiednich co do wartości jednego konwoju (do 1 jednostki obliczeniowej). Koszt ten został przez nas przewidziany i założony w przesłanych Zamawiającemu w dniu 06.03.2023r. kalkulacjach dla jednej roboczogodziny w pozycji koszty administracyjne i rezerwa finansowa. Założyliśmy na ten cel miesięcznie kwotę 120,00 złotych netto.

- Adnotacja pkt c): Z racji tego, że realizujemy obecnie umowę z Zamawiającym posiadamy już system kontroli obchodu pracowników ochrony. Nie musimy po raz kolejny ponosić tego kosztu. Usługę udostępniania Zamawiającemu raportów dobowych przeprowadzonych obchodów oraz wykazu interwencji lub nieprawidłowości dostrzeżonych w ciągu dyżuru realizuje osoba nadzorująca umowę w ramach posiadanego wyposażenia pracowniczego niezbędnego do realizacji takich zadań. Jest to powszechnie stosowana praktyka na rynku usług ochrony.

- Adnotacja pkt d): Realizujemy obecnie umowę z Zamawiającym, w związku z tym pracownicy posiadają już aktualne badania lekarskie. Nie musimy ponosić więc pełnego kosztu badań lekarskich dla wszystkich pracowników tak jak inni Wykonawcy. Zakładamy jednak, że przez okres realizacji będziemy potrzebowali przeprowadzenia 12 badań dla nowych i obecnych pracowników. Koszt badań to 200,00 zł netto x 12 badań, tj. 2400 zł netto/24 miesięcy = 100,00 zł netto miesięcznie do kosztów umieszczonych w tzw. rezerwie finansowej. Powyższe założyliśmy w naszych kalkulacjach przesłanych Zamawiającemu 06.03.2023r.

- Adnotacja pkt e): Tak jak wyżej wspomnieliśmy realizujemy obecnie umowę z Zamawiającym i posiadamy duży zapas książek raportów z przebiegu służby (niezbędne materiały biurowe) oraz wyposażyliśmy już pracowników w latarki. Nie musieliśmy ponosić po raz kolejny kosztu zakupu. Dodatkowo oświadczam, że posiadamy duży zapas takiego wyposażenia na stanie magazynowym.

Wszyscy pracownicy realizujący zamówienie będą otrzymywać minimalne wynagrodzenie za pracę zgodnie z Rozporządzeniem dotyczącym minimalnego wynagrodzenia o którym mowa w SWZ. Obecnie realizujemy umowę z Zamawiającym i dysponujemy odpowiednią kadrą pracowników, która realizuje zadania na podstawie minimalnego wynagrodzenia za

pracę. Jest to element dodatni dla naszego Konsorcjum, gdyż potrafiliśmy znaleźć odpowiednią kadrę pracowniczą, która będzie wykonywać zadania za minimalne wynagrodzenie za pracę. Wynagrodzenie jakie będzie otrzymywała osoba odpowiedzialna za nadzór nad realizacją umowy, tzw. Kierownik/Inspektor nadzoru będzie wynosić 3490,00 zł brutto w pierwszym półroczu 2023 roku oraz 3600,00 zł brutto w drugim półroczu 2023 roku w ramach zatrudnienia na umowę o pracę zgodnie z Kodeksem Pracy. Jest to dla nas element dodatni, gdyż w ramach minimalnego wynagrodzenia jesteśmy w stanie zapewnić nadzór na odpowiednio wysokim poziomie. Osoba wykonująca nadzór nad realizacją umowy jest już wyposażona m.in. w odpowiedni samochód służbowy, laptop, telefon komórkowy (wraz z abonamentem telefonicznym i internetowym) które to stanowią już naszą własność. Koszt miesięczny paliwa dla osoby nadzorującej to ok.1000 zł. Koszty te jednak nie dotyczą wyłącznie tego zamówienia, gdyż dedykowana osoba nadzoruje również inne nasze obiekty/kontrakty, co jest stosowaną i powszechną praktyką na rynku usług ochrony. Koszty nadzoru dla tego zamówienia mamy więc zmniejszone dzięki dużej ilości kontraktów. Możemy rozdysponować koszt Kierownika (nadzoru dla tego zamówienia) na ok. 20 innych obiektach. Przyjęty miesięczny koszt nadzoru dla tego zamówienia to 350,00 zł netto, został on ujęty w kosztach "administracyjno- księgowych" umieszczonych w każdej z przedstawionych przez nas kalkulacji wysłanej 06.03.2023r. Zamawiającemu.

Wykazujemy na ten moment globalny i zadowalający nas zysk z całości realizacji zamówienia w wysokości 14958,42 zł netto. Dochodzą do tego elementy marketingowe związane z naszą obecnością na obiektach Zamawiającego pozwalające na jeszcze większą rozpoznawalność na rynku usług ochrony. Szeroko pojęte usługi ochrony wykazują się niską "marżowością", jednak z racji dużej ilości kontrahentów pozwala nam to na wypracowywanie zadowalających nas zysków z całości realizowanej działalności gospodarczej. W poprzednich wyjaśnieniach wysłanych 06.03.2023r. przedstawiliśmy Zamawiającemu kalkulacje dla 1 roboczogodziny netto dla pracownika pełnosprawnego i niepełnosprawnego za okres do końca pierwszego półrocza 2023 roku (3 miesiące realizacji) oraz od drugiego półrocza 2023 roku (21 miesięcy realizacji). Kalkulacja dla pracownika pełnosprawnego dla I półrocza 2023 roku wynosi 28,76 zł netto za 1 roboczogodzinę, natomiast dla II półrocza 2023 roku wynosi 29,67 zł netto, uśredniając więc dla okresu 24 miesięcy jest to wartość 29,56 zł netto za 1 roboczogodzinę (pracownik pełnosprawny). Z kolei kalkulacja dla pracownika niepełnosprawnego dla I i II półrocza 2023 roku wynosi 23,20 zł netto. Przedstawiamy podsumowanie z tych właśnie elementów oraz na podstawie ilości roboczogodzin potrzebnych do realizacji zamówienia w podziale na pracowników pełnosprawnych (zaferowana stawka 29,56 zł netto za 1 roboczogodzinę) i niepełnosprawnych (zaferowana stawka 23,20 zł netto za 1 roboczogodzinę)". Dalej przedstawił kalkulacje w podziale na pracowników pełnosprawnych i niepełnosprawnych z

uwzględnieniem łącznej liczby roboczogodzin w podziale na I i II półrocze 2023 r. wskazując, że: (...) koszty pracownicze wynoszą łącznie: 1. 6 871 392,23 zł netto. (...) 2. zysk: 14958,42 zł netto (prognozowany dla niniejszych wyliczeń i założeń ....). 3. koszty administracyjno- księgowo i rezerwa finansowa: 20 226,95 zł netto. Łącznie poz.1,2,3 cena: 6 906 577,60 zł netto, czyli 8 495 090,45 zł brutto (zgodnie z zaoferowaną wartością ofertową). (...) Dalej podał: (...) Powyższe wyjaśnienia pokazują proces zarządzania świadczonymi przez nas usługami, wybrane rozwiązania techniczne i organizacyjne. Wskazujemy przy tym wyjątkowo korzystne warunki realizacji tej usługi, gdyż obecnie wykonujemy umowę w tym samym zakresie z Zamawiającym i nie musimy pokrywać części kosztów. Znamy przy tym specyfikę realizacji zamówienia oraz wszelkie zagrożenia, które łączą się z realizacją. Złożone uprzednio 06.03.2023r. jak i w niniejszym piśmie wyjaśnienia wyczerpują naszym zdaniem wszystkie przesłanki o których mowa w art.224 ust.3 ustawy Pzp dot. wyjaśnień dla usługi ochrony których dotyczy przedmiotowe postępowanie. Udowodniliśmy, zarówno na podstawie kalkulacji jak w przesłanych wyjaśnieniach, iż założyliśmy w zaoferowanej cenie wszelkie wymagane elementy cenotwórcze dla tego typu usługi. Potwierdzamy tym samym, iż zaoferowana cena ofertowa jest ceną rynkową i nie jest rażąco niska. Poprawność złożonej przez nas wyceny ofertowej potwierdzają również inne złożone przez Wykonawców w tym postępowaniu oferty (...).

Zgodnie z art. 224 ust.1 ustawy Pzp:

1. 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”.

Z kolei ust.2 i 3 tego przepisu stanowi: (...)

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Ze stanu faktycznego sprawy (wskazanego powyżej) wynika, że powodem skierowanego wezwania na podstawie art. 224 ust.1 Pzp nie były wątpliwości Zamawiającego, ale zastrzeżenia (wątpliwości) Odwołującego, co do ceny oferty Przystępującego. Jednakże skierowanie takiego wyjaśnienia do wykonawcy *a priori* (uwzględniając także intencje Zamawiającego) nie narusza przepisów Pzp, tym bardziej, że to wezwanie ani kolejne (w uzupełnieniu) nie było przez wykonawców kwestionowane. Taki zarzut nie został również sformułowany w odwołaniu i tylko w argumentacji Odwołujący negatywnie odnosił się do tej okoliczności. Z tego powodu Izba zwraca uwagę na regułę wynikającą z art. 555 ustawy Pzp w myśl której: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Co do kolejnego wezwania – aczkolwiek tylko na marginesie Izba może stwierdzić - powołane przez Zamawiającego jak i Przystępującego wykonawcę orzecznictwo wskazuje na możliwość ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Przykładowo takie kolejne wezwania w ramach tej procedury może dotyczyć żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, co jest uzasadnione w przypadku m.in. rzetelnego (a nie lakonicznego czy wręcz niekompletnego) udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie.

Rozpoznając zarzut dokonania wyboru oferty Konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że ten zarzut nie podlega uwzględnieniu. Odwołujący nie wykazał, że ta oferta podlega odrzuceniu

z uwagi na to, że podana w ofercie cena jest *rażąco niska i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie kosztów realizacji usługi, co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych.*

Przystępujący, tak jak ustaliła Izba, wykazał, że cena podana w jego ofercie jest ceną rynkową porównywalną do warunków świadczenia tego typu usług przez innych wykonawców. Zamawiający, zdaniem Izby, nie miał podstaw, aby kwestionować (nawet wezwaniami) realność zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a tym samym odrzucić jego ofertę i dokonać wyboru oferty Odwołującego. Izba nie znalazła ponadto podstaw do kwestionowania obliczeń Przystępującego związanych z liczbą godzin pracy w godzinach nocnych dla jednego etatu. Tak jak wskazał Przystępujący - wartość 56 rbh została ustalona z uwzględnieniem 24 godzinnych dyżurów, (dla jednego etatu 168 rbh), „*co stanowi 7 dyżurów w miesiącu, gdzie w ramach jednego dyżuru 8 godzin są to godziny nocne (8 rbh x 7 dyżurów, tj. 56 roboczogodzin)*”.

Izba także nie mogła podzielić stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób i mienia są wyłącznie gołosłownymi deklaracjami nie popartymi jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami. Zarówno pierwsze jak i drugie wyjaśnienia zawierają konkretne informacje, nie podważone w odwołaniu – pomimo ich kwestionowania - co do ich rzetelności. Także te wyjaśnienia zostały poparte stosownymi dowodami adekwatnie do tej sprawy.

Wskazując także na doktrynę i orzecznictwo Izba stwierdza, że *rażąco niska* cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a przez to nierzetelna, niedokładna lub nieuczciwa. W niniejszej sprawie (jak wskazywał Zamawiający i o czym mowa powyżej) aż 7 spośród 9 ofert złożonych w postępowaniu miało zbliżoną cenę. Pomędzy ceną Odwołującego, a Przystępującego występuje różnica w tym wielomilionowym kontrakcie o kwotę 3.186,60 zł. Tym samym wskazywana w odwołaniu różnica jest marginalna. Ponadto kwestionowana cena jest porównywalna do warunków świadczenia przez innych wykonawców i Konsorcjum Z. w przedstawianych wraz z wyjaśnieniami kalkulacjach (w tym zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - wyjaśnienia 1) wykazało, że uwzględniają one wymagane koszty, w tym koszty pracownicze, których kalkulacja została oparta – jak podaje w przystąpieniu – „*o zatrudnienie pracowników w ramach umów o pracę (zgodnie z Kodeksem Pracy)*”. A

*„Wyjaśnienia i szczegółowe wyliczenia (które zawierają szereg dowodów) potwierdzają, iż zaoferowana cena brutto uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty jakie poniesiemy z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób profesjonalny, w okresie realizacji umowy”.*

Także te kalkulacje wykazują odpowiedni zysk. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia argumentacji Odwołującego związanej ze stratą finansową Konsorcjum opartą na twierdzeniu braku możliwości uzyskania dofinansowania z PFRON. Przede wszystkim nie jest wymaganiem w tym postępowaniu wykazanie się możliwością uzyskania dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON). Takie wymaganie nie wynika z możliwego zatrudnienia – w zakresie dopuszczonym SWZ – osób niepełnosprawnych. Powoływana jako dowód informacja o zawartym przez Przystępującego - a w zasadzie dwóch wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum – układzie z ZUS interpretowana przez Odwołującego jako skutek zaległości w opłacaniu składek na rzecz ZUS nie dowodzi, że ta okoliczność będzie miała rzeczywisty wpływ na możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON. Z przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w tym wskazywanego na rozprawie art. 26a (1) 3 nie wynika, że taki układ ratalny w każdym przypadku wyklucza prawo do dofinansowania z PFRON do wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników. Z dostępnych opinii – wytycznych - Biura Pełnomocnika Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych (BON) i PEFRON wynika, że możliwe jest uzyskanie takiego dofinansowania do pensji pracowników niepełnosprawnych, o ile pracodawca przed upływem terminu zapłaty składek wystąpi do ZUS z wnioskiem o odroczenie ich płatności.

W konkluzji Izba stwierdza, że tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty, w tym także naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 tej ustawy podlegają oddaleniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz 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) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....