

WYROK

z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: "STEKOP" S.A., "STEKOP-OCHRONA" Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: 1) Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security AT sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, 3) Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 4) Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz 5) FOSA Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: 1) Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz 4) FOSA Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający - Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2021r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia

przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem: 2021/S 146-389912 w dniu 30 lipca 2021 r.

W dniu 15 listopada 2021r. wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz FOSA Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „Wykonawca Ekspert Security DUO”), w zakresie części 1 i 6 zamówienia pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz FOSA Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, (dalej: „Wykonawca Ekspert Security”), w zakresie części 5 i 11 zamówienia pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ekspert Security w zakresie części 5 i 11 zamówienia pomimo, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ekspert Security DUO, mimo że wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę nie uzasadniają, że podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską,

4) art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ekspert Security, mimo że wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę nie uzasadniają, że podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ekspert Security DUO złożonej w zakresie części 1 i 6 zamówienia,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ekspert Security złożonej w

zakresie części 5 i 11 zamówienia,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu w zakresie części 1 wpłynęły następujące oferty niepodlegające odrzuceniu:

- 1) Wykonawca Ekspert Security DUO - 1.872.013,75 zł,
- 2) Odwołujący- 1.911.988,26 zł
- 3) Konsorcjum Solid Security sp. z o.o. - cena brutto - 2.087.725,25 zł,
- 4) Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. - cena brutto - 2.151.081,07 zł.

Odwołujący wskazał ponadto, że średnia arytmetyczna ofert w tej części zamówienia wyniosła 2.005.702,08 zł.

W postępowaniu w zakresie części 6 wpłynęły następujące oferty niepodlegające odrzuceniu:

- 1) Wykonawca Ekspert Security DUO - 1.079.203,97 zł,
- 2) Odwołujący - 1.139.973,84 zł,
- 3) Konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. - 1.166.695,35 zł,
- 4) Konsorcjum Basma Security Sp. z o.o. - 1.229.189,18 zł

Odwołujący wskazał ponadto, że średnia arytmetyczna ofert w tej części zamówienia wyniosła 1.153.765,59 zł.

W postępowaniu w zakresie części 5 wpłynęły następujące oferty niepodlegające

odrzuceniu:

- 1) Wykonawca Ekspert Security - 1.868.996,81 zł,
- 2) Odwołujący - 1.920.284,86 zł,
- 3) Konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. - 2.058.310,06 zł.

Odwołujący wskazał ponadto, że średnia arytmetyczna ofert w tej części zamówienia wyniosła 1.949.197,24 zł.

W postępowaniu w zakresie części 11 wpłynęły następujące oferty niepodlegające

odrzuceniu:

- 1) Wykonawca Ekspert Security - 1.599.411,31 zł,
- 2) Odwołujący - 1.653.716,30 zł,
- 3) Konsorcjum Basma Security Sp. z o.o. - 1.676.343,38 zł,
- 4) Konsorcjum DGP - 1.770.084,14 zł,
- 5) Konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. - 1.983.304,11 zł.

Odwołujący wskazał ponadto, że średnia arytmetyczna ofert w tej części zamówienia wyniosła 1.737.371,85 zł.

Z powyższego w opinii Odwołującego wynika, że cena zaoferowana przez

Wykonawcę Ekspert Security DUO w zakresie części 1 i części 6, jak również Wykonawcy Ekspert Security w zakresie części 5 i 11, znacząco odbiegają od cen pozostałych Wykonawców, co budzi uzasadnione wątpliwości - również Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę Ekspert Security DUO oraz Wykonawcę Ekspert Security do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Według Odwołującego uwzględniając zakres przedmiotowego zamówienia nawet niewielkie różnice w zakresie oferowanej ceny mogą znacząco przełożyć się na należyłą realizację przyszłej umowy o udzielenie zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty dotyczące zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ekspert Security DUO w zakresie części 1 i 6 z uwagi na fakt, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę wskazał, że Zamawiający w dniu 28 października 2021 r. wezwał Wykonawcę Ekspert Security DUO na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej oferty stwierdzając, że „zaproponowane wartości oferty brutto w Części 1 i 6 ww. Postępowania, budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Ekspert Security DUO przedstawił własne kalkulacje ceny, które w opinii Odwołującego w żaden sposób nie uzasadniają zaoferowanej

ceny. Co więcej zawierają istotne błędy wpływające na zaniżenie kosztów realizacji zamówienia, a przede wszystkim nie zostały poparte żadnymi dowodami. Ekspert Security

DUO tym samym nie wykazał - według Odwołującego - że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący dokonując analizy złożonych przez Ekspert Security DUO wyjaśnień wskazał, że ustalając koszty zatrudnienia pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawcy musieli wziąć pod uwagę wynagrodzenie pracowników równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, ponieważ Zamawiający wymagał, aby wszyscy pracownicy realizujący zamówienie zostali zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Wykonawcy powinni uwzględnić w zaoferowanej cenie koszty zatrudnienia pracowników, przy założeniu, że wynagrodzenie każdego z pracowników nie będzie niższe niż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także fakt wykonywania usługi w godzinach nocnych oraz całodobowo. Dodatkowo, wyliczając cenę ofertową, wykonawcy powinni wziąć pod uwagę, że pracownikom przysługuje prawo do urlopu wypoczynkowego, w okresie którego pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia. Wymiar urlopu wypoczynkowego uzależniony jest od długości stażu pracy pracownika i wynosi odpowiednio 20 dni w roku albo 26 dni w roku. Oferowana cena miała zostać skalkulowana na 12 miesięcy trwania umowy. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022r., od dnia 1 stycznia 2022 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wyniesie 3010,00 zł, a minimalna stawka godzinowa - 19,70 zł. Wykonawca powinien przyjąć coroczny wzrost płacy minimalnej, który to wzrost jest jednym z istotnych ryzyk każdego Wykonawcy. Wykonawca składając ofertę na realizację określonego rodzaju usługi (uwzględniając koszty pracy) winien to ryzyko wzrostu płacy minimalnej wkalkulować w rozmiarze zgodnym z informacjami dostępnymi w momencie składania oferty.

Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Ekspert Security DUO przy kalkulacji ceny

oferty:

1) błędnie wyliczył wysokość dodatku za pracę w porze nocnej w 2022 r., która wynosi 200,67 zł, co wynika z następującego działania arytmetycznego: $3010,00 \text{ zł} / 168 \text{ h} \times 20\% \times 56 \text{ h} = 200,67 \text{ zł}$,

2) błędnie przyjął wysokość składki wypadkowej, która przy wynagrodzeniu brutto 2987,62 zł wynosi 27,78 zł a nie 20,02 zł, a przy wynagrodzeniu 3210,67 zł wynosi 29,86 zł, a nie 21,51 zł,

3) nie uwzględnił kosztów zastępstwa wynikającego z przebywania pracownika na zwolnieniu (stan epidemii powoduje zwiększony odsetek zwolnień chorobowych w związku z przebywaniem na izolacji lub kwarantannie, które to ryzyko winien wkalkulować w ofercie Wykonawca) - obowiązek opłacania wynagrodzenia chorobowego przez okres 33 dni wynika bezpośrednio z art. 92 § 4 Kodeksu pracy,

4) uwzględnił koszty zastępstwa urlopowego w 2022 r. w przeliczeniu jedynie na 11 miesięcy.

Z powyższego wynika, że dla części 1, koszt osobowy w 2021 r. i 2022 r. zgodnie ze składnikami jakie wziął pod uwagę Wykonawca Ekspert Security DUO wraz z 1 dniem zwolnienia (minimalny) wynosi:

- 1) Ilość godzin w 2021 r.: $5292 \times 21,96$ (stawka przy ilości godzin w grudniu 176) = 116 212,32 zł
- 2) Ilość godzin w 2022 r.: $56028 \times 24,74$ = 1 386 132,72 zł
- 3) Razem koszty osobowe: $116 212,32 + 1 386 132,72$ = 1 502 345,04 zł przy czym
- 4) Koszty wynagrodzeń według Ekspert Security DUO za 2021 r. i 2022 r. : $117 059,04 + 1 378 849,08$ = 1 495 908,12 zł

Dla części 6 zamówienia koszt osobowy w 2021 r. i 2022 r. zgodnie ze składnikami jakie wziął pod uwagę Wykonawca Ekspert Security DUO wraz z 1 dniem zwolnienia (minimalny) wynosi:

- 1) Ilość godzin w 2021 r.: $3024 \times 21,96$ (stawka przy ilości godzin w grudniu 176) = 66 407,04 zł
- 2) Ilość godzin w 2022 r.: $32016 \times 24,74$ = 792 075,84 zł
- 3) Razem koszty osobowe: $66 407,04 + 792 075,84$ = 858 482,88 zł przy czym
- 4) Koszty wynagrodzeń według Ekspert Security DUO za 2021 r. i 2022 r. : $66 890,88 + 787 913,76$ = 854 804,64 zł.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca Ekspert Security DUO w swoich wyjaśnieniach w zakresie części 1 zamówienia wskazał, że koszt obsługi kontraktu wyniesie zaledwie: 1287,46 zł miesięcznie co w przeliczeniu na realizację całej Umowy wyniesie: 15.499,52 zł. Kwota ta ma obejmować: 1) wyposażenie w postaci: pistoletów, umundurowania służbowego, kajdanek, RMG, pałki służbowe, maska przeciwgazowa, hełm, kamizelka kuloodporna, kamizelka taktyczna, latarka, opatrunek osobisty, radiotelefon, radiotelefon przenośny, telefon komórkowy, system kontroli pracowników, ostrzegacz napadowy, samochód, sejf, budki wartownicze, 2) koszty w postaci:

- abonamentu telefonicznego,
- eksploatacji systemu kontroli pracownika,
- szkolenia strzeleckie, - eksploatacja samochodu, - inne koszty operacyjne.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie wskazanych w wyjaśnieniach cen, które budzą uzasadnione wątpliwości.

Po pierwsze, zarówno fakt posiadania broni, środków przymusu, pełnego umundurowania oraz pozostałego wyposażenia, które „posiada” Ekspert Security DUO, nie świadczy o tym, że w związku z ich eksploatacją nie powstaną dodatkowe koszty związane z koniecznością wymiany sprzętu, zakupu nowego bądź jego naprawy. Należy także założyć ryzyko zniszczenia munduru w trakcie świadczenia usług. Ponadto z wymaganiami Zamawiającego związanymi z wyposażeniem pracowników w odzież roboczą, wiąże się konieczność pokrywania przez wykonawcę realizującego zamówienie kosztów prania odzieży pracowników, ewentualnie zapłaty pracownikowi ekwiwalentu za koszty prania tej odzieży. Po drugie, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 14 października 2021 r., wykonawca powinien uwzględnić koszt związany z eksploatacją samochodu - 50 km dziennie. Obecnie ceny paliw wahają się w granicach około 6 zł/1 litr, średnie spalanie samochodu 10 l/ 100 km, więc miesięczny wydatek związany z samym zakupem paliwa wynosi ok. 900,00 zł, a nie jak wskazał Wykonawca 250,00 zł. Ekspert Security DUO nie uwzględnił pozostałych kosztów, w postaci kosztów napraw i części eksploatacyjnych, kosztów ubezpieczenia pojazdu i amortyzacji. Po trzecie, kalkulacja Ekspert Security DUO jest zaniżona poprzez nieuwzględnienie szeregu innych kosztów. Ekspert Security DUO nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej szeregu pozostałych kosztów w postaci:

1) tzw. urlopów okolicznościowych pracowników, które wykonawcy kalkulując cenę ofertową powinni również uwzględnić, że pracownicy realizujący zamówienie mogą skorzystać z prawa do tzw. urlopów okolicznościowych i uwzględnić w cenie ofertowej

koszty tychże urlopów;

2) badań lekarskich pracowników - Wykonawcy kalkulując cenę musieli ponadto wziąć pod uwagę, że zatrudniając nowych pracowników do realizacji zamówienia będą zmuszeni pokryć koszty wstępnych badań lekarskich takich pracowników. Koszty wstępnych badań lekarskich są to koszty, które zobowiązany jest pokrywać pracodawca zatrudniając pracowników. Koszt takiego jednego badania wynosi średnio 50 zł. W przypadku pracowników już zatrudnionych, wykonawcy kalkulując cenę powinni uwzględnić koszty okresowych badań pracowników;

- 3) szkoleń BHP pracowników,
- 4) zapewnienia dziennika zmiany
- 5) nadzoru
- 6) środki higieny:
- 7) alkomat i atestowany koszt kalibracji:
- 8) eksploatacyjne takie jak baterie do latarek, identyfikatory,
- 9) szkoleń,
- 10) wniesienia zabezpieczenia

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że kwota pozostała po uregulowaniu kosztów wynagrodzeń pracowników (przy uwzględnieniu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień), która ma pokrywać wyżej wymienione koszty oraz generować zysk Ekspert Security DUO wynosi jedynie: 1.521.962,40 zł - 1.502.345,04 zł = 19.617,36 zł. Ekspert Security DUO w zakresie części 1, zadeklarował poniesienie kosztów obsługi kontraktu w wysokości 15.449,52 zł, co oznacza że na pokrycie wyżej wymienionych i nieuwzględnionych w ofercie Wykonawcy kosztów oraz zysku pozostanie kwota 4.167,84 zł (w skali całego zamówienia), czyli 347,32 zł miesięcznie. Odwołujący podkreślił, że przyjęcie zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami, kosztu zakupu paliwa miesięcznie na kwotę 900,00 zł, generuje w skali całego zamówienia koszty na poziomie 7.800,00 zł. Taki koszt generowany jest obecnie w związku z realizacją zamówienia przez Odwołującego. Z powyższego wynika, że Wykonawca Ekspert Security DUO nie jest w stanie wykonać należycie części 1 zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę.

Odnosząc się do wyjaśnień w zakresie części 6 Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Ekspert Security DUO wskazał, że koszt obsługi kontraktu wyniesie za ledwie: 1019,54 zł miesięcznie co w przeliczeniu na realizację całej Umowy wyniesie: 12.234,42 zł. Kwota ta ma obejmować analogiczne składniki jak w części 1 zamówienia. Odwołujący podkreślił, że kwota pozostała po uregulowaniu kosztów wynagrodzeń pracowników (przy uwzględnieniu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień), która ma pokrywać wyżej wymienione koszty oraz generować zysk Ekspert Security DUO wynosi: 877.401,60 zł - 858.482,88 zł = 18.918,72 zł

Zauważył także, że Ekspert Security DUO w zakresie części 6, zadeklarował poniesienie kosztów obsługi kontraktu w wysokości 12.234,42 zł, co oznacza że na pokrycie wyżej wymienionych i nieuwzględnionych w ofercie Wykonawcy kosztów oraz zysku pozostanie kwota 6.684,30 zł (w skali całego zamówienia), czyli za ledwie 557,03 zł miesięcznie. Z powyższego wynika, że Wykonawca Ekspert Security DUO nie jest w stanie wykonać należycie części 6 zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę.

Uzasadniając zarzuty dotyczące wykonawcy Ekspert Security Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 28 października 2021 r. wezwał go na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej oferty, stwierdzając, że „zaproponowane wartości oferty brutto w Części 5, 9 i 11 ww. Postępowania, budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Ekspert Security przedstawił własne kalkulacje ceny, przy następujących założeniach, zarówno w zakresie części 5 jak i 11:

1) do realizacji zamówienia zostaną oddelegowani kwalifikowani pracownicy ochrony zatrudnieni na umowę o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnemu wynagrodzeniu za pracę (2021 r. - 2800,00 zł brutto, 2022 r. - 3010,00 zł brutto), których staż pracy jest krótszy niż 10 lat - urlop wypoczynkowy przysługujący takiemu pracownikowi w stosunku rocznym to 20 dni, którzy nie odprowadzają składek na PPK,

2) dodatek za pracę w godzinach nocnych został określony w 2021 r. na kwotę: 187,62 zł,

3) dodatek za pracę w godzinach nocnych został określony w 2022 r. na kwotę: 200,48 zł, 4) wynagrodzenie zostało określone z uwzględnieniem składki wypadkowej

0,93%.

W oparciu o powyższe, koszt 1 rbh wraz z urlopem wypoczynkowym w 2021 r. został przez Wykonawcę określony na kwotę: 22,12 zł, natomiast w 2022 r. na kwotę 24,61 zł. W zakresie pozostałych kosztów, Odwołujący podkreślił, że Wykonawca ten przedstawił własne, niepoparte żadnymi dowodami koszty, związane z realizacją zamówienia, które zostały znacząco zaniżone. Do wyjaśnień, jako dowód mający potwierdzać wysokość opłacanej stawki składki wypadkowej, została dołączona „informacja nt. wysokości składki wypadkowej” płatnika Ekspert Security AT Sp. z o.o., który to podmiot nie uczestniczy w Konsorcjum firm składających ofertę w części 5 i 11 zamówienia. W związku z tym, dowód ten - jak wskazał Odwołujący - nie uzasadnia przyjęcia do kalkulacji ceny w zakresie części 5 i 11 stopy procentowej na poziomie 0,93 %, co świadczy o tym, że Wykonawca Ekspert Security nie tylko nie udowodnił poprzez swoje wyjaśnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską, ale także nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej. Wyjaśnienia Wykonawcy Ekspert Security w żaden sposób nie uzasadniają zaoferowanej ceny. Co więcej zawierają istotne błędy wpływające na zaniżenie kosztów realizacji zamówienia, a przede wszystkim nie zostały poparte żadnym dowodem. Ekspert Security tym samym nie wykazał, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia obrazujące przykładowy sposób obliczenia minimalnych kosztów wynagrodzeń pracowników bezpośrednio realizujących zamówienie, z których wynika, że Wykonawca Ekspert Security skalkulował ofertę:

1) błędnie wyliczając wysokość dodatku za pracę w porze nocnej w 2022 r., która wynosi 200,67 zł, co wynika z następującego działania arytmetycznego: $3010,00 \text{ zł} / 168 \text{ h} \times 20\% \times 56 \text{ h} = 200,67 \text{ zł}$,

2) błędnie przyjmując wysokość składki wypadkowej na poziomie 0.93% - co nie zostało udowodnione, która przy wynagrodzeniu brutto 2987,62 zł wynosi 27,78 zł a nie 20,02 zł, a przy wynagrodzeniu 3210,67 zł wynosi 29,86 zł, a nie 21,51 zł,

3) nie uwzględniając kosztów zastępstwa wynikającego z przebywania pracownika na zwolnieniu (stan epidemii powoduje zwiększony odsetek zwolnień chorobowych w związku z przebywaniem na izolacji lub kwarantannie, które to ryzyko winien w kalkulować w ofercie Wykonawca) - obowiązek opłacania wynagrodzenia chorobowego przez okres 33 dni wynika bezpośrednio z art. 92 § 4 Kodeksu pracy,

4) uwzględniając koszty zastępstwa urlopowego w 2022 r. w przeliczeniu jedynie na 11 miesięcy.

Z powyższego wynika, że dla części 5, koszt osobowy w 2021 r. i 2022 r. zgodnie ze składnikami jakie wziął pod uwagę Wykonawca Ekspert Security DUO wraz z 1 dniem zwolnienia (minimalny) wynosi:

1) Ilość godzin w 2021 r.: $5292 \times 21,96$ (stawka przy ilości godzin w grudniu 176) = 116 212,32 zł

2) Ilość godzin w 2022 r.: $56028 \times 24,74 = 1 386 132,72 \text{ zł}$

3) Razem koszty osobowe: $116 212,32 + 1 386 132,72 = 1 502 345,04 \text{ zł}$ przy czym

4) Koszty wynagrodzeń według Ekspert Security za 2021 r. i 2022 r. : $117 059,04 + 1 378 849,08 = 1 495 908,12 \text{ zł}$.

Dla części 11 zamówienia koszt osobowy w 2021 r. i 2022 r. zgodnie ze składnikami jakie wziął pod uwagę Wykonawca Ekspert Security wraz z 1 dniem zwolnienia (minimalny) wynosi:

1) Ilość godzin w 2021 r.: $4536 \times 21,96$ (stawka przy ilości godzin w grudniu 176) = 99.610,56 zł

2) Ilość godzin w 2022 r.: $48024 \times 24,74 = 1.188.113,76 \text{ zł}$

3) Razem koszty osobowe: $99.610,56 + 1.188.113,76 = 1.287.724,32 \text{ zł}$ przy czym

4) Koszty wynagrodzeń według Ekspert Security za 2021 r. i 2022 r. : 100 336,32 + 1 181 870,64 = 1 282 206,96 zł.

Odwołujący zauważył także, że Wykonawca Ekspert Security w swoich wyjaśnieniach w zakresie części 5 zamówienia wskazał, że koszt obsługi kontraktu wyniesie zaledwie: 1387,46 zł miesięcznie co w przeliczeniu na realizację całej Umowy wyniesie: 16.649,50 zł. Kwota ta ma obejmować:

- 1) wyposażenie w postaci: pistoletów, umundurowania służbowego, kajdanek, RMG, pałki służbowe, maska przeciwgazowa, hełm, kamizelka kuloodporna, kamizelka taktyczna, latarka, opatrunek osobisty, radiotelefon, radiotelefon przenośny, telefon komórkowy, system kontroli pracowników, ostrzegacz napadowy, samochód, sejf, budki wartownicze,
- 2) koszty w postaci: abonamentu telefonicznego, eksploatacji systemu kontroli pracownika, szkolenia strzeleckie, eksploatacja samochodu, grupy interwencyjnej i inne koszty operacyjne.

Odwołujący zauważył także, że Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie wskazanych w wyjaśnieniach cen, które budzą uzasadnione wątpliwości.

Według Odwołującego, zarówno fakt posiadania broni, środków przymusu, pełnego umundurowania oraz pozostałego wyposażenia, które „posiada” Ekspert Security, nie świadczy o tym, że w związku z ich eksploatacją nie powstaną dodatkowe koszty związane z koniecznością wymiany sprzętu i zakupu nowego oraz jego naprawy. Należy także założyć ryzyko zniszczenia munduru w trakcie świadczenia usług. Ponadto, z wymaganiami Zamawiającego związanymi z wyposażeniem pracowników w odzież roboczą, wiąże się konieczność pokrywania przez wykonawcę realizującego zamówienie kosztów prania odzieży pracowników, ewentualnie zapłaty pracownikowi ekwiwalentu za koszty prania tej odzieży. Po drugie, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 14 października 2021 r., wykonawca powinien uwzględnić koszt związany z eksploatacją samochodu - 50 km dziennie. Obecnie ceny paliw wahają się w granicach około 6 zł/1 litr, średnie spalanie samochodu 10 l/ 100 km, więc miesięczny wydatek związany z samym zakupem paliwa wynosi ok. 900,00 zł, a nie jak wskazał Wykonawca 250,00 zł. Ekspert Security nie uwzględnił pozostałych kosztów, w postaci kosztów napraw i części eksploatacyjnych, kosztów ubezpieczenia pojazdu i amortyzacji. Po trzecie, koszt obsługi kontraktu Ekspert Security jest zaniżony. Ekspert Security nie skalkulował w cenie ofertowej szeregu pozostałych kosztów w postaci:

- 1) tzw. urlopów okolicznościowych pracowników,
- 2) badań lekarskich pracowników,
- 3) koszty szkoleń BHP pracowników,
- 4) koszty zapewnienia dziennika zmiany,
- 5) koszty nadzoru,
- 6) środki higieny,
- 7) alkomat i atestowany koszt kalibracji:
- 8) koszty eksploatacyjne takie jak baterie do latarek, identyfikatory;
- 9) koszty szkoleń:
- 10) koszty wniesienia zabezpieczenia.

Odwołujący zauważył, że kwota pozostała po uregulowaniu kosztów wynagrodzeń pracowników (przy uwzględnieniu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień), która ma pokrywać wyżej wymienione koszty oraz generować zysk Ekspert Security wynosi: 1.519.509,60 zł - 1 502 345,04 zł = 17.164,56 zł. Natomiast jak wynika z wyjaśnień, Ekspert Security w zakresie części 5, zadeklarował poniesienie kosztów obsługi kontraktu w wysokości 16.649,50 zł, co oznacza że na pokrycie wyżej wymienionych i nieuwzględnionych w ofercie Wykonawcy kosztów oraz zysku pozostanie kwota 515,06 zł (w skali całego zamówienia), czyli 42,92 zł miesięcznie. Co więcej, przyjęcie zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami, kosztu zakupu paliwa miesięcznie na kwotę 900,00 zł, generuje w skali całego zamówienia koszty na poziomie 7.800,00 zł. Taki koszt generowany jest obecnie w związku z realizacją zamówienia przez Odwołującego.

Z powyższego wynika, że Wykonawca Ekspert Security nie jest w stanie wykonać należycie części 5 zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę.

Analogiczne uzasadnienie Odwołujący przedstawił w zakresie wyjaśnień dotyczących części 11 zamówienia. Dodał, że kwota pozostała po uregulowaniu kosztów wynagrodzeń pracowników (przy uwzględnieniu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień), która ma pokrywać wszystkie koszty oraz generować zysk Ekspert Security wynosi: $1.300.334,40 \text{ zł} - 1.287.724,32 \text{ zł} = 12.609,78 \text{ zł}$. Natomiast Ekspert Security w zakresie części 11, zadeklarował poniesienie kosztów obsługi kontraktu w wysokości 11.974,16 zł, co oznacza że na pokrycie wyżej wymienionych i nieuwzględnionych w ofercie Wykonawcy kosztów oraz zysku pozostanie kwota 635,62 zł (w skali całego zamówienia), czyli zaledwie 52,97 zł miesięcznie. Z powyższego wynika, że Wykonawca Ekspert Security nie jest w stanie wykonać należycie części 11 zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że poza kosztami wynagrodzeń pracowników, w zaoferowanej cenie wykonawcy powinni uwzględnić szereg kosztów, które będą zmuszeni ponieść w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca Ekspert Security DUO i Ekspert Security nie uwzględnili wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Koszty te z pewnością nie zostaną pokryte z ceny zaoferowanej przez tych Wykonawców. Ekspert Security DUO i Ekspert Security nie przedłożyli także dowodów potwierdzających fakt ponoszenia kosztów w przedmiotowej wysokości. W związku z powyższym, nie sposób uznać, że Ekspert Security DUO i Ekspert Security sprostali obowiązkowi wyjaśnienia, że cena przez nich zaoferowana nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że przedstawione przez oba Konsorcja wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, zostały przez niego poddane ocenie, a ponadto, że nie ograniczył swoich działań jedynie do formalnego odnotowania dostarczonych przez Przystępujących wyjaśnień w dokumentacji przetargowej, lecz podjął stosowne przedsięwzięcia mające na celu wyrobienie osądu co do przedstawionych materiałów. Ocena przedstawionych materiałów pozwala przyjąć, że zaprezentowany przez Konsorcja szczegółowy sposób wyliczenia ceny, w tym przedstawione kalkulacje zysku przy zaproponowanej cenie nie uzasadniają uznania jej jako rażąco niskiej. Wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, są przekonujące i stanowią potwierdzenie tego, że cena oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację zamówienia. Uzasadnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny są konkretne, wyczerpujące i nie pozostawiają wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Przedstawiony sposób wyliczenia ceny, zdaniem Zamawiającego, obejmował jej wszystkie elementy cenotwórcze. Kalkulacje te były przedstawione w sposób rzetelny i wyczerpujący. Przedstawiony przez Konsorcja realny zysk, który uzyska z realizacji przedmiotowego zamówienia uzasadniał fakt, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską.

Zamawiający podkreślił, że porównanie zaproponowanych cen przez Konsorcja i Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne nie stanowią jakichś radykalnych rozbieżności. W tym zestawieniu możemy jedynie mówić o niższej cenie zaoferowanej przez Przystępujących, a nie rażąco niskiej. W konsekwencji ocenił, że zaproponowana przez Przystępujących cena nie jest rażąco niską ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a przedstawione wyjaśnienia są przekonujące i stanowią potwierdzenie tego, że cena oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację zamówienia. Tym samym oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na tej podstawie. Działania Zamawiającego realizowane były z poszanowaniem zasad podstawowych postępowania o zamówienie publiczne

Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp Zamawiający stwierdził, że Przystępujący przedstawili wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, które zawierają szczegółowy sposób wyliczenia ceny, jak również dowody uzasadniające przyjętą cenę. Obejmują również kalkulacje zysku przy zaproponowanej cenie. W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia są rzetelne i nie uzasadniają uznania zaproponowanej ceny jako rażąco niskiej. Porównywalna jest ona do cen zaproponowanych przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w odniesieniu do części 1, 5, 6 i 11, w tym również do oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp. Izba oddaliła opozycję Odwołującego co do zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę Ekspert Security, która została wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza w zakresie części 5 i 11. Izba ustaliła, że z treści przystąpienia w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika, że wykonawca Ekspert Security zgłosił przystąpienie w zakresie części 5 i 11. Fakt natomiast wskazania, w dalszej części pisma, niewłaściwych części zamówienia, tj. 1 i 6, w opinii Izby stanowił omyłkę pisarską i nie wpływał na skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści wezwania Konsorcjów do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej 1,5, 6 i 11 części zamówienia. Izba przeprowadziła również dowody w udzielonych przez Konsorcja wyjaśnień a także ustaleń

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Art. 224 ust. 6 Pzp stanowi, że 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. Natomiast zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania konieczne jest podkreślenie, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia. Zgodnie więc z jego treścią ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 224 ust. 1 i 2 Pzp), a następnie poprzez ocenę

złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaofferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaofferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez Zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty.

Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na ochronie fizycznej osób i mienia. Wskazać należy, że specyfika tego rodzaju usług, polega przede wszystkim na pracy osób fizycznych, a więc koszty związane z zatrudnieniem pracowników mają zdecydowanie najwyższy wpływ na cenę oferty. To właśnie ten składnik ceny oferty Konsorcjów w głównej mierze był kwestionowany przez Odwołującego.

Oceniając realność ceny oferty zaofferowanej przez Konsorcja ceny wskazać należy, że wykonawcy ci odpowiadając na wezwanie Zamawiającego złożyli w dniu 3 listopada 2021 r. wyjaśnienia nie zachodziła pierwsza z przesłanek odrzucenia oferty wskazana w przepisie art. 224 ust. 6 Pzp. Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący nie wykazał, aby zachodziła druga z przesłanek odrzucenia, a więc aby cena zaofferowana przez Konsorcja w częściach nr 1,5, 6 i 11 za realizację zamówienia mogła zostać zakwalifikowana jako rażąco niska.

Izba stwierdziła, że Zamawiający sposób prawidłowy i z należytą starannością dokonał oceny wyjaśnień zarówno złożonych przez wykonawcę Ekspert Security oraz Ekspert Security DUO.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców w sposób szczegółowy i konkretny odnosiły się do wykazania kosztów dotyczących pracy, przyjętych założeń i stawek. Wyjaśnienia w tym zakresie nie ograniczały się jedynie do podania przyjętej stawki godzinowej, czy też stwierdzenia, że zostały skalkulowane zgodnie z wymogami wynikającymi z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2002 Nr 200 poz. 1679), ale w sposób kompleksowy przedstawiały kalkulacje w tym zakresie. Ponadto oba Konsorcja powołały się sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim fakt posiadania zarówno umundurowania, czy też sprzętu koniecznego do realizacji zamówienia, co zostało przez tych wykonawców szczegółowo wyjaśnione w zawartych w wyjaśnieniach zestawieniu.

Podkreślić należy, że w każdej z powyższych części zamówienia wykonawcy Ci wykazali także wysokość przewidywanego zysku z realizacji kontraktu.

Na rozprawie Przystępujący złożyli dowód na okoliczność korzystania przez nich przy kalkulacji kosztów wynagrodzeń stawki wypadkowej, jak również szczegółowe zestawienie, z informacją, iż to z uwzględnieniem tej stawki szacował koszty roboczogodziny i wynagrodzeń pracowników.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że Konsorcja nie doszacowały kosztów roboczogodziny o 5 groszy, to podkreślić po pierwsze należy, że powyższe w żaden sposób

nie może wpłynąć na uznanie, że zaoferowana przez nich cena oferty jest rażąco niska. Podkreślić należy, że koszty pracy zostały obliczone na podstawie obowiązujących przepisów i są one zgodne z wynikającymi z nich wymogami. Po drugie nie sposób przyjąć, że tylko sposób kalkulacji ceny przyjęty przez Odwołującego jest prawidłowy i wszyscy wykonawcy winni byli szacować cenę oferty z takimi samymi założeniami. Podkreślić należy, odnosząc się do różnic w sposobie kalkulacji ceny oferty, przyjętych stawek i założeń, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

Przystępujący wyjaśniali, że sporządzona przez nich kalkulacja kosztów pracy nie obejmowała ewentualnych kosztów związanych z potencjalnym przebywaniem pracowników na zwolnieniu lekarskim. W tym zakresie, w opinii Izby, zaistnienie takich sytuacji wiąże się z tzw. ryzykiem kontraktowym w danym zamówieniu, jednak powyższe nie oznacza, że brak takiego elementu wyceny potwierdza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Ponadto, na rozprawie Przystępujący potwierdzili zasadność przyjętych założeń dotyczących zakupu paliwa i obsługi pojazdów. Wyjaśnili również przyjęty przez siebie sposób wyliczenia stawki wynagrodzenia za pracę w porze nocnej, jak też przyjęte założenia dotyczące urlopów pracowników.

Podsumowując, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, zarówno Ekspert Security jak i Ekspert Security DUO składając szczegółowe wyjaśnienia, udowodnili Zamawiającemu, że ich ceny ofertowe są realne, wiarygodne, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będą ponosili strat.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną realnie niską. Jednakże w opinii Izby w niniejszym postępowaniu, gdzie obaj wykonawcy w sposób szczegółowy wyjaśnili wszelkie koszty związane z wynagrodzeniem pracowników, co jak wyżej wskazano, jest głównym czynnikiem cenotwórczym oferty, a ponadto wskazali, że w znacznej mierze będą korzystali z posiadanego sprzętu oraz umundurowania, to trudno jest przedstawić dowody obrazujące realność dokonanej kalkulacji cenowej. Niemniej jednak Odwołujący oprócz kwestionowania, iż Konsorcja nie złożyły żadnych dowodów na poparcie swoich wyliczeń, nie wskazał, jaki konkretnie dowód winne były przedłożyć na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny.

Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp. Jak bowiem już wskazano oferty obu Konsorcjów nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 224 ust. 6 Pzp, w związku z czym dopuszczenie tych ofert do oceny ofert nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący:.....