Sygn. akt: KIO 600/21

WYROK
z dnia 16 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławcze w dniuj 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Hetman" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Parasol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zespół Pieśni i Tańca „Śląsk" im. Stanisława Hadyny z siedzibą w Koszęcinie

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zespołowi Pieśni i Tańca „Śląsk" im. Stanisława Hadyny z siedzibą w Koszęcinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Multiservice z siedzibą w Myszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.);

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego Zespołu Pieśni i Tańca „Śląsk" im. Stanisława Hadyny z siedzibą w Koszęcinie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Hetman" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Parasol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 600/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Zespół Pieśni i Tańca „Śląsk" im. Stanisława Hadyny z siedzibą w Koszęcinie(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Ochrona osób i mienia w Zespole Pieśni i Tańca „Śląsk" w Koszęcinie w granicach nieruchomości wyznaczonej ogrodzeniem" (nr ref. DZP.TP/2/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00003959/01. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy nPzp.

W dniu 22 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Hetman" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Parasol" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejwobec czynności wyboru oferty Spółdzielni Socjalnej Mutiservice (dalej jako „Multiservice") jako najkorzystniejszej w postępowaniu i uznaniu, że nie podlega ona odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy nPzp poprzez ocenę, że oferta złożona przez Multiservice nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożona przez Multiservice oferta i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowadniają, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej;

2.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy nPzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Multiseryice jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez Multiservice powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Multiservice. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż oferta złożona przez Multiservice zawiera cenę rażąco niską, przez co powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nPzp. Multiservice, udzielając wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny nie sprostał wymaganiom określonym przez ustawodawcę w zakresie dokonywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie udowodnił, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Multiservice są lakoniczne i nie przedstawiają żadnych dowodów na potwierdzenie zaoferowanej ceny, co powoduje w ocenie Odwołującego konieczność uznania, że oferta ta winna podlegać odrzuceniu, gdyż zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący zwrócił uwagę, że skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Z kolei konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle art. 224 ust. 5 i 6 ustawy nPzp obowiązek odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, iż wyjaśnienia złożone przez Multiservice są wyjątkowo lakonicznie i nie potwierdzają okoliczności, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Przedłożone wyjaśnienia są raczej krótkim zestawieniem

prognozowanych kosztów (również wyliczonych bez jakichkolwiek podstaw czy dokumentów) w szczątkowym fragmencie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Multiservice nie przedłożył również żadnych dowodów mających potwierdzać wskazywane przez siebie okoliczności w złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia23 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3095/20. W jego ocenie Zamawiający nie miał możliwości uwzględnienia wyjaśnień złożonych przez Multiservice. Wprost przeciwnie, winien odrzucić ofertę Multiservice jako zawierająco rażąco niską cenę.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, słuszny jest także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy nPzp, bowiem wybór oferty najkorzystniejszej dotyczy oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w oparciu o zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nPzp. W takim przypadku oferta Odwołującego otrzymałaby maksymalną liczbę punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert i to ta oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 12 marca 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Zamawiający na wstępie wskazał, iż sformułowane w odwołaniu żądania nie mogą zostać przez Izbę uwzględnione, nawet gdyby przemawiały za tym względy merytoryczne. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 3 ustawy nPzp uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Nie ma więc normatywnej możliwości, aby to Izba unieważniła czynność wyboru oferty. KIO nie może tym bardziej powtórzyć oceny i badania ofert, bo jak wynika z art. 223 i nast. ustawy nPzp (stosowane w tym postępowaniu na mocy odwołania zawartego w art. 266 ustawy nPzp) jest to ciąg czynności zastrzeżony dla Zamawiającego. Izba mogłaby mocą swego wyroku nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazać powtórzenie badania i oceny ofert, ale o to nie wnosi Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający podniósł, iż w sposób całościowy i rzetelny, w oparciu w głównej mierze o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w piśmie z dnia 8 lutego 2021 r., miał możliwość ustalenia, że cena zaoferowana przez niego nie jest rażąco niska. Konsekwencją tej weryfikacji był zaś brak zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty Przystępującego, a w związku z uzyskaniem przez nią najwyższej punktacji - wybór jej jako najkorzystniejszej. Zamawiający wyjaśnił, iż szacunkową wartość przedmiotu zamówienia ustalił na kwotę 476.010 zł brutto. Cena zaoferowana przez Multiservice, wynosząca 325.159,11 zł brutto jest niższa od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 31,6%. Średnia arytmetyczna wszystkich cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu wynosi 386.705,60 zł brutto, a cena zaoferowana przez Multiservice jest od tak wyliczonej średniej niższa o 15,9%. Zamawiający był zatem co prawda zobligowany do zwrócenia się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art224 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp, ale różnice cenowe między ceną oferty Multiservice a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert oraz ceną oferty samego Odwołujących były niewielkie. W takim porównaniu cena oferty Multiservice nie wydaje się rażąca niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Fakt, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert jest niższa od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia aż o 89.304,40 zł, czyli 0 18,8%, wskazuje, że szacowanie wartości przedmiotu zamówienia nastąpiło z dużym „zapasem". To głównie ta okoliczność zaważyła na wystąpieniu w niniejszym postępowaniu konieczności zastosowania przez Zamawiającego regulacji art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp.

Zamawiający wskazał, iż po złożeniu wyjaśnień dokonał ich analizy i stwierdził, że są wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Dokonując oceny złożonych wyjaśnień, Zamawiający miał w szczególności na względzie fakt, że przedmiotem niniejszego postępowania są ogólne usługi ochrony terenu Zespołu Parkowo-Pałacowego, w którym mieści się siedziba Zamawiającego. Sprowadzają się one w istocie przede wszystkim do dozorowania, ze sporadyczną (występującą raz w miesiącu) koniecznością dostarczenia także usługi konwoju gotówki. Co za tym idzie, jak odnotowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., KIO 1058/18, w takim wypadku mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących zamówienie. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących. Koszty takie podlegają weryfikacji pod względem wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych. Aby dokonać takiej analizy wykonawca winien przełożyć szczegółową kalkulację dotyczącą liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, przewidzianego wynagrodzenia i pozostałych kosztów zatrudnienia.

Wszystkie te elementy znalazły się w wyjaśnieniach przedstawionych przez Multiservice. Z wyjaśnień jasno wynika, że wynagrodzenia o pracę wszystkich pracowników przewidzianych do wykonywania zamówienia będą wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co neguje w odniesieniu do przewidywanych kosztów osobowych zarzut, jakoby ten składnik ceny był ustalony na rażąco niskim poziomie. Zdaniem Zamawiającego jest wiadome Odwołującemu, gdyż wiedza ta ma charakter w istocie notoryjny, że standardem rynkowym w branży ochrony usług i mienia jest ustalanie wynagrodzeń pracowników na poziomie wynagrodzenia minimalnego lub niewiele wyższego. Zamawiający zauważył także, że analogicznie sformułowane wyjaśnienia Izba uznała za wystarczające w sprawie rozstrzygniętej pod sygnaturą akt KIO 1931/15 wyrokiem z dnia 16 września 2015 r. Zamawiający podniósł również, że wykonawca Multiservice podał też w wyjaśnieniach, w jakiej wysokości przewidział w swej kalkulacji oszczędności wywołane możnością otrzymania dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, co odpowiada także wymogom stawianym przez orzecznictwo KIO w tym zakresie, chociażby w wyroku z dnia 29 września 2010 r., KIO/UZP 2004/10. Zdaniem Zamawiającego istotne również jest, że Multiservice już na wstępie złożonych wyjaśnień wskazał, że jest podmiotem ekonomii realizującym działania na rzecz integracji osób niepełnosprawnych i długotrwale bezrobotnych. Dość specyficzna w warunkach polskiej gospodarki forma prawna w jakiej działa Multiservice, to jest spółdzielnia socjalna, daje się zweryfikować przez odwołanie do powszechnie dostępnych wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym. Fakt zaś, że posiadanie przez wykonawcę szczególnego statusu związanego z aktywizacją zawodową osób niepełnosprawnych nie pozostaje bez znaczenia w toku oceny wyjaśnień składanych w trybie przepisów o cenie rażąco niskiej potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2017 r., KIO 199/17.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2016 r. o spółdzielniach socjalnych podmioty te prowadzą wspólne przedsiębiorstwo w oparciu o osobistą pracę członków oraz pracowników spółdzielni socjalnej. Przepis art. 10 ust. 2 przywołanej ustawy jasno zaś wskazuje, że w przypadku spółdzielni socjalnej nadwyżka bilansowa nie może podlegać podziałowi pomiędzy członków spółdzielni socjalnej, w szczególności nie może być przeznaczona na zwiększenie funduszu udziałowego, jak również nie może być przeznaczona na oprocentowanie udziałów. Okoliczność, iż wykonawca Multiservice nie prowadzi działalności w formie spółki prawa kapitałowego, co przekłada się w sposób wydatny na dokonywane przez niego kalkulacje rentowności kontraktu, umknęła Odwołującemu. Zamawiający zauważył

także, że Odwołujący nie neguje żadnej pozycji kwotowej zamieszczonej w wyjaśnieniach Multiservice, ograniczając się do zarzucania im braku pokrycia w zewnętrznych dokumentach. Jest to zarzut nietrafny, gdyż przedmiotem zamówienia są usługi ochrony o niskim stopniu komplikacji, wykonywane przez osoby, których wykaz wykonawca Multiservice przedstawił Zamawiającemu wraz z ofertą, a poziom wynagrodzeń wskazany w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2021 r. nie odbiega od stawek rynkowych.

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

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

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Multiservice z siedzibą w Myszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego wobec niedochowania wymogów formalnych wskazanych w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy nPzp.

Zgodnie z ww. przepisami wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wskazać także należy na art. 508 ust. 1 ustawy nPzp, zgodnie z którym pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym.

W tym zakresie Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 24 lutego 2021 r., zaś w dniu 26 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego. Pismo to zostało podpisane podpisem elektronicznym wyłącznie przez prezesa zarządu, a zatem w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji Spółdzielni Socjalnej Multiservice wynikającymi z informacji odpowiadającej aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS, które nakazują współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu i pełnomocnika. W odpowiedzi na wezwanie do wykazania umocowania osoby, która podpisała zgłoszenie przystąpienia, do reprezentacji Spółdzielni Socjalnej Multiservice, ww. wykonawca w dniu 9 marca 2021 r. złożył pełnomocnictwo udzielone przez członka zarządu prezesowi zarządu w dniu 9 marca 2021 r., tj. w dacie późniejszej niż miało miejsce zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym przedstawione pełnomocnictwo nie potwierdzało, że osoba która podpisała zgłoszenie przystąpienia była należycie umocowana do reprezentowania Spółdzielni Socjalnej w dacie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie. Ponadto Izba ustaliła, iż do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia nie dołączono dowodów przekazania kopii przystąpienia odpowiednio Odwołującemu i Zamawiającemu. Na posiedzeniu zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, iż wobec braku wiedzy o takim obowiązku przesłał kopię przystąpienia Zamawiającemu w dniu 1 marca 2021 r., zaś Odwołującemu dopiero w dniu 3 marca 2021 r. (Strony potwierdziły powyższe daty). Tymczasem jak wynika z art. 525 ust. 2 zdanie drugie ustawy nPzp do zgłoszenia przystąpienia należy załączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, co oznacza, że przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia powinno nastąpić przed upływem ustawowego terminu na jego zgłoszenie.

Z powyższych względów wykonawca Multiservice nie mógł zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu z uwagi na braki formalne zgłoszonego przystąpienia. Na braki te wskazywał również Odwołujący, przy czym wyjaśnienia wymaga, że tego rodzaju braki nie stanowią podstawy do uwzględnienia zgłoszonej przez Odwołującego w tym zakresie opozycji przeciw przystąpieniu ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego. Niedochowania warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia nie należy równoważyć z brakiem posiadania przez przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W świetle art. 526 ust. 2 ustawy nPzp podstawą uwzględnienia opozycji może być wyłącznie zakwestionowanie posiadania przez przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, Odwołujący zaś samego interesu Spółdzielni Socjalnej Multiservice w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego nie kwestionował.

Następnie Izba stwierdziła, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty Spółdzielni Socjalnej Multiservice, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, informację o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ofertę Spółdzielni Socjalnej Multiservicę wezwanie do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny skierowane do ww. wykonawcy, wyjaśnienia Spółdzielni Socjalnej Multiservice udzielone pismem z dnia 8 lutego 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania. Skład orzekający Izby poddał analizie również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 marca 2021 r.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 maja 2018 r. wraz z wyciągiem z SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia (postępowanie prowadzone przez Politechnikę Śląską), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 grudnia 2017 r. (postępowanie prowadzone przez Urząd Miasta Czeladź), informacji z otwarcia ofert z dnia 14 grudnia 2017 r. (postępowanie prowadzone przez Dom Pomocy Społecznej w Raciborzu), informacji z otwarcia ofert z 21 grudnia 2018 roku wraz z wyciągiem z SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia (postępowanie prowadzone przez Powiatowy Urząd Pracy w Będzinie), na okoliczność ich treści. Przedstawione przez Odwołującego zestawienia dotyczące wyliczenia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia Izba potratowała jako oświadczenia własne Odwołującego, uzupełniające prezentowaną przez niego argumentację.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt III SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadań z zakresu świadczenia bezpośredniej ochrony fizycznej osób, budynków, mienia oraz kasy Zespołu Pieśni i Tańca „Śląsk" im Stanisława Hadyny w Koszęcinie, w systemie ciągłym, tj. przez 24 godziny na dobę, we wszystkie dni tygodnia, przez okres 12 miesięcy, w okresie od 1.03.2021 r. do 28.02.2022 r. przez

wykonawcę posiadającego aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług ochrony i mienia. Zamawiający wymagał, aby pracownicy ochrony byli wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia. W pkt III.3 SWZ opisano ogólne zadania ochrony, w tym m.in. wymaganą w razie konieczności interwencję uzbrojonej w środki przymusu bezpośredniego grupy min. 3 osób. Przedmiot zamówienia zgodnie z pkt III.4 SWZ obejmował także usługę konwoju. W pkt III.5 SWZ wskazano wymaganą ilość pracowników ochrony: pierwsza zmiana od godz. 6.00 do 14.00 – jeden pracownik, druga zmiana od godz. 14.00 do 22.00 – dwóch pracowników, trzecia zmiana od godz. 22.00 do 6.00 – dwóch pracowników. Zgodnie z pkt III.10 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca przy realizacji przedmiotu umowy zatrudniał osoby na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę przez cały okres realizacji przedmiotu umowy. W myśl pkt III.13 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z ochroną osób i mienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 200 000 zł.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 387 000,00 zł. Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 476 010,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert, w tym oferta Spółdzielni Socjalnej Multiservice z najniższą ceną - 264 357,00 zł netto (325 159,11 zł brutto) i oferta Odwołującego z ceną 300 890,00 zł netto (370 094,70 zł brutto).

Zamawiający w dniu 5 lutego 2021 r. wezwał wykonawcę Multiservice na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp do udzielenia wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe zostały skalkulowane prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści zapytania Zamawiającego, zawierać konkretne założenia i kalkulacje oraz dowody. Zamawiający przywołał także treść art. 224 ust. 3 pkt 1-8 oraz art. 224 ust. 4 ustawy nPzp. Zamawiający podkreślił, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, a zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nPzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Spółdzielnia Socjalna Multiservice w dniu 8 lutego 2021 r. złożyła wyjaśnienia, w których wskazała, iż jest podmiotem ekonomii społecznej realizującym działania na rzecz reintegracji osób niepełnosprawnych i długotrwale bezrobotnych świadcząc wsparcie szkoleniowe i pomoc w powrocie na rynek pracy. Dodatkowo spółdzielnia działa na rzecz lokalnego środowiska i integracji lokalnej społeczności. Status przedsiębiorstwa społecznego uprawnia spółdzielnie do pozyskiwania wsparcia finansowego z funduszy europejskich celowanych na rozwój spółdzielczości socjalnej. Środki przeznaczamy na rozwój działalności gospodarczej spółdzielni oraz tworzenie miejsc pracy. Multiservice prowadzi działalności gospodarczą w kilku branżach w tym bezpośrednią ochronę osób i mienia na podstawie koncesji MSWiA. Dzięki wsparciu środków zewnętrznych spółdzielnia posiada zaplecze sprzętu, umundurowania i wyposażenia niezbędnego do realizacji ochrony obiektów co ma wpływ na oferowaną cenę.

Następnie wykonawca przedstawił wyliczenie mające wskazywać, że oferowana cena przez nie ma znamion rażąco niskiej ceny. Wartość netto całości zamówienia: 264 357,00 zł. Wartość netto średnio miesięcznie: 22 029,75 zł. W zakresie miesięcznych kosztów wykonawca wyjaśnił, iż do realizacji usługi ochrony w Zespole Pieśni i Tańca Śląsk przeznacza kadrę 7 pracowników posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony w wymiarze umowy o pracę zgodnie z SIWZ, co generuje miesięczną wartość 23 800 zł (wliczono urlop, godziny nocne, nadgodziny). W tym: 2 pracowników z dofinasowaniem PFRON koszt miesięczny 6 800 zł (całe etaty) - 2 400 zł dofinasowanie PFRON = 4 400 zł pozostały koszt; 2 pracowników w zakresie pracy własnej (członkowie spółdzielni) 2 x połowa etatu -- 3 400 zł (wynagrodzenie 2 000 zł jest zyskiem spółdzielni) pozostaje koszt 1 400 zł; 4 pracowników w pełnym wymiarze, umowa o prace koszt 13 600 zł (4 etaty). Koszty pozostałe miesięcznie to: umundurowanie, sprzęt, administracja: 0 zł (posiadamy wcześniej zakupione zaplecze), utrzymanie gotowości grupy interwencyjnej: 70 zł netto, konwój 1 raz w miesiącu: 70 zł netto. RACHUNEK: (przychód miesięczny) 22 029,75 zł - (całkowite koszty) 21 540,00 zł = 490 zł netto (miesięczny zysk + 2 000 zł wynagrodzenie wypracowane przez członków spółdzielni) razem 2 490 zł netto. Dodatkowo z każdego wygenerowanego miesięcznego zysku wykonawca przeznacza kwotę 200 zł jako zabezpieczenie finansowe na miesiące styczeń i luty 2022 r. (gdyż prognozowany jest kolejny wzrost minimalnego wynagrodzenia). W związku z powyższym zdaniem wykonawcy można stwierdzać że cena oferowana przez niego jest wystarczająca do zapienienia wynagrodzeń wraz z obowiązującymi składkami i podatkami ZUS i US i innych zobowiązań finansowych.

Zamawiający w dniu 15 lutego 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Multiservice. Oferta Odwołującego została oceniona w kryteriach oceny ofert jako druga w kolejności.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zgodnie z art. 16 ustawy nPzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nPzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle art. 239 ust. 1 ustawy nPzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy nPzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

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

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy nPzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych", a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy nPzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu". Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą 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 poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 oraz art. 239 ust. 1 ustawy nPzp poprzez dokonanie wyboru oferty Spółdzielni Socjalnej Multiservice jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, w sytuacji gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie udowadniają, że nie zaoferowano rażąco niskiej ceny, znalazły potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wezwał wykonawcę Multiservice do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania. Konsekwencją wezwania wystosowanego przez Zamawiającego było obciążenie Spółdzielni Socjalnej Multiservice obowiązkiem wyjaśnienia, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty nie jest ceną rażąco niską, pod rygorem odrzucenia oferty. Na powyższą sytuację nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, iż szacowanie wartości zamówienia nastąpiło z dużym „zapasem", skoro Zamawiający zdecydował się wystosować przedmiotowe wezwanie, a wykonawca Multiservice nie kwestionował prawidłowości zwrócenia się przez Zamawiającego do niego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty ani sposobu oszacowania wartości zamówienia. W konsekwencji wykonawca Multiservice, w odpowiedzi na wezwanie, zobowiązany był złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym wykazać, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Multiservice w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp charakteryzowała lakoniczność i zbytnia ogólność. Jakkolwiek zgodzić należy się z Zamawiającym, że koszty wykonywania usług ochrony osób i mienia to głównie koszty osobowe (wynagrodzeń pracowników), to jednocześnie wskazać należy, że powyższa okoliczność powoduje, iż to właśnie koszty osobowe powinny podlegać szczegółowemu omówieniu w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tak aby wyjaśnienia te nie pozostawiały pola do domysłów, czy wykonawca uwzględnił wszelkie wymagane koszty pracy, w tym pozapłacowe koszty pracy, ale i na przykład koszty wynagrodzenia za pracę w porze nocnej, w niedziele, święta, etc. Na podstawie wyjaśnień złożonych przez Spółdzielnię Socjalną Multiservice powyższych okoliczności jednoznacznie

stwierdzić nie można. Wykonawca Multiservice wskazał co prawda na przyjęte do kalkulacji ceny oferty wynagrodzenie pracowników, jednak uczynił to w sposób niezwykle lakoniczny, nie pozwalający nawet ustalić czy wskazane kwoty stanowią wynagrodzenie netto czy brutto, czy może koszt całkowity zatrudnienia pracownika (tj. z uwzględnieniem składek obciążających pracodawcę). Wykonawca również w sposób bardzo ogólny wskazał, iż w miesięcznej wartości wynagrodzenia uwzględniono „urlopy, godziny nocne, nadgodziny", niemniej nie wyjaśnił w żaden sposób, w jakim wymiarze koszty te przyjęto. Powyższe powoduje, że na podstawie samej treści wyjaśnień brak jest możliwości ustalenia jakie faktycznie koszty i na jakim poziomie zostały uwzględnione w przyjętej do kalkulacji ceny oferty miesięcznej wartości wynagrodzenia pracowników.

Jednocześnie wyjaśnienia Spółdzielni Socjalnej Multiservice nie zostały poparte żadnymi dowodamimogącymi potwierdzić prawidłowość kalkulacji ceny oferty. Ustawa nPzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentacje przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. Natomiast ustawa wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, na co wskazano już powyżej. Zamawiający w treści wezwania również wskazywał na obowiązek złożenia dowodów, podkreślając, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być ogólnikowe, że mają zawierać konkretne założenia, kalkulacje i dowody. Z uwagi na powyższe za niekonsekwentne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który w oderwaniu od treści wezwania, jakie wystosował do Spółdzielni Socjalnej Multiservice, w postępowaniu odwoławczym negował konieczność złożenia dowodów, uzasadniając powyższe faktem, iż przedmiotem zamówienia są usługi ochrony o niskim stopniu skomplikowania. Poziom skomplikowania przedmiotu zamówienia czy też sama wartość zamówienia bynajmniej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających wiarygodność okoliczności przedstawianych w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca Multiservice nie złożył żadnych dokumentów uwiarygadniających cenę oferty, pomimo, iż w ocenie Izby obiektywnie miał taką możliwość i nie było to nadmiernie utrudnione - mógł przedstawić chociażby dokumenty potwierdzające wysokość wynagrodzenia pracowników przyjętą na potrzeby kalkulacji ceny oferty, na przykład zanonimizowane umowy o pracę czy listy płac. Powyższe uchybienie wykonawcy skutkuje brakiem możliwości pozytywnej oceny treści złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W szczególności wobec braku załączenia do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów nie można ustalić, czy przedstawiony przez wykonawcę Multiservice sposób zbudowania zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia był rzetelny i wiarygodny.

Niedopełnienie powyższego obowiązku dowodowego jest tym bardziej istotne, że wykonawca Multiservice powołał się w treści wyjaśnień na fakt otrzymywania dofinansowania PFRON do wynagrodzenia dwóch pracowników, co wpłynęło na wysokość wynagrodzenia pracowników przyjętego do kalkulacji ceny ofert, a w efekcie na obniżenie ceny oferty. Brak złożenia dowodów potwierdzających, że ww. wykonawca zatrudnia osoby niepełnosprawne oraz że faktycznie uzyskuje dofinansowanie z tego tytułu i w jakiej wysokości powoduje, że nie jest możliwe obiektywne potwierdzenie powyższej okoliczności na gruncie samej treści wyjaśnień. Innymi słowy, nie sposób zbadać, czy przyjęte przez ww. wykonawcę wyliczenia są rzetelne, wiarygodne, w sytuacji gdy wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania poszczególnych elementów kosztotwórczych, poprzestając na własnych oświadczeniach w tym zakresie. Fakt, że wykonawca jest spółdzielnią socjalną nie jest wystarczający do wykazania, że korzysta z dofinansowania do wynagrodzenia pracowników, na które się powołał wyjaśniając wysokość ceny oferty. W ocenie Izby jeżeli wykonawca w istocie otrzymuje takie dofinansowanie, to wykazanie tej okoliczności za pomocą dowodów nie powodowałoby po jego stronie najmniejszych trudności (dowodami takimi mogą być chociażby umowy o pracę, orzeczenia o niepełnosprawności, wyciągi z ksiąg rachunkowych).

Brak przedstawienia szczegółowych danych i dowodów powoduje, że ocena wyjaśnień złożonych przez Spółdzielnię Socjalną Multiservice dokonywana przez Zamawiającego siłą rzeczy opierać musiała się na domysłach i jego własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Taka zaś sytuacja nie jest akceptowalna z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym nie sposób uznać, aby złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia uzasadniały podaną w ofercie cenę. Ocena tych wyjaśnień nie pozwala na stwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 oraz art. 239 ust. 1 ustawy nPzp potwierdziły się. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Multiservice z siedzibą w Myszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy.

Uzupełniająco Izba wskazuje, iż bez znaczenia dla przedmiotowego rozstrzygnięcia pozostawały przedstawione przez Odwołującego na rozprawie dowody z dokumentów dotyczących innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszące się do cen oferowanych przez wykonawcę Multiservice w tych podobnych postępowaniach. Dokonując oceny zarzutów wiążących się z nieprawidłową oceną wyjaśnień danego wykonawcy w przedmiocie rażąco niską cenę oferty, Izba weryfikuje prawidłowość czynności Zamawiającego podjętych lub zaniechanych w konkretnych postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o dokumentację tego postępowania, w szczególności wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz treść wezwania i wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Ceny oferowane w innym postępowaniach, które siłą rzeczy determinowane są innym zakresem przedmiotu zamówienia i innymi uwarunkowaniami charakterystycznymi dla każdego tych postepowań, są dla tej oceny irrelewantne.

Ponadto za bezzasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego odnoszącą się do sposobu sformułowania żądań w treści odwołania. Abstrahując od okoliczności, że już na gruncie wskazanych zarzutów oczywistym było, iż zamiarem Odwołującego było, aby Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie określonych czynności a nie to, by te czynności podjęła sama Izba, to podkreślić należy, że Izba uwzględniając odwołanie zobowiązana jest działać w granicach przewidzianych w art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy nPzp, zaś zakres, w jakim Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnić, wykonać czy powtórzyć określone czynności, determinowany jest zakresem zarzutów odwołania. Żądaniami odwołania Izba co do zasady nie jest związana.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:……