

WYROK

z 17 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie 17 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Silesia Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekotrade Serwis FM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi, przy udziale wykonawcy Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Silesia Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekotrade Serwis FM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Silesia Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekotrade Serwis FM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi kwotę 3 822 zł 32 gr (trzy tysiące osiemset dwadzieścia dwa złote trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia przekraczającej kwotę 750 000 euro pod nazwą: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w budynkach I Oddziału ZUS w Łodzi”, numer: 210000/271/16/2020-ZAP, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-637571.

24 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Silesia Trade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekotrade Serwis FM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez:
 - I. naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny;
 - II. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) z uwagi na nierzetelny charakter wyjaśnień ceny;
 - III. zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na modyfikację pierwotnych wyjaśnień ceny w odpowiedzi na powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny,
2. w konsekwencji - naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty Przystępującego,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazali m.in.:

17 marca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, wskazując jako jego podstawę prawną art. 90 ust. 1 Pzp. Z treści pisma wynikało, że Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty z uwagi na fakt, że zaoferowane przez Przystępującego stawki jednostkowe wynagrodzenia były niższe niż te sugerowane przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, które z kolei obejmowały wyłącznie koszty pracownicze - bez kosztów administracyjnych, umundurowania, środków ochrony, szkoleń, badań, itp. Wobec powyższego, u Zamawiającego zrodziła się wątpliwość czy i w jaki sposób Przystępujący uwzględnił koszty wynagrodzeń pracowników, gwarantujące zatrudnienie zgodnie z przepisami prawa i pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia oraz czy przyjęte założenia pozwalały zrealizować zamówienie bez ryzyka ponoszenia strat w aktualnych realiach rynkowych.

W treści wezwania Zamawiający podkreślił, iż oczekuje złożenia jednoznacznych wyjaśnień, które wskazywałyby na to, że:

1. zaoferowana cena była skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawców na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy) wszystkich osób wykonujących czynności bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, pracowników grup interwencyjnych oraz pracowników realizujących zadania stałego dozoru sygnałów alarmowych (SSWiN); wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczył koordynatorów; Zamawiający nie wyraził zgody, aby usługa realizowana była przez pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności;
2. zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością i z uwzględnieniem aktualnych regulacji prawnych, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
3. zaproponowana cena nie była ceną zaniżoną i niewiarygodną,
4. była możliwość realizacji zamówienia bez ryzyka ponoszenia strat w aktualnych realiach rynkowych.

Zamawiający zażądał złożenia razem z wyjaśnieniami wypełnionych przez wykonawcę Kalkulatorów ceny, podkreślając wyraźnie, że Kalkulatory winny uwzględniać treść złożonej oferty, w tym ilości zaoferowanych pracowników i etatów, na które zostaną zatrudnieni i winny być przedstawione dla każdego obiektu odrębnie.

24 marca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, do których dołączył żądane Kalkulatory. Wynikało z nich, iż Przystępujący przyjął do kalkulacji inną ilość etatów niż wymagana

w dokumentacji postępowania oraz sprzeczną z treścią własnego zobowiązania w formularzu ofertowym.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący uwzględnił w Kalkulatorach dla części obiektów będących przedmiotem zamówienia:

1. 11,33 etatu zamiast wymaganych w SIWZ i zadeklarowanych w treści oferty 11,5,
2. 1,55 etatu zamiast wymaganych w SIWZ i zadeklarowanych w treści oferty 1,75,
3. 1,33 etatu zamiast wymaganych w SIWZ i zadeklarowanych w treści oferty 4,5.

Przystępujący ponadto nie uwzględnił w Kalkulatorach dla niektórych budynków etatów w wymiarze 4,5 oraz 1,75, a zamiast tego wykazał etaty uśrednione do wartości 1,93.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący zbagatelizował treść wezwania w zakresie zaoferowanej liczby etatów, przy okazji dokonując nielegalnej modyfikacji treści oferty po upływie terminu składania ofert. Ponadto, Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacjach kosztu wzmocnienia ochrony.

Jako brak udzielenia wyjaśnień należało rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu. Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp nie dołożył należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Złożenie nierzetelnych wyjaśnień przez Przystępującego już wówczas skutkowało powinno odrzuceniem jego oferty. Liczba etatów wskazana przez Przystępującego w Kalkulatorach ceny nie odpowiadała wymaganiom dokumentacji postępowania oraz była spreczna z treścią jego własnej oferty.

Mimo powyższego, Zamawiający nie zdecydował o odrzuceniu oferty Przystępującego, lecz 12 kwietnia 2021 r. wystosował powtórne wezwanie do wyjaśnień ceny. W piśmie Zamawiający stwierdził, że Przystępujący nie uwzględnił kosztu godzin wzmocnień. Zamawiający wymagał realizacji wszystkich godzin (wraz z godzinami ewentualnych wzmocnień) przez pracowników ochrony zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę - wobec powyższego przedstawione przez Przystępującego wyliczenia były niepełne. Ponadto Przystępujący uwzględnił ilość pracowników oraz ilość etatów niezgodnie ze złożoną ofertą (Formularzem ofertowym), lecz ich uśrednione wartości.

Dalej Zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie taki sposób sporządzenia kalkulatorów, a tym samym wyjaśnienia ceny oferty nie były prawidłowe i dlatego wezwał do sporządzenia kalkulatorów:

1. dla wszystkich godzin ochrony fizycznej, w tym godzin wzmocnień,
2. dla ilości pracowników i ilości etatów pracowników ochrony fizycznej, zgodnie z danymi z pkt 4.3. Formularza ofertowego.

Z treści wezwania jasno wynika, że Zamawiający uznał za nieprawidłowy sposób w jaki Przystępujący wypełnił Kalkulatory. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia Przystępującego były niepełne (ponieważ nie uwzględniały wzmocnienia ochrony) oraz niezgodne ze złożoną ofertą (gdyż liczba etatów w Kalkulatorach nie odpowiada liczbie etatów w formularzu ofertowym). Już samo powyższe uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że na gruncie orzecznictwa przyjmuje się, że zakazane jest dwukrotne wzywanie do wyjaśnień ceny oferty. Podstawą prawną zakazu kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia były niewystarczające, są art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. Z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku wykazania prawidłowości ceny skutkuje obowiązkiem odrzucenia jego oferty. Dopuszczenie do wielokrotnego wzywania do wyjaśnień mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające.

Udzielając kolejnych wyjaśnień Przystępujący ponownie zignorował treść wezwania Zamawiającego i znów złożył Kalkulatory, które były sprzeczne z wymogami dokumentacji postępowania oraz treścią jego własnej oferty.

Odwołujący wskazał w tabeli załączonej do odwołania, że w poprawionych kalkulatorach Przystępujący wprowadził nieznaczące poprawki w stosunku do pierwotnych kalkulatorów. Kalkulatory po zmianach nadal nie odpowiadały wymogom SIWZ, co do wymaganej ilości etatów.

Mimo jasnej treści wezwania Przystępujący ponownie przedstawił nierzetelne wyjaśnienia, a Zamawiający je zaakceptował, o czym świadczy zakończenie procedury badania ceny oferty i wezwanie tego wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych.

Zdaniem Odwołującego w odpowiedzi na powtórne wezwanie do wyjaśnienia ceny Przystępujący nie uszczegółowił pierwotnych wyjaśnień, lecz złożył całkiem nowe wyjaśnienia. Wykonawca próbował dostosować poszczególne pozycje kosztów do wysokości złożonej oferty. Zmiana wyjaśnień świadczyła o tym, że pierwotne wyjaśnienia były nierzetelne, a zaoferowana cena została skalkulowana nieprofesjonalnie.

8 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający może, jeśli zaistnieje taka potrzeba, żądać doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawców wyjaśnień, co potwierdzało dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych.

W wyjaśnieniach z 24 marca 2021 roku Przystępujący szczegółowo opisał i wyjaśnił elementy składające się na cenę oferty, w tym na stawkę 1 roboczogodziny (rbg) w przypadku pracowników ochrony fizycznej wykazując zysk. Przedstawił także kalkulatory wymagane przez Zamawiającego, w których uwzględnił jednak nie ilość pracowników oraz ilość etatów, zgodnie ze złożoną przez siebie ofertą, ale uśrednione wartości. Wobec powyższego drugie wezwanie Zamawiający wystosował do Przystępującego w celu uzyskania wyjaśnień dla wszystkich godzin ochrony fizycznej, w tym godzin wzmocnień oraz dla ilości pracowników i ilości etatów pracowników ochrony fizycznej, zgodnie z danymi z pkt 4.3. Formularza ofertowego. Ponadto dla obiektów gdzie będzie różny sposób świadczenia usług w różnych okresach czasu (dwa obiekty w Zgierzu) Zamawiający wezwał do sporządzenia dwóch kalkulatorów, odrębnie dla tych okresów (odpowiednio dla okresu 1 sierpnia 2021 r. - 31 grudnia 2021 r. czyli dla 5 miesięcy i dla okresu 1 stycznia 2022 r. - 31 lipca 2024 r. czyli dla 31 miesięcy). W tym przypadku ponowne żądanie wyjaśnień było uzasadnione w świetle wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez Przystępującego na pierwsze wezwanie, bowiem:

- 1) pierwotne wyjaśnienia nie były ogólnikowe i nie zawierały lakonicznych stwierdzeń, a wręcz zdawały się potwierdzać okoliczność, że cena oferty nie jest rażąco niska (kalkulacja była szczegółowa i konkretna oraz zakładała osiągnięcie zysku),
- 2) w niektórych kwestiach wyjaśnienia wymagały uzupełnienia, gdyż Zamawiający niedostatecznie precyzyjnie wyraził swoje oczekiwania w wezwaniu z 17 marca 2021 roku,
- 3) nie można było z góry zakładać nierzetelności wyjaśnień tylko z tego powodu, że Wykonawca przyjął inną niż wyobrażał to sobie Zamawiający metodologię szacowania kosztów przedmiotu zamówienia.

Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień było zatem konsekwencją tego, że niektóre założenia kalkulacyjne nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez Przystępującego i nadal budziły wątpliwości Zamawiającego. Nie doszło zatem do sytuacji, że procedura wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp polegała na kolejno składanych zapytaniach i udzielaniu odpowiedzi przez Przystępującego w tym samym zakresie. Wobec powyższego nieuprawnione było twierdzenie, iż ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i łamania zasady uczciwej konkurencji w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w trakcie oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wziął pod uwagę

indywidualną pozycję Przystępującego na rynku, a także zakres/ilość indywidualnie dobranych składników cenotwórczych, które uwzględnione zostały przez Przystępującego w czasie przygotowania kalkulacji ceny ofertowej (kalkulacji kosztu wykonania przedmiotu zamówienia). Wykonawca w wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2021 roku przesłał szczegółową metodologię szacowania kosztów popartą kalkulatorami, w tym założenia dotyczące istotnych elementów cenotwórczych oferty i ponownie umotywował sposób liczenia przez siebie kosztów oferty. Przystępujący rzeczywiście przedstawił kalkulatory wymagane przez Zamawiającego, w których nadal uwzględnił nie ilość pracowników oraz ilość etatów, zgodnie ze złożoną przez siebie ofertą, ale uśrednione wartości. Jednakże jednocześnie Wykonawca uzasadnił, że podana w pkt 4.3 Formularza oferty wymagana minimalna ilość etatów jest jedynie wielkością wskazaną w celach organizacyjnych, a nie rozliczeniowych. Zarówno bowiem ściśle określona wartość ofertowa godziny świadczenia usługi jak i ilości godzin planowanych i faktycznie przepracowanych stanowiła podstawę rozliczania wartości oferty, co miało podstawowy i jedyny wpływ na koszty, jak i spodziewaną marżę. Obliczenie w kalkulatorach kosztów pracy, posługując się w poz. 2 kalkulatora deklarowaną organizacyjnie ilością etatów, nie byłoby kompatybilne z treścią Formularza cenowego, będącego integralną częścią oferty, ponieważ była ona sumą iloczynów ilości godzin na poszczególnych obiektach wskazanych przez Zamawiającego oraz stawki cenowej roboczogodziny oferowanej przez wykonawcę.

Po analizie wyjaśnień Przystępującego, głównie zawartych na str. 3 i 7, z których jasno wynikało, że przyjęcie ilości etatów jak w Formularzu ofertowym spowodowałoby różnicę (wzrost) w ilości godzin ochrony przez pracowników ochrony fizycznej aż o 8 389 godzin, za które Zamawiający nie zapłaciłby wykonawcy, ilości te nie powinny być brane pod uwagę przy obliczaniu kosztów obciążających Zamawiającego. Koszty te będą przypadły na inne podmioty na rzecz których pracownik będzie wykonywał usługę ochrony w ramach etatowych 168 godzin w miesiącu. Tym samym Zamawiający uznał taki sposób złożenia wyjaśnień i kalkulatorów za wiarygodny i prawidłowy. W wyniku wykonanych wyliczeń sprawdzających, w ocenie Zamawiającego, łączny zysk jaki osiągnie Przystępujący na realizacji kontraktu wynosić będzie jednak nie ok. 89 tys. zł, lecz ok. 36 tys. zł, wliczając w to także ochronę w postaci monitoringu systemów alarmowych. Z uwagi jednak na wykazany zysk na całym kontrakcie (na całej wartości oferty), Zamawiający uznał, że cena oferty Wykonawcy nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, bowiem w ramach zamówienia zostanie wypracowana marża. Jednocześnie Przystępujący ponownie potwierdził i zapewnił, że zgodnie z treścią oferty zatrudni odpowiednią zadeklarowaną ilość pracowników w odpowiedniej zadeklarowanej wysokości etatowej w poszczególnych obiektach.

Powtórne wyjaśnienia Przystępującego faktycznie różniły się od wyjaśnień z 24 marca 2021 roku w zakresie:

1. ilości etatów podanych w poz. 2 kalkulatorów, co związane było z okolicznością, iż nowe kalkulatory odpowiadały wymaganiu wyrażonemu przez Zamawiającego,

aby uwzględnione zostały godziny ochrony planowane do wykonywania w ramach ewentualnego wzmocnienia posterunków. Jak wynikało ze szczegółowych wyliczeń zawartych w wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2021 roku (str. 4 i nast.) uwzględnienie tych godzin pociągało za sobą niewielką korektę (na drugim miejscu po przecinku), co do ilości etatów,

2. ilości etatów podanych w poz. 2 kalkulatorów dla obiektów w Zgierzu, co miało związek z faktem, iż nowe kalkulatory odpowiadały wymaganiu wyrażonemu przez Zamawiającego, aby zostały sporządzone po dwa - odrębnie dla okresów w których w różny sposób będzie wykonywana usługa (odpowiednio dla okresu 1 sierpnia 2021 r. - 31 grudnia 2021 r. czyli dla 5 miesięcy i dla okresu 1 stycznia 2022 r. - 31 lipca 2024 r. czyli dla 31 miesięcy),
3. ilości etatów podanych w poz. 2a kalkulatorów dla obiektów w Łodzi, ul. Zamenhofska 2 i w Brzezinach (poz. 2a dotyczyła liczby pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów w wieku powyżej pewnej granicy) - z uwagi na niewielki zakres tych zmian (w przypadku obiektu na Zamenhofska 2 zmiana to 0,5% a w przypadku obiektu w Brzezinach to 0,25%), Zamawiający uznał, że nie miały one wpływu na ocenę, iż cena oferty była realna i nie nosiła znamion ceny rażąco niskiej, w tym nadal na całym zamówieniu (kontrakcie) wypracowany zostałby zysk (marża) dla Przystępującego,
4. poz. 12 kalkulatora dla obiektu w Kutnie, Łowiczu i Brzezinach (poz. 12 dotyczyła innych kosztów wykonania zamówienia w ujęciu miesięcznym w przeliczeniu na jeden etat, takich jak szkolenia, badania czy inne koszty obsługi zamówienia) - z uwagi na niewielki globalny (sumaryczny dla wszystkich kalkulatorów) zakres tych zmian - suma innych kosztów obsługi zamówienia (wiersz 4 w poz. 12) z pierwszych kalkulatorów to 1 053,50 zł na jeden etat, a z drugich to 982,71 zł czyli różnica wynosiła zaledwie 70,79 zł - oraz jednostkowy np. w przypadku obiektu w Kutnie i Łowiczu to 0,97 zł, Zamawiający uznał, że nie miały one wpływu na ocenę, iż cena oferty jest realna i nie nosiła cech ceny rażąco niskiej.

Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na modyfikację pierwotnych wyjaśnień w wyżej wskazanym zakresie.

Odwołujący postawił zarzut nieprawidłowego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, jednakże swoją argumentację prawną sprowadził do wskazania niedostatecznej treści wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący nie zaprezentował jednak żadnych nowych twierdzeń i dowodów, w szczególności pozwalających uznać przedstawione w wyjaśnieniach stawki, jako nierynkowe i dające podstawę do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez Przystępującego nosiła znamiona rażąco niskiej. W ocenie

Zamawiającego Przystępujący w sposób przekonujący wykazał realność ceny ofertowej (rozwiązał podejrzenie wywołane sugestiami przedstawionymi przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, że zaofiarowane między innymi przez Przystępującego stawki jednostkowe wynagrodzenia były niższe, niż te sugerowane przez Polski Związek Pracodawców Ochrona. Zamawiający nie miał więc podstaw do uznania, iż cena była rażąco niska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp, zwanej dalej: nPzp.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie pod stronie zamawiającego wykonawca Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W postępowaniu oferty złożyli:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MM Service Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszowie, MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - cena 6 163 363,65 zł,

2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security Emporio Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - cena 4 783 231,16 zł,
3. Odwołujący - cena 5 716 350,95 zł,
4. Przystępujący - cena 5 565 085,23 zł,
5. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MJK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matpol Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matpol Grupa Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena 6 554 987,04 zł.

17 marca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień i wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w którego treści wskazał m. in.:

„Złożone wyjaśnienia powinny w szczególności zawierać informacje w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, (...)
- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207),
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,

o ile mają wpływ na cenę oferty (...).

W związku z powyższym należy przedłożyć jednoznaczne wyjaśnienia, które wskazują na to, że:

- zaoferowana cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia, w tym zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawców na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy) wszystkich osób wykonujących czynności bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, pracowników grup interwencyjnych oraz pracowników realizujących zadania stałego dozoru sygnałów alarmowych (SSWiN); wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczy koordynatorów; Zamawiający nie wyraził zgody, aby usługa realizowana była przez pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności; i zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością i z uwzględnieniem aktualnych regulacji

prawnych, w szczególności wskazanej wyżej ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- zaproponowana cena nie jest ceną zaniżoną i niewiarygodną,
- jest możliwość realizacji zamówienia bez ryzyka ponoszenia strat w aktualnych realiach rynkowych.

W ramach składanych wyjaśnień należy wypełnić i przesłać do Zamawiającego wypełnione Kalkulatory, którego wzór przesyłamy w załączeniu do niniejszego pisma. Kalkulatory winny uwzględniać treść złożonej przez Państwa oferty, w tym ilości zaoferowanych pracowników i etatów, na które zostaną zatrudnieni i winny być przedstawione dla każdego obiektu odrębnie.

Zwracamy ponadto uwagę, że zgodnie z wyliczeniem sporządzonym przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, w 2021 r. minimalna stawka godzinowa netto wynosi 23,82 zł, a po uwzględnieniu PPK 24,09 zł. Ww. stawki uwzględniają tylko koszty pracownicze (bez kosztów administracyjnych, umundurowania, środków ochrony, szkoleń, badań itp. itd.). Ww. stawki są wyższe niż podane w Państwa ofercie. Wobec powyższego zrodziła się wątpliwość, czy i w jaki sposób uwzględnili Państwo w Formularzu cenowym koszty wynagrodzeń pracowników, gwarantujące zatrudnienie zgodnie z przepisami prawa i pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia oraz czy przyjęte w ofercie założenia pozwalają realizować zamówienie bez ryzyka ponoszenia strat w aktualnych realiach rynkowych (...).”.

W odpowiedzi, 24 marca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m. in.: „Celem ustalenia ceny ofertowej w zakresie kosztów pracy przyjęto następujące założenia:

- 1) Cena ofertowa Wykonawcy za bezpośrednią stałą ochronę fizyczną 23,34 zł netto w obiektach w Łodzi oraz 22,24 zł netto za roboczogodzinę w pozostałych obiektach.
- 2) Cena ofertowa Wykonawcy na inne usługi (monitoring elektroniczny, działania Grup Interwencyjnych).
- 3) Wymóg zatrudnienia pracowników na umowę o pracę na zasadach Kodeksu pracy.
- 4) Koszt dodatku za pracę w godzinach nocnych 3,33 zł w roboczogodzinie.
- 5) Składki ZUS po stronie pracodawcy wg zestawienia:
 - a) Składka emerytalna 9,76%,
 - b) Składka rentowa 6,5%,
 - c) Składka wypadkowa 0,84% (wg informacji ZUS),
 - d) Składka na FP 2,45% z uwzględnieniem, iż 40% pracowników jest ustawowo zwolnionych ze składek
 - e) Składka na FGŚP 0,1% (patrz lit. d)

- 6) Brak możliwości skierowania do realizacji usługi pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością.
- 7) System pracy - równoważny czas pracy.
- 8) Liczba roboczogodzin łącznie (bez wzmocnienia) 185 987 rbg.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do oferty (formularz cenowy) ceny oferty na poszczególne obiekty wynosiły:

- 1) W Oddziale w Łodzi przy ul. Lipiec Reymontowskich - 1 599 478,53 zł.
- 2) W Oddziale w Łodzi przy ul. Zamenhofa - 1 571 377,17 zł.
- 3) W Oddziale w Łodzi przy ul. Roosevelta - 10 800,00 zł.
- 4) W Inspektoracie w Zgierzu ul. Długa 43 - 260 252,48 + 27 900,00 288 152,48 zł.
- 5) W inspektoracie w Zgierzu ul. Chopina 5 - 260 252,48 + 27 900,00 288 152,48 zł.
- 6) W Inspektoracie w Kutnie ul. Jagiełły 12 - 208 077,44 + 32 400,00 240 477,44 zł.
- 7) W Inspektoracie w Łowiczu ul. Kaliska 8 - 208 077,44 + 32 400,00 240 477,44 zł.
- 8) W Biurze Terenowym w Brzezinach ul. Głowackiego 43 - 178 275,84 + 22 500,00 - 200 775,84 zł.
- 9) W Biurze Terenowym w Łęczycy ul. Zachodnia 8 - 32 400,00 zł.
- 10) Budynek w Łodzi ul. Brzezińska 5/15 - 32 400,00 zł.

Łączna kwota ofertowa netto 4 524 459,54 - 19 968,16 zł (wzmocnienie) - 4 504 491,38 zł.

(...) Ponadto w obiektach w Zgierzu (zarówno w obiekcie przy ul. Długiej, jak i przy ul. Chopina) oraz w Brzezinach, w trakcie trwania umowy (odpowiednio po 5 miesiącach i 11 miesiącach) zmianie ulegnie system i rodzaj sprawowanej ochrony.

Rozliczenie kosztów w okresie 36 miesięcy wymagałoby zatem sporządzenia albo odrębnej kalkulacji dla różnych okresów (z uwagi na inne koszty stałe i uwarunkowania) albo uśrednienie kosztów na cały okres 36 - miesięczny z uwzględnieniem zmian w trakcie realizacji usługi. Wykonawca wybrał drugą opcję, wyliczając średnie w okresie 36 miesięcy zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty dla tych obiektów (wymagane przez Zamawiającego zgodnie z ofertą):

- 1) Zgierz ul. Długa - (4,5 etatu w okresie 5 miesięcy 22,5 etatu) + (1,75 etatu w okresie 31 miesięcy 54,25 etatu) 76,75 etatu: 36 miesięcy 2,13 etatu
- 2) Zgierz ul. Chopina - (4,5 etatu w okresie 5 miesięcy 22,5 etatu) + (1,75 etatu w okresie 31 miesięcy z: 54,25 etatu) 76,75 etatu: 36 miesięcy
- 3) Brzeziny ul. Głowackiego - 4,5 etatu w okresie 11 m-cy 49,5 etatu: 36 m-cy 1,38 etatu.

Po dodaniu etatów z pozostałych obiektów, gdzie organizacja usługi jest stała, tj. 26,5 etatu, łączna ilość etatów średniomiesięcznie wynosić będzie 32,14.

Do powyższego wyliczenia nie została wzięta pod uwagę obsada stacji monitoringu. Na całodobowej stacji monitoringu zatrudnionych jest 5 pracowników w systemie całodobowym na 4,34 etatu przeliczeniowego.

Całodobowa stacja monitoringu nie jest dedykowana wyłącznie do jednej konkretnej umowy. Stacja monitoringu obsługuje łącznie ponad 350 obiektów w ramach umów ochrony fizycznej wraz z monitoringiem oraz ponad 70 obiektów w ramach umów wyłącznie monitoringu. Koszt dla jednego obiektu miesięcznie to ok. 35 zł. miesięcznie dla jednego obiektu.

Należy ponadto stwierdzić, że biorąc pod uwagę normy czasu pracy wynikające bezpośrednio z Kodeksu pracy średniomiesięczny czas pracy w przypadku zatrudnienia pracownika w ramach umowy o pracę w wymiarze 1/1 etatu (pełny etat) wynosi 168 roboczogodzin w miesiącu. Minimalne wynagrodzenie za pracę od stycznia 2021 roku wynosi 2.800,00 zł. brutto. Zakładając wskazany wyżej poziom składek na FUS (18,58%) liczony jako średnia arytmetyczna dla wszystkich zatrudnionych pracowników, koszt pracodawcy to $2.800,00 \text{ zł} + 520,24 \text{ zł} = 3320,24 \text{ zł}$. Koszt jednej roboczogodziny pracy to $19,76 \text{ zł} (3320,24 : 168) (\dots)$.

W wyjaśnieniach Przystępujący ujął również kalkulacje dla poszczególnych obiektów objętych zakresem zamówienia. Ponadto do wyjaśnień - zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego - zostały załączone odpowiednie kalkulatory.

12 kwietnia 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny oferty i wskazał w nim:

„Po ocenie Państwa wyjaśnień w zakresie ceny oferty z dnia 24.03.2021 r. wzywam do złożenia dodatkowych wyjaśnień i kalkulatorów.

Z przedłożonych wyjaśnień i kalkulatorów wynika, że:

- nie uwzględniono godzin wzmocnień - Zamawiający wymagał realizacji wszystkich godzin (wraz z godzinami ewentualnych wzmocnień) przez pracowników ochrony zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę - wobec powyższego przedstawione przez Wykonawcę wyliczenia są niepełne;
- uwzględniono ilość pracowników oraz ilość etatów nie zgodnie ze złożoną ofertą (Formularzem ofertowym) lecz uśrednione wartości.

W ocenie Zamawiającego taki sposób sporządzenia kalkulatorów, a tym samym wyjaśnienia ceny oferty nie jest prawidłowy i dlatego wzywam do sporządzenia kalkulatorów:

- dla wszystkich godzin ochrony fizycznej, w tym godzin wzmocnień.
- dla ilości pracowników i ilości etatów pracowników ochrony fizycznej, zgodnie z danymi z pkt 4.3 Państwa Formularza ofertowego.

W przypadku obiektów gdzie jest różny sposób świadczenia usług w różnych okresach czasu (dotyczy obydwu obiektów w Zgierzu) należy sporządzić dwa kalkulatory, odrębnie dla tych okresów (odpowiednio dla okresu 01.08.2021 r. - 31.12.2021 r. czyli dla 5 miesięcy i dla okresu 01.01.2022 r. - 31.07.2024 r. czyli dla 31 miesięcy (...)).

W odpowiedzi Przystępujący 19 kwietnia 2021 r. złożył dalsze wyjaśnienia i wskazał:

„Wykonawca w nawiązaniu do złożonych obszernych wyjaśnień z dnia 23.03.2020 roku, informuje:

- 1) Zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego godziny dodatkowe (wzmocnienie) zostały włączone do kalkulacji, przy czym z uwagi na brak wiedzy Wykonawcy na etapie składania ofert i składania niniejszych wyjaśnień wszystkie te godziny w rozliczeniu potraktowane zostały jako realizowane w godzinach dziennych.
- 2) Kalkulatory zostały zmienione w zakresie dot. obiektów w Zgierzu (oba obiekty) oraz w Brzezinach.

Co do żądania Zamawiającego sporządzenia kalkulatorów z uwzględnieniem wszystkich pracowników i etatów zgodnie z treścią pkt. 4.3 oferty, Wykonawca wyjaśnia co następuje: Zamawiający w SIWZ i w druku ofertowym (pkt 4.3) wskazał minimalną liczbę osób oraz etatów, na których osoby te będą zatrudnione w ramach umów o pracę. W punkcie tym zostały ujęte minimalne ilości pracowników i etatów oczekiwanych przez Zamawiającego do realizacji umowy, w tym zarówno realizujących zadania bezpośrednio na obiektach, jak i np. na całodobowej stacji monitoringu Wykonawcy.

Jednocześnie do wyceny oferty Zamawiający w Formularzu Cenowym (zał. Nr 4 do SIWZ) podał obliczoną przez siebie liczbę roboczogodzin na każdym obiekcie stanowiącą podstawę sporządzenia wyceny oferty. W związku z powyższym Wykonawca zgodnie z treścią Formularza ofertowego podał stawkę za roboczogodzinę i przemnażając ją przez podaną przez Zamawiającego liczbę roboczogodzin uzyskał cenę ofertową w każdym z obiektów.

Zgodnie z treścią § 8 ust. 2 i 3 projektu umowy

2. Ceny jednostkowe (stawki godzinowe) określa Formularz cenowy Wykonawcy, którego kopia stanowi Załącznik nr 2 do umowy.
3. Płatność wynagrodzenia Wykonawcy za realizację przedmiotu umowy, o którym mowa w §1 nastąpi na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, po podpisaniu przez przedstawicieli Stron Protokołu wykonania usługi ochrony sporządzonego odrębnie dla każdego obiektu, według Załącznika nr 3 do umowy.

Zał. Nr 3 (w załączeniu) jednoznacznie uzależnia wysokość kwoty jaka za dany obiekt i miesiąc powinna być zapłacona Wykonawcy od ilości przepracowanych godzin w miesiącu. Zgodnie z § 5 ust. 1 projektu umowy wymiar etatu musi odpowiadać czasowi niezbędnemu

do pełnej realizacji przedmiotu umowy, świadczonego przez każdego pracownika Wykonawcy/ Podwykonawcy. Zamawiający wymaga przez cały okres realizacji zamówienia zatrudnienia osób przez Wykonawcę lub Podwykonawcę w pełnym wymiarze czasu pracy lub w wymiarze nie mniejszym niż ½ etatu). Jednocześnie w § 3 ust. 16 Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmian w organizacji ochrony, deklarując iż poziom realizacji zamówienia nie będzie niższy niż 70% maksymalnego wynagrodzenia brutto Wykonawcy.

Analizując wszystkie powyższe zapisy projektu umowy jednoznacznie wynika, iż podstawową wielkością rozliczania umowy jest ilość przepracowanych roboczogodzin stawka godzinowa znajdująca się w Formularzu ofertowym.

Jeżeli natomiast idzie o wskazaną minimalną liczbę etatów Zamawiający kierując się konsekwentnie treścią zacytowanego fragmentu § 5 ust. 1 projektu umowy wymagał, aby w poszczególnych obiektach ilość etatów była zgodna z treścią tego zapisu.

Nie znaczy to jednak nic ponad to, iż podana w pkt 4.3 oferty wymagana minimalna ilość etatów jest jedynie wielkością wskazaną w celach organizacyjnych, a nie rozliczeniowych. Zarówno bowiem ściśle określona wartość ofertowa godziny świadczenia usługi jak i ilości godzin planowanych i faktycznie przepracowanych stanowi podstawę rozliczania wartości oferty, co ma podstawowy i jedyny wpływ na koszty Wykonawcy, jak i spodziewaną marżę. (...).

Zgodnie z art. 129 § 1 Kodeksu pracy „Czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym nieprzekraczającym 4 miesięcy, z zastrzeżeniem art. 135-138, 143 i 144.”

Daje to 168 roboczogodzin pracy w średnim miesiącu kalendarzowym.

Przyjmując wyliczenie etatowe wskazane wyżej ilość godzin pracy wynikająca w wypełnienia zadeklarowanych etatów wynosi odpowiednio:

- 1) Od 01.08.2021 do 31.12.2021 - 33 600 godzin (5 m-cy x 168 rbg x 40 etatów),
- 2) Od 01.01.2022 do 31.06.2022 - 34 776 godzin (6 miesięcy x 168 rbg x 34,5 etatów),
- 3) Od 01.07.2022 do 31.07.2024 - 126 000 godzin (25 miesięcy x 168 rbg x 30 etatów).

Razem 194 376 godzin.

Tymczasem oferta sporządzona została w oparciu o wyliczenie Wykonawcy wskazujące na przewidywaną liczbę roboczogodzin w ilości 185 987 oraz 884 godziny dodatkowe (wzmocnienie).

Różnica wynosi 8 389 godzin, za które Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ oraz projektu umowy nie zapłaci Wykonawcy. Stanowi to średniomiesięcznie 1,39 etatu. Włączenie tych godzin do rozliczenia kosztów, nawet jako wyłącznie godzinyienne kosztowałyby

Wykonawcę 165 766,64 zł. (8389 x 19,76 zł.). W żadnym punkcie formularza cenowego, który stanowi załącznik do oferty nie ma o tym mowy (...).”

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Przystępującego czego wyrazem był wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny w ocenie Izby działanie Zamawiającego nie stanowiło naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Treść wyjaśnień Przystępującego nie budziła wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia.

Wbrew stanowisku Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie były lakoniczne i ogólnikowe. Nie ma też podstaw do uznania, by Przystępujący zaniechał wyjaśnienia ceny oferty, czy też pominął którykolwiek jej istotny składnik cenotwórczy.

Podkreślenia wymaga jednak, że zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty odwołania ograniczały się wyłącznie do twierdzenia, że:

1. cena oferty Przystępującego jest rażąco niska,
2. dodatkowe wezwanie do wyjaśnień tej ceny było bezpodstawne i łamało zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu,
3. wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były niewystarczające do uznania, że wykonawca sprostą obowiązkowi wykazania, że cena jego nie jest rażąco niska.

Z tego względu Izba pominęła argumentację dotyczącą ujęcia w ofercie Przystępującego mniejszej, niż wymagana w SIWZ, ilości etatów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Argumentacja taka wskazywać by mogła na ewentualną niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, ale takiego zarzutu Odwołujący nie podniósł.

Przystępujący w należyty sposób wyjaśnił przyczyny, dla których priorytetowy charakter w kalkulacji ceny oferty miała cena 1 roboczogodziny świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Po przeprowadzeniu dowodu z obu wyjaśnień Przystępującego oraz załączonych do nich kalkulacji Izba uznała, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie budzi wątpliwości, co do możliwości należytej i zgodnej z wymogami Zamawiającego realizacji przedmiotu zamówienia. Okoliczności przeciwnej Odwołujący nawet nie próbował uprawdopodobnić. Twierdzenia Odwołującego mające uwiarygodnić zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego sprowadzały się do twierdzeń wskazujących na możliwą niezgodność oferty z SIWZ, co - jak już zostało wspomniane wyżej - nie wpisywało się w zakres podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W zakresie zarzutu bezpodstawności drugiego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty skierowanego do Przystępującego Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniu Odwołującego

Zamawiający 12 kwietnia 2021 r. nie wezwał wykonawcy do ponownego wyjaśnienia okoliczności, które Przystępujący niezasadnie pominął na etapie pierwszych wyjaśnień. Nie ulega wątpliwości, że treść wezwania z 12 kwietnia 2021 r. oparta jest na pierwszym wyjaśnieniu Przystępującego. Wezwanie to miało zatem charakter uzupełniający, nie prowadziło do umożliwienia poprawy poprzedniego wyjaśnienia.

W ocenie Izby pierwsze wyjaśnienie przedstawione przez Przystępującego było w pełni adekwatne do treści wezwania z 17 marca 2021 r. Pierwsze wezwanie dotyczyło podstawowych założeń na jakich oparł się Przystępujący kalkulując cenę oferty. Z tego względu nie ma podstaw do uznania, że Przystępujący nie udzielił wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp przez pominięcie kwestii dotyczących kalkulacji dodatkowych godzin pracy ochrony (godzin wzmocnienia). W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący zgodnie oświadczyli (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), że ta część przedmiotu zamówienia stanowi ok. 3-4% jego wartości. Biorąc pod uwagę znaczący zakres przedmiotu zamówienia nie można było oczekiwać, że wykonawca w odpowiedzi na ogólne wezwanie wyjaśni absolutnie każdy element cenotwórczy oferty. Istotne dla oceny, czy wykonawca wypełnił przesłanki art. 90 ust. 2 Pzp jest stwierdzenie, czy wyjaśnienia są adekwatne pod względem poziomu ogólności z treścią wezwania do wyjaśnień. W przypadku przedmiotowej sprawy wątpliwości Izby nie budziło, że Przystępujący w pełni zrealizował obowiązek udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego oraz wykazał, że za zaoferowaną cenę, przy uwzględnieniu założeń leżących u podstaw jej kalkulacji, w pełni możliwa jest należyta realizacja przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SIWZ z załącznikami, w tym wzorem umowy (załącznik nr 2 do SIWZ),
2. oferty Przystępującego oraz - w zakresie porównania cen - pozostałe oferty złożone w postępowaniu,
3. wezwanie do wyjaśnień z 17 marca 2021 r. skierowane do Przystępującego wraz z odpowiedzią wykonawcy z 24 marca 2021 r.,
4. wezwanie do wyjaśnień z 12 kwietnia 2021 r. skierowane do Przystępującego wraz z odpowiedzią wykonawcy z 19 kwietnia 2021 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....