

WYROK

z dnia 17 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: EKOTRADE sp. z o.o. oraz EKOTRADE Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: BASMA SECURITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego względem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: BASMA SECURITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: EKOTRADE sp. z o.o. oraz EKOTRADE Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

3.1. Zalicza w 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 Konsorcjum firm: EKOTRADE sp. z o.o. oraz EKOTRADE Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: EKOTRADE sp. z o.o. oraz EKOTRADE Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wnoszącego sprzeciw wykonawcy CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 548/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie - prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp”), pn.

„Usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego w 2022 r.”, nr postępowania: ZP-12/2021, część nr 1 i część nr 2 zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2021 r., za numerem 2021/BZP 00296836/01.

W dniu 28 lutego 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: EKOTRADE sp. z o.o. oraz EKOTRADE Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 i części nr 2 zamówienia oferty wykonawcy CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach, zaniechania odrzucenia oferty Civis w zakresie części nr 1 i części nr 2 zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: BASMA SECURITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu w zakresie części nr 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Civis z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że Civis został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta Civis zawiera rażąco niską cenę,

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Basma z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że Basma został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta Basma zawiera rażąco niską cenę,

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2) odrzucenia oferty Civis,

3) odrzucenia oferty Basma.

Izba przedstawia uzasadnienie odwołania wyłączenie w zakresie zarzutów co do których został zgłoszony sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania, a dotyczących Przystępującego Civis,

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający przeprowadził procedurę badania cen ofert Civis i Basma oraz pierwotnie uznał te wyceny i wyjaśnienia za wiarygodne. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO: 3737/21) nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odstąpienie nieskutecznie zastrzeżonych przez tych wykonawców wyjaśnień zaoferowanych cen ofert. Po wykonaniu wyroku - pomimo zastrzeżeń zgłoszonych przez Odwołującego - Zamawiający ponownie uznał wyceny i wyjaśnienia Civis oraz Basma za wiarygodne. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. (sygn. akt: KIO 2640/18), wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11), wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 624/19).

Odnosząc się do niskiej ceny w ofercie Civis w części 1 zamówienia, Odwołujący wskazał, że na stronie 5 wyjaśnień Civis wskazuje, że koszt wynagrodzeń pracowników ochrony to 451 882,20 zł, przy płacy minimalnej 3 010,00 zł brutto powiększonej o koszty pracodawcy w wysokości 20,74% podstawy wymiaru. Daje to łączny koszt wynagrodzenia dla jednego pełnego etatu na poziomie: $3\,010,00 \times 1,2074 = 3\,634,27$ zł. Civis w sposób zupełnie niezrozumiały skalkulował koszty urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych. Przewidział w tej pozycji jedynie 31 813,01 zł kosztów, nie podając jednocześnie sposobu obliczenia tej wartości. Civis zdawkowo powołuje się na wewnętrzny regulamin pracy i przepis art. 151⁸ § 2 kodeksu pracy, lecz nie przedstawia żadnych dowodów uzasadniających tak niskie koszty. Odwołujący podkreślił, że z ogólnej zasady prawa pracy wynika, że uregulowania wewnętrzne pracodawcy nie mogą być mniej korzystne dla pracowników niż zasady kodeksowe - w praktyce ryczałtowe rozliczanie godzin nocnych oznacza jedynie taką korzyść dla pracodawcy, że nie musi on prowadzić ewidencji godzin pracy (vide art. 149 § 2 kodeksu pracy). Z dyspozycji art. 151⁸ § 2 in fine kodeksu pracy wynika, iż wysokość ryczałtu winna zostać ustalona w taki sposób, aby odpowiadała przewidywanemu wymiarowi pracy w porze nocnej. Inaczej mówiąc, wysokość ryczałtu powinna uwzględniać prognozowany wymiar godzin pracy przypadających w porze nocnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt I PKN 464/98, stwierdził bowiem, iż „jeżeli pracodawca może spełniać określone świadczenie pieniężne w formie ryczałtu, to nie może być on ustalony dowolnie, lecz powinien odpowiadać choćby w przybliżeniu świadczeniu, które przysługuje pracownikowi na ogólnych zasadach”. W szczególności ryczałt nie przekłada się na oszczędności w kosztach pracy w porze nocnej. Wysokość ryczałtu ustalana jest na ryzyko pracodawcy, a zatem jeżeli pracownik w określonym czasie wykonywał pracę w godzinach nocnych, za którą przysługuje wynagrodzenie w kwocie wyższej niż: uzgodniony między stronami ryczałt, to należy mu się wynagrodzenie w części przewyższającej ryczałt. Skalę niedoszacowań Civis obrazuje kalkulacja Odwołującego oparta na zasadach ogólnych wynagradzania pracowników za pracę w porze nocnej.

Jak wynika z zapisów OPZ, w skali miesiąca do wypracowania będzie średniomiesięcznie: 2 pracowników x 8 godzin nocnych na dobę x 30,42 dób średniomiesięcznie = 486,72 godzin nocnych. Zgodnie z art. 151⁸ § 1 kodeksu pracy, pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. W 2022 r. dodatek za pracę w porze nocnej wynosi średnio: $3\,010,00 \text{ zł} / 168\text{h} \times 20\% = 3,58 \text{ zł/h}$.

Odwolujący podniósł również, że wątpliwości budzą koszty urlopów pracowniczych. Civis twierdzi, że skieruje do realizacji zamówienia wyłącznie pracowników, którym przysługuje prawo do 20 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku, lecz nie przedstawia na tę okoliczność żadnych dowodów. Nawet tak sprzyjające warunki nie pozwolą na realizację zamówienia z zyskiem. Z kalkulacji Civisa wynika, iż nie planuje kierować pracowników ochrony do pracy w godzinach nadliczbowych, a zatem musi przyjąć do realizacji zamówienia nie mniej niż: $1\,740 \text{ rbg} \text{ średniomiesięcznie} / 168\text{h}$ jeden pełny etat = 10,36 etatów. W skali miesiąca do wypracowania będzie 486,72 godziny nocne na 10,36 etatów, co daje średnio 46,98 godzin nocnych na 1 etat. Kalkulacja kosztów urlopu: Przychód miesięczny pracownika: $3\,010,00 \text{ zł}$ wynagrodzenie brutto + $(46,96 \text{ godzin nocnych} \times 3,58 \text{ zł}$ dodatku za pracę w godzinach nocnych) = $3\,178,19 \text{ zł}$; $3\,178,19 \text{ zł} \times 1,2074 = 3\,837,35 \text{ zł}$ (koszty pracodawcy na 1 pełny etat) Średni miesięczny koszt urlopu pracowniczego dla jednego etatu wynosi w tym przypadku: $3\,837,35 \text{ zł} / 21 \text{ dni pracy średniomiesięcznie} \times 20$

dni rzekomy wymiar urlopu pracownika / 12 miesięcy w skali roku = 304,55 zł. Z kolei koszt urlopów pracowniczych dla wszystkich etatów wyniesie: 304,55 zł x 10,36 etatów x 12 miesięcy = 37 861,66 zł. Cavis oszacował łącznie koszty pracy w godzinach nocnych i urlopów na 31 813,01 zł, podczas gdy rzeczywistość jest to kwota równa: 20 909,49 + 37 861,66 = 58 771,15 zł.

Odwołujący zaprezentował urealnioną kalkulację Cavis, która potwierdza rażąco niską cenę w ofercie tego wykonawcy. Podkreślił, że poniższa kalkulacja uwzględnia szczególne uwarunkowania działalności Cavis, bowiem Odwołujący zmienił tylko jedną pozycję w kalkulacji: „koszt urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych”. Ta pozycja kalkulacyjna jest ściśle regulowana przepisami prawa pracy, toteż Cavis nie ma możliwości poczynienia tutaj oszczędności. Odwołujący przeprowadził kalkulację bazując na przepisach ogólnych prawa pracy oraz uwzględniając rzekome prawo pracowników Cavis do jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego.

l.p.	pozycja kalkulacyjna	wycena	urealniona
		Cavis	wycena
1.	wartość oferty netto	489 636,00 zł	489 636,00 zł
2.	koszt wynagrodzeń z umowy o pracę	451 882,20 zł	451 882,20 zł
3.	koszt urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych	31 813,01 zł	58 771,15 zł
4.	usługa podjazdu grupy interwencyjnej	896,14 zł	896,14 zł
5.	koszty wyposażenia obiektów oraz umundurowania i wyposażenia pracowników	634,76 zł	634,76 zł
6.	koszty operacyjne	417,60 zł	417,60 zł
7.	marża	3 992,29 zł	- 22 965,85 zł

Ponadto podkreślił, że Cavis całkowicie pominął w swojej kalkulacji koszty wynagrodzeń chorobowych. W dobie pandemii nieprawdopodobne jest by żaden pracownik ochrony nie przebywał na zwolnieniu lekarskim nawet jednego dnia w ciągu 12 miesięcy realizacji zamówienia.

Odnosnie części 2 zamówienia Odwołujący wskazał, że na stronie 7 wyjaśnień Cavis wskazuje, że koszt wynagrodzeń pracowników ochrony to 758 331,04 zł, przy płacy minimalnej 3 010,00 zł brutto powiększonej o koszty pracodawcy w wysokości 20,74% podstawy wymiaru. Daje to łączny koszt wynagrodzenia dla jednego pełnego etatu na poziomie: 3 010,00 x 1,2074 = 3 634,27 zł. Cavis w sposób zupełnie niezrozumiały skalkulował koszty urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych. Przewidział w tej pozycji jedynie 53 387,35 zł kosztów, nie podając jednocześnie sposobu obliczenia tej wartości. Cavis zdawkowo powołuje się na wewnętrzny regulamin pracy i przepis art. 151⁸ §2 kodeksu pracy, lecz nie przedstawia żadnych dowodów uzasadniających tak niskie koszty.

Skalę niedoszacowań obrazuje kalkulacja Odwołującego oparta na zasadach ogólnych wynagradzania pracowników za pracę w porze nocnej. Jak wynika z zapisów OPZ, w skali miesiąca do wypracowania będzie średniomiesięcznie: 4 pracowników x 8 godzin nocnych na dobę x 30,42 dob średniomiesięcznie = 973,44 godzin nocnych. Zgodnie z art. 151⁸ §1 kodeksu pracy, pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. W 2022 r. dodatek za pracę w porze nocnej wynosi średnio: 3 010,00 zł / 168h x 20% = 3,58 zł/h. Łatwo w takim razie obliczyć, iż sam koszt dodatków za pracę w porze nocnej wynosił będzie: 973,44 godzin nocnych średniomiesięcznie x 3,58 zł dodatku x 12 miesięcy realizacji zamówienia = 41 818,98 zł

Odwołujący podniósł, że wątpliwości budzą również koszty urlopów pracowniczych. Cavis twierdzi, że skieruje do realizacji zamówienia wyłącznie pracowników, którym przysługuje prawo do 20 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku, lecz nie przedstawia na tę okoliczność żadnych dowodów. Z kalkulacji Cavis wynika, iż nie planuje kierować pracowników ochrony do pracy w godzinach nadliczbowych, a zatem musi przyjąć do realizacji zamówienia nie mniej niż: 2 920 rbg średniomiesięcznie / 168h jeden pełny etat = 17,38 etatów. W skali miesiąca do wypracowania będzie 973,44 godzin nocnych na 17,38 etatów, co daje średnio 56,00 godzin nocnych na 1 etat. Kalkulacja kosztów urlopu:

Przychód miesięczny pracownika: 3 010,00 zł wynagrodzenie brutto + (56,00 godzin nocnych x 3,58 zł dodatku za pracę w godzinach nocnych) = 3 210,48 zł; 3 210,48 zł x 1,2074 = 3 876,33 zł (koszty pracodawcy na 1 pełny etat). Średni miesięczny koszt urlopu pracowniczego dla jednego etatu wynosi w tym przypadku: 3 876,33 zł / 21 dni pracy średniomiesięcznie x 20 dni rzekomy wymiar urlopu pracownika / 12 miesięcy w skali roku = 307,65 zł. Z kolei koszt urlopów pracowniczych dla wszystkich etatów wyniesie: 307,65 zł x 17,38 etatów x 12 miesięcy = 64 163,48 zł. Cavis oszacował łącznie koszty pracy w godzinach nocnych i urlopów na 53 387,35 zł, podczas gdy rzeczywiście jest to kwota równa: 41 818,98 + 64 163,48 = 105 982,46 zł.

Odwołujący prezentuje urealnioną kalkulację Cavis, która potwierdza rażąco niską cenę w ofercie tego wykonawcy. Podkreślił, że poniższa kalkulacja uwzględnia szczególnie uwarunkowania działalności Cavis, bowiem Odwołujący zmienił tylko jedną pozycję w kalkulacji: „koszt urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych”. Ta pozycja kalkulacyjna jest ściśle regulowana przepisami prawa pracy, toteż Cavis nie ma możliwości poczynienia tutaj oszczędności. Odwołujący przeprowadził kalkulację bazując na przepisach ogólnych prawa pracy oraz uwzględniając rzekome prawo pracowników Cavis do jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego.

l.p.	pozycja kalkulacyjna	wycena	urealniona
		Cavis	wycena
1.	wartość oferty netto	821 688,00 zł	821 688,00 zł
2.	koszt wynagrodzeń z umowy o pracę	758 331,04 zł	758 331,04 zł
3.	koszt urlopów pracowniczych oraz pracy w godzinach nocnych	53 387,35 zł	105 982,46 zł
4.	usługa podjazdu grupy interwencyjnej	1 503,86 zł	1 503,86 zł
5.	koszty wyposażenia obiektów oraz umundurowania i wyposażenia pracowników	1 065,24 zł	1 065,24 zł
6.	koszty operacyjne	700,80 zł	700,80 zł
7.	marża	6 699,70 zł	- 45 895,40 zł

Ponadto podkreślił, że Cavis całkowicie pominął w swojej kalkulacji koszty wynagrodzeń chorobowych. W dobie pandemii nieprawdopodobne jest by żaden pracownik ochrony nie przebywał na zwolnieniu lekarskim nawet jednego dnia w ciągu 12 miesięcy realizacji zamówienia.

W opinii Odwołującego, oferta Cavis zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena tej oferty jest nierealna, nierynkowa i bezwzględnie uniemożliwiają zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Świadczenie pełnego zakresu usług wymaganego przez Zamawiającego za wynagrodzeniem wskazanym przez Cavis jest skrajnie nieopłacalne i nie będzie możliwe bez dodatkowego finansowania z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Podkreślił, że Zamawiający żądał w wezwaniu nie tylko złożenia wyjaśnień, ale również przedstawienia dowodów. Tymczasem Cavis przedstawił jedynie jeden dowód w postaci umowy na podjazd grupy interwencyjnej, lecz ta pozycja kosztowa ma marginalne znaczenie dla oceny oferty. Cavis nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie pozycji kluczowych dla wyceny, w szczególności odnośnie zaniżonych kosztów pracy w porze nocnej oraz urlopów pracowniczych.

Pismem z dnia 14 marca 2022 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Przystępujący Cavis wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty oraz złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: CIVIS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: BASMA SECURITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego Civis wraz z załącznikami, w tym dowody: informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacje z otwarcia ofert, oferty Odwołującego oraz SWZ z dwóch innych postępowań.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w części 1: „Przedmiotem zamówienia jest ochrona Muzeum Katyńskiego Oddziału Martyrologicznego Muzeum Wojska Polskiego zgodnie z Planem Ochrony (nr 1186 z 15 maja 2017 r.), Instrukcją Bezpieczeństwa Pożarowego (nr 1595 z dnia 22 czerwca 2017 r.) i ustaleniami Kierownika Muzeum Katyńskiego w następującym składzie: a) dowódca ochrony (zmiany) — w budynku Muzeum, pomieszczenie monitoringu całodobowo, b) pracownik ochrony pomieszczenie monitoringu, wymiennie z posterunkiem w Bramie Nowomiejskiej - całodobowo, c) pracownik ochrony - posterunek jednoosobowy na zewnątrz obiektów Muzeum Katyńskiego- rejon Bramy Nowomiejskiej i budynku biurowo — administracyjnego w godzinach: 7.00-17.00 (10 godzin) w dniach poniedziałek - piątek oraz 8.30 — 16.30 (8 godzin) sobota-niedziela, wymiennie z posterunkiem na monitoringu w budynku) .W dniach, w których muzeum jest zamknięte dla zwiedzających (1.01.2022 r. Nowy Rok, 6.01.2022 r. Trzech Króli, 17-18.04.2022 r. Wielkanoc, 1.05.2022 r. 1. Maja, 16.06.2022 r. Boże Ciało, 1.11.2022 r. Wszystkich świętych, 25-26.12.2022 r. Boże Narodzenie — dwóch pracowników ochrony (bez posterunku na zewnątrz).”

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w części 2: „Obiekty są wyposażone w system telewizji dozorowanej. W ramach zamówienia zadanie realizowane będzie przez czterech kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisach na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej zgodnie z art. 26 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie

osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995) przez pełne 24 godz. na dobę. (...) 2. Zakres zadań i obowiązków Wykonawcy: (...) 3) całodobowa, bieżąca obserwacja obiektów za pomocą urządzeń telewizji przemysłowej oraz obchód terenu i obiektów Muzeum zgodnie z ustalonym harmonogramem.”

Zgodnie z protokołem z postępowania wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosiła: część 1: 612 000,01 zł, część 2: 1 121 280,00 zł.

Szacunkowa wartość zamówienia zgodnie z protokołem została ustalona w oparciu o analizę kosztów w 2021 r. (w tym ofert złożonych w trakcie postępowania) i prognoz na 2022 r.

uwzględniających wzrost o 210,00 zł minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 10 grudnia 2021 r. w postępowaniu w części 1 i 2 oferty złożyło 7 wykonawców: część 1: oferta 1 na kwotę: 621.514,08 zł, oferta 2 na kwotę: 679.556,30 zł, oferta 3 na kwotę: 627.934,68 zł, oferta 4 (Odwołującego) na kwotę: 619.459,49 zł, oferta 5 (Przystępującego Civis) na kwotę: 602.252,28 zł, oferta 7 na kwotę: 631.273,39 zł, oferta 8 na kwotę: 666.201,45 zł; część 2: oferta 1 na kwotę: 1.051.620,48 zł, oferta 2 na kwotę: 1.131.784,99 zł, oferta 3 na kwotę: 1.060.240,32 zł, oferta 4 (Odwołującego) na kwotę: 1.045.155,60 zł, oferta 5 (Przystępującego Civis) na kwotę:

I. 010.676,24 zł, oferta 7 na kwotę: 1.016.279,14 zł, oferta 8 na kwotę: 1.113.683,32 zł.

Izba ustaliła, że cena oferty Przystępującego Civis była niższa w części 1 o 1,59 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, natomiast w części 2: o 9,86%. Ponadto była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert

o: część 1: 5,23%, część 2: 4,77%.

Izba ustaliła również, że oferta Przystępującego Civis była niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług o: część 1: 9 747,73 zł, część 2: 110 603,76 zł. oraz od oferty Odwołującego o: część 1: 17 207,21 zł, część 2: 34 479,36 zł.

Odwołujący podnosił niedoszacowanie ofert Przystępującego Civis w zakresie urlopów oraz godzin nocnych o: część 1: 26 958,14 zł, część 2: 52 595,11 zł, a ceny całkowitej oferty

o: część 1: 22 965,85 zł, część 2: 45 895,40 zł.

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego przy założeniach przyjętych w odwołaniu byłaby niedoszacowana o: część 1: 5 758,64 zł, część 2: 11 416,04 zł. Natomiast wartość zamówienia w części 1 o: 13 218,12 zł.

Stawka roboczogodziny netto Odwołującego: część 1: 24,12 zł, część 2: 24,25 zł, a Przystępującego: część 1 i 2: 23,45 zł. Różnice część 1: 0,67 zł., część 2: 0,8 zł.

Pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Civis o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny wskazując: „Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia

II. 09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych Dz.U. z 2021 r. poz. 1229 ze zm.), zwanej dalej "PZP", zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, wydają się zamawiającemu 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. Zgodnie z art. 224 ust. 3 PZP Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem świadczonych usług; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług; 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 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; 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. (...) Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP., obowiązek wykazania, że Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień."

Pismem z dnia 15 grudnia 2021 r. Civis złożył następujące wyjaśnienia: „Wykonawca oświadcza, iż zaoferowana przez niego wartość wynagrodzenia, nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 - dalej zwana „p.z.p.”) tj. jest ceną realną, uwzględniając warunki panujące na warszawskim rynku oraz cech indywidualne Wykonawcy. Wycena oferty przedstawionej przez Wykonawcę została sporządzona w sposób rzetelny oraz dokładny na podstawie szczegółowej analizy aspektów technicznych, ekonomicznych i organizacyjnych dla realizacji przedmiotowego zadania, w oparciu o wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, zgromadzone ww. toku innych, podobnych realizacji. Wykonawca w sposób prawidłowy ocenił rzeczywiste

koszty realizacji. Wykonawca posiada pełne doświadczenie tj. tak w zakresie przygotowania oferty, jak i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób nie zauważyć, iż celem wprowadzenia mechanizmu kontroli ceny rażąco niskiej jest ochrona zamawiającego przed wykonawcami, którzy celowo lub wskutek lekkomyślności zaoferowałyby cenę, za którą nie sposób wykonać zamówienia publicznego, narażający tym samym zamawiającego na niezaspokojenie określonej potrzeby, dając której uruchomienie zostało dane postępowanie. (.) Orzecznictwo zapadłe na gruncie art. 90 p.z.p. z 2004 roku zachowuje swoją pełną aktualność. Nie można mieć wątpliwości, iż wykładania z art. 90 pzp z 2004 roku (odpowiednika art. 224 p.z.p.) dokonywana przez doktrynę jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej kładą nacisk na realność zaoferowanej ceny, a tym samym

możliwość wykonania zamówienia przez wykonawcę. W tym aspekcie nie sposób podnieść uzasadnionych zarzutów w zakresie ceny zaoferowanej przez Wykonawcę. W uzasadnieniu takiego stanowiska należy odnieść się do ustawowych przesłanek oceny z art. 224 ust. 3 pzp 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; Na oszczędność zarządzania procesem świadczonych usług wpływ ma fakt, iż Wykonawca posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych usług na terenie Warszawy. Wykwalifikowana kadra zamawiającego, posiadająca wieloletnie doświadczenie w pracy na tym rynku, pozwala na zoptymalizowanie procesu zatrudniania nowych pracowników, oraz umożliwia efektywne wykorzystywanie czasu pracy. Na dowód przedstawiam w załączeniu kopię posiadanego certyfikatu zarządzania normą jakości ISO 9001:2005 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; Wykonawca posiada status dużego przedsiębiorstwa (średnioroczne zatrudnienie powyżej 250 pracowników) co pozwala uzyskiwać wyjątkowo korzystne warunki u dostawców usług i materiałów. W zakresie uzyskiwanych rabatów Wykonawca korzysta ze stałych źródeł zaopatrzenia realizując duże wolumeny zakupów tak towarów jak i usług. Każda z tych przesłanek stanowi podstawę do rabatu od ceny ofertowej sprzedawcy. 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; Cena przedstawiona w ofercie uwzględnia kalkulację kosztów pracy nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę, przy zatrudnieniu pracowników zgodnie ze specyfikacją zamawiającego. Potwierdzenie uwzględnienia pełnego kosztu zatrudnienia, zawiera kalkulacja załączona poniżej. Na potwierdzenie spełnienia warunków ustawowych, oraz wymagań zamawiającego, załączam wzór umowy o pracę, zawieranej z pracownikami wykonawcy. 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca wyjaśnia, iż zgodnie z treścią złożonej oferty zamierza powierzyć podwykonawcy część zamówienia w zakresie podjazdów grup interwencyjnych. W związku z wieloletnią współpracą z firmą wykonującą usługę podwykonawstwa, wykonawca jest w stanie uzyskać wyjątkowo korzystne warunki cenowe. Na potwierdzenie załączam umowę podwykonawstwa w zakresie podjazdów grup interwencyjnych, która potwierdza korzystne warunki finansowe, uzyskiwane przez wykonawcę. **ANALIZA KOSZTÓW DLA KWOTY OFERTY ZŁOŻONEJ W TOKU AUKCJI ELEKTRONICZNEJ** Przenosząc powyższe uwagi natury ogólnej na treść złożonej przez Wykonawcę Oferty nie sposób nie odnieść się do kwoty złożonej oferty. W tym miejscu należy podkreślić, iż stawki te mają charakter realny tj. gwarantujący pokrycie kosztów realizacji oraz godny zysk wykonawcy. Poniżej wykonawca przedstawia odrębne kalkulacje dla części 1 i 2 zamówienia.

Kalkulacja dla części pierwszej:

KOSZT WYNAGRODZEŃ Z UMOWY O PRACĘ	555 815,10 zł	451 882,20 zł	20880 roboczogodzin, które dają 124 przepracowane miesięczne etaty w ciągu całego kontraktu, przy płacy minimalnej 3010,00 zł brutto, powiększonej o koszty pracodawcy- składka emerytalna 9,86%; składka rentowa 6,50%; składka wypadkowa 0,93%; składka na fundusz pracy 2,45% składka FGŚP 1,00%
---	---------------	---------------	--

KOSZT URLOPÓW PRACOWNICZYCH ORAZ PRACY W GODZINACH NOCNYCH	39 130,00 zł	31 813,01 zł	Założenie 20 dni urlopu w ciągu roku dla każdego z pracowników, oraz ryczałtowej stawki za godziny nocne, zgodnej z wewnętrznym regulaminem pracy wykonawcy (ryczałt za pracę w porze nocnej zgodnie z art. 151 ⁸ §2 k.p.)
USŁUGA PODJAZDU GRUPY INTERWENCYJNEJ	1 102,25 zł	896,14 zł	Abonament u podwykonawcy
KOSZTY WYPOSAŻENIA OBIEKTÓW, ORAZ UMUNDUROWANIA I WYPOSAŻENIA PRACOWNIKÓW	780,76 zł	634,76 zł	Wykonawca przyjmuje wykorzystanie wyposażenia i umundurowania posiadanego w magazynie, pozyskanego z zakończonych kontraktów. Do kosztów kalkulacji przyjmuje jedynie koszty pralni.
KOSZTY OPERACYJNE	513,65 zł	417,60 zł	Obsługa kadrowo płacowa, koszty administracyjne, koszty obsługi obiektu - wykonawca nie zakłada zatrudnienia dodatkowych osób do obsługi kontraktu, kontrakt będzie obsługiwany przy udziale obecnie posiadanych zasobów własnych Wykonawcy, kwota została wyliczona procentowo dla wartości zamówienia, w odniesieniu do pozostałych kontraktów realizowanych przez Wykonawcę.
MARŻA	4 910,52 zł	3 992,29 zł	Zakładany zysk z kontraktu

Kalkulacja dla części drugiej:

--

KOSZT WYNAGRODZEŃ Z UMOWY O PRACĘ	932 747,18 zł	758 331,04 zł	35 040 roboczogodzin, które dają 209 przepracowanych miesięcznych etatów w ciągu całego kontraktu, przy płacy minimalnej 3010,00zł brutto, powiększonej o koszty pracodawcy- składka emerytalna 9,86%; składka rentowa 6,50%; składka wypadkowa 0,93%; składka na fundusz pracy 2,45% składka FGŚP 1,00%
KOSZT URLOPÓW PRACOWNICZYCH ORAZ PRACY W GODZINACH NOCNYCH	65 666,45 zł	53 387,35 zł	Założenie 20 dni urlopu w ciągu roku dla każdego z pracowników, oraz ryczałtowej stawki za godziny nocne, zgodnej z wewnętrznym regulaminem pracy wykonawcy (ryczałt za pracę w porze nocnej zgodnie z art. 151 ⁸ §2 k.p.).
USŁUGA PODJAZDU GRUPY INTERWENCYJNEJ	1 849,75 zł	1 503,86 zł	Abonament u podwykonawcy
KOSZTY WYPOSAŻENIA OBIEKTÓW, ORAZ UMUNDUROWANIA I	1 310,24 zł	1 065,24 zł	Wykonawca przyjmuje wykorzystanie wyposażenia i umundurowania posiadanego w magazynie, pozyskanego z zakończonych kontraktów. Do
WYPOSAŻENIA PRACOWNIKÓW			kosztów kalkulacji przyjmuje jedynie koszty pralni.
KOSZTY OPERACYJNE	861,98 zł	700,80 zł	Obsługa kadrowo płacowa, koszty administracyjne, koszty obsługi obiektu - wykonawca nie zakłada zatrudnienia dodatkowych osób do obsługi kontraktu, kontrakt będzie obsługiwany przy udziale obecnie posiadanych zasobów własnych wykonawcy, kwota została wyliczona procentowo dla wartości zamówienia, w odniesieniu do pozostałych kontraktów realizowanych przez wykonawcę
MARŻA	8 240,63 zł	6 699,70 zł	Zakładany zysk z kontraktu

Zysk z realizacji przedmiotu obu części zamówienia zamyka się kwotą około 10 691,99 zł

netto. Jakkolwiek wyliczenia mogą być obarczone niewielkim marginesem błędu (koszty zostały obliczone z założeniem marginesu bezpieczeństwa) to wobec przedstawionych wyliczeń nie może być wątpliwości, iż Wykonawca posiada bezpieczny margines i założył zysk adekwatny do obecnej sytuacji rynkowej. Doświadczenie Wykonawcy pozwala na stwierdzenie, iż marże realizowane w toku wykonywania zamówień publicznych są bardzo niewielkie. Wynika to z ogromnej konkurencyjności rynku usług ochroniarskich, jak i transparentności postępowań. Niewielkie różnice w stawkach wynikają też z faktu, iż Wykonawcy wyraźnie odróżniają koszty „sztywne” od pozycji, na których mogą wypracowywać przewagę konkurencyjną. W przypadku Civis Polska są to np. bardzo niewielkie koszty administracyjne - doświadczenie kadry pozwala na wykonywanie obsługi realizacji kontraktu (w tym spraw kadrowo płacowych pracowników ochrony) w ramach aktualnie zatrudnionej kadry. Zawarcie nowej umowy, nawet z niewielką marżą prowadzi do korzystniejszego rozłożenia kosztów administracyjnych po stronie Wykonawcy (na większy wolumen zamówień). Co ważne realizacje dla obiektów takich jak Zamawiający stanowią usługi referencyjne na rynku obiektów muzealnych i obiektów kultury. Co ważne w

niespokojnych czasach (w tym związanych z COVID-19 czy wzrostami cen) Zamawiający z sektora zamówień publicznych są pewnymi kontrahentami, który terminowo regulują swoje zobowiązania. (...)”

Dowody Przystępujący Civis:

- w postępowaniu na usługi ochrony w 2022 r. dla Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie Odwołujący zaoferował stawkę roboczogodziny: 27,52 zł brutto, 22,37 zł netto.
- w postępowaniu na usługi ochrony w 2022 r. dla ZUS w Warszawie Odwołujący zaoferował stawkę roboczogodziny: 23,65 zł netto.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 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, że 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.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Na wstępie wskazania wymaga, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, zarówno w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Civis jak i dotyczących Konsorcjum Basma. W dniu 14 marca 2022 r. odbyło się posiedzenie z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego. Przystępujący Basma, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący Basma miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący Basma nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 14 marca 2022 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania dotyczących oferty Przystępującego Basma. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt: 2214/16).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących Przystępującego Basma w oparciu o art. 522 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części dotyczącej Przystępującego Basma. Natomiast uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie wniósł w wyznaczonym terminie sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Zamawiający uwzględnił również zarzuty odwołania dotyczące Przystępującego Civis, który na posiedzeniu zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w tej części, dlatego też Izba zgodnie z art. 523 ust. 3 ustawy pzp skierowała w tym zakresie odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy cena oferty Przystępującego Civis wykazywała cechy ceny rażąco niskiej i w konsekwencji powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący argumentował, iż cena oferty Przystępującego została niedoszacowana w zakresie kosztów godzin nocnych oraz kosztów urlopów pracowniczych. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że cena oferty

Przystępującego Civis nie została skalkulowana na rażąco niskim poziomie, a zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z kilku powodów.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i niereczywista.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego Civis wykazywała znamiona ceny rażąco niskiej. Była ona zarówno w części 1 jak i 2 niewiele niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, z uwagi na okoliczność iż całkowita cena oferty w części 1 i 2 budziła wątpliwości Zamawiającego. Co istotne, wezwanie ma charakter ogólny i w zasadzie powiela treści ustawowe. Zamawiający nie sprecyzował elementów składających się na cenę oferty, które wymagają szerszego wyjaśnienia. Nie wskazał również jak szczegółowego rozbicia ceny ofertowej oczekuje dla stwierdzenia jej realności. W konsekwencji powyższego Przystępujący Civis złożył wyjaśnienia w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający dla udowodnienia, że cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i jest wiarygodna. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie uprawnienie do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, aby potwierdzały wykonanie zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tak też: wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14). Niemniej jednak, Przystępujący Civis w wyjaśnieniach odniósł się do przesłanek zawartych w treści art. 224 ust. 3 ustawy pzp, przywołanych przez Zamawiającego w wezwaniu, wskazując na czynniki, które miały istotny wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, potwierdzające że zaproponowana cena oferty uwzględnia wszystkie wymogi Specyfikacji Warunków Zamówienia, zapewnia zysk bez obniżania jakości oferowanej usługi, a tym samym nie stanowi ceny rażąco niskiej. Przystępujący złożył dowody odpowiadające składanym wyjaśnieniom, a także przedłożył kalkulacje kosztów, które złożyły się na całkowitą cenę oferty. Odwołujący zakwestionował w tym zakresie koszt urlopów pracowniczych oraz godzin nocnych. Izba zauważa, że Zamawiający nie wezwał

Przystępującego do wyjaśnienia istotnych składowych ceny, a wyłącznie ceny całkowitej oferty, a Przystępujący odniósł się do treści wezwania. Co prawda, w przypadku rażąco niskiej ceny mamy do czynienia z „odwróconym” ciężarem dowodu, jednak w takiej sytuacji Odwołujący nie pozostaje zwolniony z obowiązku wskazania podstaw faktycznych zarzutu i przedstawienia dowodów na ich poparcie, szczególnie że Odwołujący podważa istotne składniki ceny, a nie całkowitą cenę oferty. Tym samym Odwołujący powinien wykazać, że koszty urlopów oraz godzin nocnych stanowią na tyle istotne składniki ceny, że mogą zaważyć na uznaniu ceny całkowitej oferty za rażąco niską. Podkreślenia wymaga, że przyczyną odrzucenia oferty może być wyłącznie rażące zaniżenie całej ceny lub jej części składowych, ale tylko takich, które mają charakter istotny. Cena całkowita oferty Przystępującego Civis nie była przez Odwołującego kwestionowana, trudno zresztą podważać cenę, która zarówno w części 1 jak i 2 w znikomym stopniu jest niższa od ceny ofertowej Odwołującego. Skoro zarzuty odwołania osadzały się na zaniżeniu części składowych ceny, to Odwołujący miał obowiązek wykazać ich istotność.

Jak wskazuje się w orzecznictwie za istotne składniki ceny uznaje się te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Będą to zatem elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania takiej istotności, w uzasadnieniu odwołania w ogóle nie odnosząc się do tej kwestii, co również potwierdza niezasadność postawionych zarzutów.

Podkreślić należy ponadto, że Odwołujący oparł się wyłącznie na kalkulacji własnej. W ocenie Izby, wyliczenia Odwołującego nie mogą być jedynym wyznacznikiem, jaka kalkulacja kosztów powinna zostać uznana za prawidłową. Każdy wykonawca przygotowując ofertę przyjmuje własne założenia co realizacji zamówienia, sposobu organizacji pracy przy uwzględnieniu sobie właściwych możliwości, w tym zasobów kadrowych. Uznając koncepcję Odwołującego, że wyliczenia ceny ofertowej jednego wykonawcy można odnieść do oceny prawidłowości ceny konkurenta należałoby stwierdzić, że również ceny ofertowe Odwołującego zostały zaniżone, co do któregoś z przyjętych przez niego składników cenotwórczych. Skoro Odwołujący kwestionuje koszty godzin nocnych i urlopów, które rzutują na niedoszacowanie ceny ofertowej Przystępującego Civis odpowiednio o: część 1: 22 965,85 zł, część 2: 45 895,40 zł to również cena ofertowa Odwołującego wykazywałaby niedoszacowanie na poziomie: część 1: 5 758,64 zł, część 2: 11 416,04 zł. Powyższe podważa wiarygodność przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń.

Wskazania wymaga, że Zamawiający dwukrotnie uznał złożone przez Przystępującego Civis wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za wiarygodne. Dopiero w postępowaniu odwoławczym wskazał, że jednak koszty godzin nocnych zostały błędnie skalkulowane przez Zamawiającego przy ocenie rażąco niskiej ceny Przystępującego. Zamawiający nie wskazał jednak na czym błąd Zamawiającego w wyliczeniach polegał. Izba zwraca uwagę, że bazując na kwotach niedoszacowanych w ocenie Odwołującego również szacunkowa wartość zamówienia w części 1 wykazywałaby ustalenie jej na zbyt niskim poziomie.

Odnosząc się do dowodów Przystępującego Civis, to co prawda dotyczą one innych postępowań, ale ukazują jednak jak kształtują się na rynku stawki roboczogodziny na usługi

ochrony mienia na 2022 r., od których to stawek nie odbiega stawka zaoferowana przez Przystępującego Civis w przedmiotowym postępowaniu, trudno zatem stwierdzić, aby została ona ustalona na rażąco niskim poziomie. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że nieznaczne różnice cenowe pomiędzy ofertami złożonymi w tym postępowaniu świadczą wyłącznie o walce konkurencyjnej oferentów, a nie o rażąco niskiej cenie.

Wobec powyższego Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne, dlatego też orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Przystępującego Civis na rozprawie.

Przewodniczący:.....