

WYROK
z dnia 16 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 34 (00-020 Warszawa) oraz Agencję Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 64/128 (01-248 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Chocimskiej 28 (00-791 Warszawa)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania, odnoszącego się do naruszenia art. 28 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) w uchwagi na cofnięcie odwołania w przedmiotowym zakresie.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Basma Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Liwie oraz Basma Security Guard A. M. i M. W. Sp. j. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu w na podstawie art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.).
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencji Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencji Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:.....

Uzasadnienie

Prokuratura Okręgowa w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji pn.: *Ochrona osób i mienia w obiektach Prokuratury Okręgowej w Warszawie i jednostkach jej podległych* o numerze: PO VII WB 261.2.2021, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 maja 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00067564.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi społeczne określone w dziale IV rozdziale 4 Pzp o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro.

W dniu 23 lipca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „odwołujący”) wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Basma Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Liwie oraz Basma Security Guard A. M. i M. W. Sp. j. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej jako: „Basma”;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Basma w warunkach, w których oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy Basma do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, podczas gdy oferta ta nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, a w związku z tym powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia;
- błędnym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych kosztów pracy wynikających z wymogu zrealizowania każdej roboczogodziny w oparciu o umowę o pracę z jednoczesnym uniemożliwieniem skierowania do realizacji zamówienia osób z orzecznym stopniem niepełnosprawności, a w związku z tym brakiem możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Basma, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Basma;

2) art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Basma, oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

3) art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Basma warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez zamawiającego;

4) art. 28 Pzp przez niedochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie:

- zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- zamawiającemu wezwania wykonawcy Basma do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty;
- zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Basma w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska;
- zamawiającemu ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia;
- zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze szczegółowej kalkulacji kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowaną z wykorzystaniem specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez wykonawcę Basma, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT;
- zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, a także korespondencji z odwołującym, związanych z wyborem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez wykonawcę warunków cenowych, w tym szacowanej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu zamówienia, wskazanej wysokości roboczogodziny bez podatku VAT, kosztów realizacji zamówienia dla pełnego etatu w ujęciu miesięcznym.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega wykluczeniu i gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami Pzp, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził że ma więc interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamawiający dokonał naruszenia art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez wykonawcę Basma oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty.

Odwołujący zauważył, że Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż cena winna znacząco odbiegać od cen przyjętych, wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Podkreślenia wymaga, iż przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji. Zaistnienie powyższych przesłanek związane jest również z zagrożeniem nienależytego wykonania lub niewykonaniem zobowiązania w przyszłości. Ponadto, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotowego zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i

dotatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W ocenie odwołującego proponowane przez firmę Basma warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślenia wymaga fakt, iż to na zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkutowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez firmę Basma warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego przedstawione przez firmę Basma warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego są szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Dołączona do odwołania kalkulacja ceny oferty, która zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę, potwierdza, iż zarówno cena oszacowana przez zamawiającego wynosząca 2 710 788,96 zł bez podatku VAT jak i cena zaoferowana przez wykonawcę Basma wynosząca 3 051 931,89 zł brutto nie pozwolą nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulatorem opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 3 090 320,51 zł (przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi. Cena zaoferowana przez wykonawcę jest zatem o 38 388,62 zł niższa od minimalnych kosztów realizacji zamówienia.

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

Odwołujący wyjaśnił, że należy zwrócić uwagę, iż dokonując wyboru oferty, zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę. Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzić może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do dopuszczenia do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji jej wybór, jako pozornie najkorzystniejszej. Z całą stanowczością odwołujący podkreślił, iż przedmiotowa oferta przygotowana została z pominięciem reguł konkurencji oraz racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej, co również wskazuje na jej faktyczną nieopłacalność dla oferentów. W związku z tym całkowicie niezrozumiałym jest fakt braku przeprowadzenia przez zamawiającego szczegółowej weryfikacji oferty, która jednoznacznie wskazuje na rażące zaniżenie ceny. Ponadto odwołujący zauważył, że zamawiający w sposób całkowicie niezrozumiały nie wziął pod uwagę zarówno oceny realności jak też rentowności ceny ofertowej, na co również wskazuje szczegółowa kalkulacja. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO 1726/19 przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazał, że każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe, według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Ponadto sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Basma o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za

wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie firmy Basma. Zdaniem odwołującego art. 224 Pzp zawiera opis procedury, jaką musi wszcząć zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie informację o rażąco niskiej cenie w którejkolwiek z ofert w stosunku do ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Źródłem informacji jest analiza treści złożonej oferty przez wykonawcę albo odwołanie innego uczestnika postępowania, zawierające żądanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że to na odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż cena oferty budzi wątpliwości. W związku z powyższym, żądanie wezwania do wyjaśnień lub żądanie odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę powinno być odpowiednio umotywowane oraz udowodnione.

Odwołujący wskazał również, że w sytuacji powzięcia informacji o rażąco niskiej cenie lub koszcie albo istotnych częściach składowych ceny lub kosztu Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Toteż, w związku z otrzymanymi ze strony jednego z oferentów zastrzeżeniami dotyczącymi warunków cenowych przedstawionych przez firmę Basma, zamawiający winien wyjaśnić przedmiotową sytuację, wzywając oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny znacząco odbiegającej od ofert pozostałych oferentów.

Zamawiający w dniu 13 września 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr. 4 tj. naruszenie art. 28 Pzp na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie;

- oddalenie odwołania w pozostałej części;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów tj.:

- a) aneksu nr 1 z dnia 28 maja 2021 r. do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020;

- b) aneksu nr 2 z dnia 7 lipca 2021 r. do nr PO VII.WB.262.15.2020;

- c) aneksu nr 3 z dnia sierpnia 2021 r. do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020;

- co do faktu stawki jednej roboczogodziny właściwej do przyjęcia przy wycieceniu ceny w ofercie;

- d) treści odwołania wniesionego przez Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. lider konsorcjum firm występujących jako odwołujący co do faktu wyłączenia pomocniczego narzędzia stosowanego w toku innych postępowań tj. kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych;

- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na rozprawie.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że zgodnie z informacją udostępnioną na stronie internetowej prowadzonego postępowania, najpóźniej w dniu 11 czerwca 2021 r. poinformował wszystkich wykonawców o kwocie jaką, zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia określając jej wysokość na kwotę 2 710 788,96 zł brutto. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego kwota ta nie może zostać uznana za wartość zaniżoną. Zamawiający wyjaśnił oparł jej szacowanie chociażby na podstawie dotychczas zawieranych umowach na realizację usług z tego samego zakresu przedmiotowego, którego dotyczy niniejsze postępowanie-przetargowe.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z treścią przykładowo załączonych aneksów nr 1, 2 i 3 do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020, zawartych notabene z liderem konsorcjum odwołującego, jako właściwe do przyjęcia stawki roboczogodziny uznano wartości 19,24 zł netto. Wskazana umowa, której dotyczą przedmiotowe aneksy, jest aktualnie wykonywana przez odwołującego. Przyjmując wartość roboczogodziny z przytoczonej umowy na potrzeby niniejszego zamówienia, uwzględniając jednolitą stawkę roboczogodziny dla wszystkich miejsc realizowanej usługi uzyskujemy wartość ofert na poziomie 2 636 292 60 zł, zatem zbliżoną do szacowanej wartości zamówienia przez. Tym samym w rzeczywistości zastosowanie nawet takiej stawki, dotychczas stosowanej przez odwołującego, a zarazem znacznie niższej niż zawarta w kwestionowanej ofercie, nie powinno budzić wątpliwości i zastrzeżeń zamawiającego. Zamawiający wskazał, że w ofercie wykonawcy, którego cena jest kwestionowana przez odwołującego w postępowaniu, stawki roboczogodzin, w zależności od miejsca wykonywanych usług, wahały się od 21,20 zł do 22,56 zł. Każda z tych kwot nawet przyjmując wartość najniższą była wyższa niż ma to miejsce w umowach, których stroną jest odwołujący. Tym samym nie sposób uznać za racjonalne kwestionowanie przez odwołującego, stawki wskazanej przez konsorcjum Basma, która jest wyższa niż ta stosowana przez samego odwołującego w umowach z zamawiającym.

Zamawiający podkreślił, że nie istnieją żadne rzeczywiste przesłanki, które mogłyby potwierdzać, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną przez konsorcjum Basma może budzić jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości. Ponadto nie sposób uznać, że zamawiający winien powziąć takie wątpliwości w sytuacji gdy wszystkie złożone w toku postępowania oferty przewyższały swoją wartością kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a tym samym nie zachodzi przesłanka zaniżenia ceny w złożonej ofercie. Wobec powyższego nie zaktualizowała się przesłanka, która uzasadniałaby wystąpienie do wykonawców z wezwaniem do stosownych wyjaśnień. Nie sposób ocenić by zamawiający dopuścił się jakiegokolwiek zaniechania w zakresie ciążących na nim obowiązków.

Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy składający oferty na potrzeby postępowania złożyli stosowne oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym. Tym samym oświadczyli, że zapoznali się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SWZ wraz z załącznikami i nie wnieśli do nich żadnych zastrzeżeń. Ponadto oświadczyli, że zaofiarowana cena zawiera wszystkie koszty jakie ponosi zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach wynikających z umowy. Wykonawcy potwierdzili także, że wykonają zamówienie zgodnie z SWZ i projektem umowy. Przedmiotowe oświadczenia zostały złożone pod zastrzeżeniem *Pod groźbą odpowiedzialności karniej oświadczamy, iż wszystkie załączone do oferty dokumenty i złożone oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania ofert (art. 297 kk)*. Wobec powyższego podniesione przez odwołującego argumenty dotyczące nieuwzględnienia przez wykonawcę realnych kosztów realizacji przedmiotowego zadania są bezzasadne. Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która miałaby dowodzić błędnej kalkulacji ceny oferty złożonej przez wykonawcę, a wszystkie jego twierdzenia wobec braku złożenia dowodów je potwierdzających są gołosłowne.

Ponadto zamawiający zauważył, że odwołujący co prawda powołał się w treści odwołania na własną kalkulację wykonaną przy zastosowaniu specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jednakże najprawdopodobniej nie bez znaczenia, nie załączył przedmiotowej kalkulacji do treści odwołania. Takie działanie odwołującego należy ocenić co najmniej jako nierzetelne, pozbawiające zamawiającego możliwości pełnego odniesienia się do podniesionych przez wykonawcę zarzutów. Jednocześnie nie wiadomo w jaki sposób przytaczana kalkulacja miałaby znaleźć zastosowanie w postępowaniu. Jako zamawiający w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie nie występuje Zakład Ubezpieczeń

Spółecznych a tym samym opracowane przez ten podmiot jakiegokolwiek dokumenty na potrzeby prowadzonych przez niego postępowań nie mają analogicznego zastosowania w toku innych spraw.

Zamawiający wskazał, że kalkulator jaki przywołał odwołujący, nie jest narzędziem powszechnie dostępnym, a odwołujący spotkał się z nim najprawdopodobniej w toku innych postępowań w jakich brak udział. Warto podkreślić, że Agencja Ochrony K. Sp. o.o. lider konsorcjum firm występujących jako odwołujący, w treści odwołania dotyczącego postępowania, w jakim złożył ofertę, która została odrzucona w związku z rażąco niską ceną uwzględnioną w ofercie, podważał poprawność kalkulacji dokonanej z wykorzystaniem wyżej wskazanego kalkulatora. Przytoczone postępowanie dotyczyło udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Oddziale Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Radomiu i podległych jednostkach terenowych. znak postępowania 310000/271/002-2018/ADG-ZAP. W roli zamawiającego występował zatem Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Odwołujący w treści odwołania wyraźnie podniósł, że kalkulator do obliczenia rażąco niskiej ceny jedynie stanowi pomocnicze, techniczne narzędzie do ustalenia czy cena nie jest rażąco niska. Wobec wyżej wskazanej argumentacji, zamawiający ocenił, że sam odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę z niedoskonałości narzędzia na jakie aktualnie się powołuje, a także jego wyłącznie pomocniczego charakteru. Tym samym wyliczenia z niego wynikające nie mogą mieć charakteru wiążącego i decydującego o uznaniu, że w danej sprawie cena w złożonej przez wykonawców ofercie jest rażąco niska.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania, odnoszącego się do naruszenia art. 28 Pzp. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowym zakresie.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że 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 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 2 i 3 *petitum* odwołania.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 lipca 2021 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - wyjaśnienia treści SWZ z dnia 8 czerwca 2021 r.;
 - ofertę złożoną przez wykonawcę konsorcjum Basma;
 - informację z dnia 19 lipca 2021 r. o wyborze ofert najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 2) załączone do odpowiedzi na odwołanie:
 - aneks nr 1 z dnia 28 maja 2021 r. do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020;
 - aneks nr 2 z dnia 7 lipca 2021 r. do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020;
 - aneks nr 3 z dnia sierpnia 2021 r. do umowy nr PO VII.WB.262.15.2020;
 - odwołanie z dnia 25 maja 2018 r. wniesione przez wykonawcę Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. w postępowaniu ZUS Oddział w Radomiu;
- 3) kalkulację złożoną przez odwołującego na rozprawie, wykonaną przy użyciu kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony;
- 4) kalkulację złożoną na rozprawie przez zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem 4 SWZ przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach zamawiającego i jednostkach mu podległych. Ochrona realizowana będzie przez pracowników ochrony fizycznej, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 2142, ze zmianami). Usługa ma być świadczona przez 12 miesięcy w 10 wskazanych w SWZ obiektach.

W rozdziale 24 SWZ została określona klauzula zatrudnienia. Na podstawie pkt 24.1 SWZ:

Zamawiający stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, określa obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: ochrona i dozór obiektów.

(obowiązek ten nie dotyczy sytuacji, gdy prace te będą wykonywane samodzielnie

i osobiście przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w postaci tzw. samozatrudnienia, jako podwykonawcy).

W dniu 8 czerwca 2021 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ. W przedmiotowych wyjaśnieniach zamawiający udzielił m. in. następujących odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania:

1. Proszę o potwierdzenie, że wszystkie roboczegodziny wypracowane przez pracowników ochrony mają być zrealizowane na podstawie umowy o pracę ?

Odpowiedź:

TAK

2. Czy z uwagi na charakter i specyfikę usług ochrony osób i mienia Zamawiający dopuszcza realizację usług przez pracowników ochrony z orzeczeniem o niepełnosprawności psychicznej lub fizycznej ?

Odpowiedź:

NIE

3. Czy stanowiska pracy pracowników ochrony są przystosowane dla potrzeb osób niepełnosprawnych ?

Odpowiedź:

NIE

(...)

7. Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności.

Odpowiedź:

NIE

(...)

15. Nawiązując do par. 13 ust. 1 umowy, proszę o informację czy każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony winna być wypracowana wyłącznie na podstawie umowy o pracę?

Odpowiedź:

TAK

16. Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (zaznaczam, że jest wymóg posiadania uprawnień do broni)? Proszę o jednoznaczną odpowiedź tak/nie.

Odpowiedź:

NIE

17. Proszę o potwierdzenie, iż wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w cenie kosztów rezerwy urlopowej wynikającej z Kodeksu Pracy (w związku z koniecznością zatrudnienia pracowników na umowę o pracę).

Odpowiedź:

Wykonawca winien postępować zgodnie z przepisami obowiązującego prawa.

(...)

25. Czy Zamawiający nie ogranicza w ochronie występowanie pracowników z orzeczeniami o niepełnosprawności lub w stopniach niepełnosprawności?

Odpowiedź:

Z uwagi na charakter statutowych zadań Prokuratury, Zamawiający nie przewiduje możliwości świadczenia usługi ochrony przez osoby niepełnosprawne.

(...)

35. Czy każda roboczogodzina pracownika ma zostać wypracowana w ramach umowy o pracę?

Odpowiedź:

TAK

36. Czy zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy?

Odpowiedź:

Cały zakres zamówienia ma być wykonany przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę.

37. Czy zamawiający dopuszcza aby absencje chorobowe i urlopowe były realizowane w oparciu o umowy cywilnoprawne?

Odpowiedź:

NIE

(...)

44. Czy zamawiający dopuszcza zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności?

Odpowiedź:

Z uwagi na charakter statutowych zadań Prokuratury, Zamawiający nie przewiduje możliwości świadczenia usługi ochrony przez osoby niepełnosprawne.

W postępowaniu oferty złożyło trzynastu wykonawców. Konsorcjum Basma zaproponowało cenę: 3 051 931,89 zł brutto, a odwołujący podał cenę w wysokości: 3 148 131,25 zł brutto.

W dniu 19 lipca 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Basma. Wybrany wykonawca nie był wzywany przez zamawiającego do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 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.

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) 75) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.;

- art. 239 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Przy czym należy wskazać, że o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś – wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia – mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odnosząc powyżej wskazane okoliczności do stanu sprawy skład orzekający w pierwszej kolejności dostrzegł, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Basma o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, określone w art. 224 ust. 2 Pzp. Izba doszła jednakże do przekonania, że w świetle określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań oraz mając na uwadze dowód złożony na rozprawie przez odwołującego, cena zaproponowana w ofercie przez wykonawcę Basma powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Skład orzekający wziął pod uwagę, że zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich pracowników kierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz nie dopuścił do realizacji usługi osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Zakaz polegający na niedopuszczeniu do realizacji usługi osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, sformułowany przez zamawiającego, a wynikający jednoznacznie z wyjaśnień treści SWZ z dnia 8 czerwca 2021 r., w ocenie składu orzekającego stanowił dość istotną kwestię. Jak wynikało z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, odwołujący co najmniej do 15 września 2021 r. wykonywał na rzecz zamawiającego, tożsame zadanie, przy czym we wcześniejszym zamówieniu zamawiający dopuścił możliwość realizacji usług przez osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Okoliczność ta miała istotny wpływ na cenę, ponieważ jak przyznał na rozprawie odwołujący, we wcześniej realizowanym zamówieniu na rzecz zamawiającego parytet osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w stosunku do wszystkich osób realizujących zamówienie wynosił ok. 50%, co potwierdzało znaczenie wprowadzonego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zakazu kierowania osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia na cenę w kontekście świadczeń otrzymywanych z PFRON. W związku z tym, jeśli przy okazji wcześniejszego zamówienia, zamawiający dopuścił możliwość kierowania przez wykonawców osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności do wykonywania usługi, przez co wykonawcy mogli uwzględnić przedmiotową okoliczność i obniżyć odpowiednio wysokość zaproponowanej ceny oraz korzystali z tej możliwości w dość znacznym zakresie (ok. 50% pracowników wykonujących usługę miało orzeczoną stopniem niepełnosprawności), to niedopuszczenie takiej możliwości w przedmiotowym postępowaniu powinno zostać wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy badaniu cen ofert wykonawców oraz wywołać wątpliwości w tym zakresie. Ponadto skład orzekający nie dostrzegł powodów do kwestionowania powyżej wskazanego stanowiska odwołującego, ponieważ zamawiający przyznał, że we wcześniejszym postępowaniu była możliwość korzystania z usług pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności oraz zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do stwierdzenia odwołującego, że we wcześniejszym postępowaniu odwołujący w tak znacznym zakresie korzystał z usług takich pracowników.

Powyżej opisana okoliczność nie miała jednak decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Nie uszło uwadze Izby, że przepis art. 224 ust. 1 Pzp wprowadzając pojęcie nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołując się do „wątpliwości zamawiającego”, jak też wskazuje na przypadki gdy „cena wydaje się rażąco niska”, co oznacza, że zamawiający nie jest w każdym przypadku zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. W odniesieniu zatem do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na odwołującym. W ocenie Izby odwołujący w sposób dostateczny wykazał, że zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy powinien wezwać wykonawcę Basma do złożenia stosownych wyjaśnień. Przywołał istotne elementy opisu przedmiotu zamówienia, wymogi dotyczące jego realizacji i wyjaśnił w jaki sposób przekładają się one na koszty jego wykonania. Decydujące znaczenie w tym zakresie miał dowód złożony na

rozprawie przez odwołującego, sporządzony w oparciu o kalkulator do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony. Odwołujący twierdził, że jest to narzędzie opracowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych dla obliczenia rażąco niskiej ceny oferty w odniesieniu do tzw. usług społecznych. Izba nie znalazła powodów do kwestionowania założeń przyjętych w sporządzonej przez odwołującego kalkulacji. W związku z tym przyjęła, że zakładała ona najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę. Przyjęte założenia potwierdziły, że cena zaofferowana przez wykonawcę Basma wynosząca 3 051 931,89 zł brutto może nie pozwolić nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulacją wynosiły 2 512 455,70 zł netto tj. 3 090 320,51 zł brutto. W założeniach przyjętych w kalkulacji ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej plus dodatek za godziny nocne i koszty zastępstwa pracowników przebywających na urlopie, kalkulacja nie zawierała kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), a ponadto składka wypadkowa została przyjęta na najniższym możliwym poziomie, założono, iż wszyscy pracownicy mają odpowiednio powyżej 60 lat (mężczyźni) lub powyżej 55 lat (kobiety), nie uwzględniono także kosztów PPK oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym na poziomie 0,01 zł.

Zamawiający próbował podważyć złożoną przez odwołującego kalkulację od strony formalnej, jak i merytorycznej. Odnosząc się do kwestii formalnych wyjaśnił, że nie wiadomo czy złożona przez odwołującego kalkulacja rzeczywiście pochodzi z ZUS. W zakresie kwestii merytorycznych zwrócił uwagę na ewentualne skutki prawne takiego dokumentu, nawet przy założeniu, że pochodzi on z ZUS. W tym aspekcie stwierdził, że Ustawodawca nie wskazał ani nie przywołał takiego dokumentu, jako istotnego w kwestii badania rażąco niskiej ceny na usługi społeczne. Zamawiający stanął na stanowisku, że dowód złożony przez odwołującego należało traktować jako oświadczenie własne. Dodatkowo przywołał argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w której wskazywał, że odwołujący na potrzeby innego postępowania odwoławczego przed Izbą kwestionował znaczenie kalkulatora i w tym zakresie zwrócił uwagę na niekonsekwencje w stanowisku odwołującego.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego wobec dowodu odwołującego, Izba stwierdziła, że co prawda nie miał on charakteru urzędowego oraz nie jest wskazywany w przepisach prawa jako rozstrzygający dla uznania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne, przez co należało formalnie potraktować go jako zestawienie własne odwołującego, to jednak nie można było uznać, że powyższe ustalenia czynią go niedopuszczalnym. Złożona kalkulacja została opracowana na podstawie poczynionych przez odwołującego założeń, ale jak wskazano powyżej, skład orzekający nie znalazł powodów do ich zakwestionowania, a zamawiający nie przedstawił wystarczających argumentów, które mogłyby je podważyć. Okoliczność deprecjonowania roli przedmiotowej kalkulacji przez odwołującego w 2018 r. przy okazji odwołania wniesionego w postępowaniu prowadzonym przez ZUS Oddział Radom pozostała bez wpływu na stanowisko Izby, ponieważ, Izba w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1050/18 nie zakwestionowała zasadności posługiwania się przedmiotowym narzędziem, a ponadto odwołujący w tamtej sprawie wskazywał, że kalkulator przygotowany przez ZUS stanowi pomocnicze techniczne narzędzie do ustalenia czy cena nie jest rażąco niska, wobec złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. W przedmiotowej w sprawie wybrany wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a złożony przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu dowód, Izba potraktowała jako narzędzie pomocnicze, które wobec niewystarczającej argumentacji zamawiającego, okazało się kluczowe.

Tym samym w ocenie składu orzekającego dowody złożone przez zamawiającego okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Zamawiający na poparcie wniosku o oddalenie odwołania złożył na rozprawie własną kalkulację kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników. Przedmiotowa kalkulacja okazała się dla składu orzekającego niezrozumiała w kontekście naprzemiennego operowania cenami netto i brutto, a przyjęte przez zamawiającego założenia dla jej sporządzenia wzbudziły zasadnicze wątpliwości, szczególnie w zakresie wartości roboczogodziny netto. W związku z tym Izba mając możliwość porównania i oceny obu kalkulacji doszła do przekonania, że rozstrzygnięcie należało oprzeć na kalkulacji złożonej przez odwołującego.

Izba uznała za nieprzekonujące także dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie. Aneksy nr 1, 2 i 3 do umowy będącej efektem poprzednio prowadzonego zamówienia nie mogły podważyć argumentacji odwołującego, ponieważ wcześniejsze zamówienie było realizowane przy innych założeniach i wymaganiach, niż przedmiotowe zamówienie. Zamawiający przyznał na rozprawie, że w przypadku wcześniejszych postępowań przetargowych wymagał realizacji zamówienia przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, przy czym dopuszczał realizację części zamówienia na podstawie umów cywilnoprawnych, natomiast zakaz kierowania pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności do realizacji zamówienia pojawił się pierwszy raz dopiero w niniejszym postępowaniu. Powyższe różnice przesądziły o uznaniu ww. aneksów za irrelevantnych dla rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania wybranej oferty i zaniechał wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty dotyczące uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej na rozprawie faktury).

Przewodniczący:.....