Sygn. akt: KIO 1179/22

WYROK

z dnia 16 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie i MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie oraz MW Scorta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie i MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie i:

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

   2.2. zasądza od zamawiającego Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie i MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1179/22

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

Zamawiający Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługi społeczne pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia" (nr ref. ZP/01/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia

1 lutego 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00042944/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie i MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia Odwołującego złożone na podstawie art. 224 ustawy Pzp uzasadniają zaoferowaną cenę oferty oraz wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert, względnie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień potwierdzających, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący opisał szczegółowo przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i kwestionując czynność odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę odniósł się do stanowiska Zamawiającego wskazanego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, przedstawiając następującą argumentację.

W zakresie twierdzeń Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie złożył dowodów potwierdzających, że wykonawca zatrudnia osoby niepełnosprawne, Odwołujący podniósł, iż załączył do wyjaśnień wszelkie możliwe i dozwolone prawem dowody potwierdzające możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych wraz z prawem do uzyskiwania subsydiów do ich wynagrodzeń. Sposób udzielania wyjaśnień wynika z wieloletniej praktyki Odwołującego i nigdy nie budził wątpliwości wśród zamawiających. Załączona dokumentacja potwierdza wyraźnie i jednoznacznie, iż firmy wchodzące w skład konsorcjum zatrudniają osoby niepełnosprawne do realizacji świadczonych usług i otrzymują z tego tytułu stosowną pomoc publiczną. Argumenty Zamawiającego wskazujące na obowiązek załączenia orzeczeń o niepełnosprawności stoją w sprzeczności z przepisami RODO, gdyż dokumentacja ta zawiera dane osobowe w tym dane osobowe wrażliwe (o stanie zdrowia). Ujawnienie tego typu danych mogłoby skutkować obowiązkiem wypłaty odszkodowania pracownikowi oraz odpowiedzialnością karną. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż przyjęty sposób realizacji usługi przy pomocy osób posiadających orzeczony stopień niepełnosprawności z prawem do uzyskiwania subsydiów płacowych jest powszechny przy realizacji usług analogicznych do będących przedmiotem niniejszego postępowania. Powyższe potwierdza raport Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych nazwany „Badanie Zakładów Pracy Chronionej" (załączony do odwołania). Odwołujący jako dowód załączył także raport beneficjentów PFRON, z którego wynika, że główni beneficjenci dofinansowań to firmy świadczące usługi w zakresie świadczenia usług ochrony oraz sprzątania. Dowód ten potwierdza zasadność założenia istnienia powszechności zatrudnienia osób niepełnosprawnych do realizacji usług ochrony osób i mienia. Odwołujący powołał się również w tym zakresie na wyrok KIO 892/16.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż wykonawca w sposób ogólnikowy uwzględnił koszt wyposażenia pracowników w sprzęt oraz umundurowanie oraz koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy, Odwołujący podniósł, iż w treści wyjaśnień

ujął wszystkie koszty jakie winien ponieść w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Sposób ich kalkulacji wynika z wieloletniego doświadczenia nabytego w trakcie realizacji wielu umów na świadczenie usług analogicznych do będących przedmiotu zamówienia. Jednocześnie przyjęte kwoty - chociaż ujęte w sposób zbiorczy - są kwotami realnymi, nie odbiegającymi od kosztów ich zakupu. Dla przykładu Odwołujący wskazał chociażby pozycję kosztową wyposażenie, gdzie Odwołujący przewidział 30 800 zł, co daje kwotę 1184,62 zł netto na 1 etat. Odwołujący podniósł, iż teoretycznie, niezależnie od stopnia uszczegółowienia wyjaśnień, Zamawiający może zawsze podnieść zarzut, iż są one ogólnikowe gdyż np. nie przedstawiono w kalkulacji kosztów zakupu art. biurowych z wyszczególnieniem ceny 1 długopisu oraz szacowanego ich zużycia przez okres 2 lat - co prowadziłoby do absurdalnych decyzji w procesie udzielania zamówień publicznych. W opinii Odwołującego w kalkulacji ujęto wszystkie pozycje kosztowe niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia co - jeszcze raz należy podkreślić - wynika z wieloletniej praktyki odwołującego. Wymienione zostały także na inne okoliczności pozwalające na obniżenie realnych kosztów realizacji usługi - m.in. fakt realizacji innych usług na terenie m.st. Warszawy oraz posiadania w związku z tym komórek organizacyjnych na tym obszarze.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w zakresie niedołączenia umów czy innych dokumentów, dotyczących postępowania prowadzonego przez M. St. Warszawa Dzielnica Usynów, Odwołujący wskazał, iż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obecnie są prowadzone w formie elektronicznej. Dla Zamawiającego nie powinno stanowić trudności odnalezienie przedmiotowego postępowania tym bardziej, że Zamawiający został wskazany i prowadzi on w bieżącym okresie wyłącznie jedno postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony. Ponadto powyższy argument załączono jako posiłkowy i jego uwzględnienie bądź nieuwzględnienie nie może mieć istotnego wpływu na okoliczność rozstrzygania, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego do odwołania załączono dokumentację postępowania 14/WZP/2022 oraz przykładowo postępowania prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Tomaszowie Mazowieckim, gdzie cena jednostkowa oferty wybranej jako najkorzystniejsza wynosiła 22,86 zł netto czyli o 0,02 zł niższa niż cena jednostkowa oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącej stopnia niepełnosprawności, Odwołujący podniósł, iż w tabeli zatytułowanej: „Struktura zatrudnienia pracowników” w sposób wyraźny wskazał sposób realizacji usługi z rozbiciem na poszczególne grupy pracowników. Zgodnie z tabelą zadeklarowano, iż do realizacji usługi odwołujący zatrudni 3 osoby niepełnosprawne w stopniu lekkim oraz 12 osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym. Jednocześnie wykazano jaka będzie przysługiwała odwołującemu kwota miesięcznego dofinansowania. Następnie kwota ta została ujęta w kalkulacji ceny oferty po jej przemnożeniu przez okres realizacji usługi - 24 miesiące. Odwołujący założył uzyskanie zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości 53 892,48 zł oraz przewidział rezerwę w wysokości 23 200,00 zł na pokrycie innych nieprzewidzianych kosztów, które mogą ale nie muszą wystąpić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Odwołujący dochował należytej staranności na etapie kalkulacji ceny oferty. W ocenie Odwołującego - jeśli udzielone wyjaśnienia były nieprecyzyjne, Zamawiający winien zwrócić się z wnioskiem o ich doprecyzowanie. Na potwierdzenie Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał, iż skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Zamawiający wprawdzie skorzystał z takiego narzędzia, jednakże podniesione kwestie były nieprecyzyjnie sformułowane. Dotyczyły kwestii dodatku za pracę w soboty, niedziele i dni świąteczne oraz kwestii wypłacania dodatku za pracę w porze nocnej. Zamawiający w treści wezwania nie wskazał, iż żąda od Odwołującego przedstawienia orzeczeń o niepełnosprawności pracowników skierowanych do realizacji usługi, doprecyzowania kalkulacji kosztów wyposażenia, doprecyzowania sposobu wyliczania dofinansowania itp. Odwołujący zaznaczył wyraźnie w dodatkowych wyjaśnieniach, iż niejasne są dla niego oczekiwania Zamawiającego oraz zastrzega sobie prawo do udzielenia dodatkowych wyjaśnień oraz deklaruje wolę dalszej współpracy w celu uzasadnienia sposobu wyliczenia ceny oferty. Odwołujący stwierdził też, iż skoro Zamawiający wezwał Odwołującego do doprecyzowania pierwotnie złożonych wyjaśnień uznał je za złożone rzetelnie.

Zamawiający w dniu 12 maja 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do kwestii dofinansowania wynagrodzeń osób niepełnosprawnych Zamawiający wskazał, iż informacje z PFRON nie stanowią wystarczającego dowodu potwierdzającego, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez pracowników ochrony posiadających orzeczenie o niepełnosprawności, a także nie pozwalała na weryfikację, czy zatrudniane osoby

z orzeczonym stopniem niepełnosprawności osiągnęły wiek emerytalny mając na względzie treść art. 26a ust. 1a1 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 573 z późn. zm.). Brak przedstawienia przez Odwołującego dowodów na okoliczność zatrudnienia osób niepełnosprawnych, np. w postaci zanonimizowanych umów o pracę, orzeczeń o niepełnosprawności, imiennego wykazu osób z oświadczeniem o posiadanym stopniu niepełnosprawności, nie pozwoliła zamawiającemu na stwierdzenie, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i stąd podlegała odrzuceniu. Zamawiający stwierdził, że wykazanie okoliczności zatrudnienia osób niepełnosprawnych za pomocą dowodów nie powodowałoby po stronie odwołującego trudności, gdyż dowodami takimi mogą być zanonimizowane umowy o pracę, orzeczenia o niepełnosprawności, imienny wykaz osób z oświadczeniem o posiadanym stopniu niepełnosprawności. O ile można zgodzić się z odwołującym, że dane osobowe osób posiadających status osoby niepełnosprawnej, w tym dane o stopniu niepełnosprawności, podlegają ochronie na podstawie RODO i ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, to należy zauważyć, że powszechną praktyką w postępowaniach o udzielenia zamówień publicznego jest anonimizacja ww. kategorii danych osobowych.

Odnosząc się do kosztów wyposażenia pracowników Zamawiający podniósł, iż Odwołujący w sposób ogólnikowy określił w ofercie m.in. koszt całkowity wyposażenia pracowników w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz umundurowanie (30.800,00 zł) oraz koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo płacowa (36.000,00 zł). Odwołujący wskazał również kategorię pozostałe koszty bez uwzględnienia, co mieści się w owej kategorii. Zdaniem Zamawiającego przedstawione uzasadnienie ogólnikowej prezentacji w ofercie przedmiotowych kosztów jest niewystarczające.

W zakresie adekwatności ceny oferty do cen rynkowych Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień i dowodów na ich poparcie, że cena netto za jedną roboczogodzinę ochrony fizycznej zaoferowana przez odwołującego nie odbiega nie odbiega od cen rynkowych oferowanych za usługi analogiczne do usług będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu na terenie województwa mazowieckiego. W szczególności Odwołujący nie przedstawił stosownych umów bądź innych dokumentów odnośnie postępowania na świadczenie usług ochrony fizycznej prowadzonych przez Miasto st. Warszawy Dzielnica Ursynów, na które Odwołujący powołał się swoich wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2022 roku. Zamawiający podkreślił okoliczność, że wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny.

Odnosząc się do prezentacji kalkulacji ceny w zakresie dofinansowania z PFRON Zamawiający zauważył, iż Odwołujący w załączniku do wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2022 roku oraz 11 kwietnia 2022 roku zatytułowanym „Kalkulacja kosztów (...)" w pozycji drugiej tabeli wskazał, że „Dofinansowanie z PFRON z tytułu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności do realizacji przedmiotu' wynosi „378 000,00 zł (15 750 zł pracowników x 24 miesięcy)". Jednocześnie w treści wyjaśnień w tabeli zatytułowanej: „Struktura zatrudnienia pracowników" wskazywał, że do realizacji zamówienia skierowane zostaną osoby z niepełnosprawnościami o stopniu lekkim oraz umiarkowanym. Istnieje zatem rozbieżność pomiędzy informacją zawartą w treści wyjaśnień a załącznikiem do nich. W efekcie nie ma jasności czy odwołującemu chodzi o pracowników niepełnosprawnych z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności czy też osoby z niepełnosprawnościami o stopniu lekkim oraz umiarkowanym. Nie został zatem spełniony warunek zawarty w wezwaniu zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2022 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, wg którego wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez zamawiającego złożonej przez odwołującego oferty.

Zamawiający dodał ponadto, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Powołał się na orzecznictwo Izby wskazujące, iż ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej w sytuacji, gdy wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw oraz MW Scorta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

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

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności protokół postępowania, SWZ, oferty wykonawców, wezwania skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz udzielone przez Odwołującego w odpowiedzi na nie wyjaśnienia wraz z załącznikami, informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania (tj. raport PFRON „Badanie Zakładów Pracy Chronionej", wydruk listy beneficjentów korzystających z dofinansowania z PFRON, dokumenty dotyczące postępowania 420000/271/105/2021-ZAP prowadzonego przez ZUS Oddział w Tomaszowie Mazowieckim - informacja z otwarcia ofert, formularz cenowy, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokumenty dotyczące postępowania 14/WZP/2022 prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów - informacja z otwarcia ofert oraz załącznik nr 7 do projektu umowy), dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (wydruki informacji miesięcznych INF-1 o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych) oraz złożonego przez Przystępującego zawiadomienia z dnia 6 maja 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych w postępowaniu nr 14/WZP/2022, na okoliczności wynikające z treści dokumentów, wskazane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt III.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia przez koncesjonowanego Wykonawcę zgodnie z wymogami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2021 r. poz. 1995): - całodobowo na terenie Zachęty - Narodowej Galerii Sztuki w Warszawie Plac Małachowskiego 3; - od wtorku do niedzieli w godz. 12.00 - 20.00 ochrona fizyczna wystaw w galerii Miejsce Projektów Zachęty (MPZ) w Warszawie, przy ul. Gałczyńskiego. Zamawiający w pkt III. 3 SWZ zobowiązał Wykonawcę oraz Podwykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia. Powyższy obowiązek dotyczy wszystkich osób (z wyłączeniem koordynatora, który będzie odpowiedzialny za dokonywanie bieżących ustaleń co do sposobu realizacji usługi), które będą świadczyły usługi ochroniarskie szczegółowo wskazane w OPZ.

Zgodnie z pkt XIX.1-3 SWZ wynagrodzenie Wykonawcy obliczane będzie na podstawie iloczynu stawki godzinowej, wskazanej w formularzu ofertowym oraz liczby faktycznie przepracowanych godzin w danym miesiącu. Zamawiający, do oceny ofert przyjmie łączną cenę brutto za realizację zamówienia obliczoną na podstawie stawki godzinowej

1 prognozowanych przez Zamawiającego 90000 godzin roboczogodzin w pełnym okresie świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem. Zamawiający wyjaśnił także, że na potrzeby określenia zakresu przedmiotu zamówienia, wskazał szacunkową liczbę 90000 roboczogodzin w okresie realizacji zamówienia, tj.24 miesiące począwszy od 01.03.2022 r. Zamawiający zastrzega, że jest to liczba szacunkowa, a Wykonawca realizujący przedmiot zamówienia nie będzie miał podstaw do jakichkolwiek roszczeń zarówno w przypadku przekroczenia ww. liczby godzin jak również w przypadku, gdy ww. liczba roboczogodzin nie zostanie wyczerpana.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 2 430 000,00 zł (vide protokół postępowania). Zamawiający wskazał, iż na realizację zamówienia zamierza

przeznaczyć kwotę 2 998 900,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty: oferta nr 1 z ceną 3 210 300,00 zł brutto, oferta nr 2 (oferta Przystępującego) z ceną 2 715 471,00 zł brutto, oferta nr 3 z ceną

2 557 170,00 zł brutto, oferta nr 4 z ceną 2 725 434,00 zł brutto, oferta nr 5 z ceną

3 098 493,00 zł brutto, oferta nr 6 z ceną 2 763 900,00 zł brutto, oferta nr 7 z ceną 2 813 994,00 zł brutto oraz oferta nr 8 (oferta Odwołującego) z ceną 2 532 816,00 zł brutto, oferta nr 9 z ceną 2 948 556,49 zł brutto, oferta nr 10 z ceną 3 033 180,00 zł brutto, oferta nr 11 z ceną 2 800 710,00 zł brutto. Odwołujący w formularzu cenowym wskazał stawkę godzinową 22,88 zł netto (28,14 zł brutto).

Zamawiający w dniu 22 lutego 2022 r. dokonał wybory oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Czynność to została unieważniona na skutek wyroku Izby z dnia 16

marca 2022 r., sygn. akt KIO 599/22, w którym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Odwołującego oraz wykonawcy, który złożył ofertę nr 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie

sposobu wyliczenia ceny ofertowej w zakresie jednej roboczogodziny i dokonanie ponownej oceny ofert.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2022 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej jednej roboczogodziny oferty. Zaoferowana przez wykonawcę cena budzi 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 ich istotnych części składowych. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie

wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy oraz opisie przedmiotu

zamówienia, a zaoferowana cena, w tym jedna roboczogodzina, obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jego wykonaniu. Wskazał, iż wyjaśnienia powinny dotyczyć m.in.: zgodności z przepisami

dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez wykonawcę oferty. Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał też na treść art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, iż w analizowanym przypadku nie ma mowy o zaistnieniu zjawiska zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jak i też ofert innych wykonawców. Zaoferowana cena pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami regulującymi jej świadczenie. Łączna liczba roboczogodzin do wypracowania w ramach zamówienia wynosi 90 000. Cena netto za 1 rbh zaoferowana przez Konsorcjum wynosi 22,88 zł netto. Cena netto za 1 roboczogodzinę ochrony fizycznej zaoferowana w postępowaniu przez Konsorcjum Firm nie odbiega od cen rynkowych oferowanych za usługi analogiczne do usług będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu na terenie województwa mazowieckiego. Dla przykładu wykonawca wskazał postępowanie na świadczenie usług ochrony prowadzone przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, gdzie najniższa oferta opiewała na kwotę 21,89 zł netto za 1 rbh. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający konstruując zapisy postępowania o udzielenia zamówienia na świadczenie usług nie zakazywał zatrudniania przy realizacji usługi pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności w myśl przepisów Ustawy o Rehabilitacji Zawodowej i Społecznej oraz Zatrudnianiu Osób Niepełnosprawnych. (Odwołujący wskazał na odpowiedź na pytanie Wykonawcy udzielona przez Zamawiającego w dniu 4 lutego 2022 r.). Wykonawca na etapie kalkulacji ceny oferty założył, iż część przedmiotu zamówienia w zakresie pracowników niekwalifikowanych zostanie zrealizowana przez 15 pracowników posiadających orzeczony umiarkowany bądź lekki stopień niepełnosprawności. Struktura zatrudnienia została przedstawiona w tabelach kalkulacyjnych zamieszczonych poniżej. Zgodnie z Ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji

zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych miesięczne wynagrodzenie do 1 etatu osoby z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności wynosi 1200 zł, zaś do 1 etatu osoby z orzeczonym lekkim stopniem niepełnosprawności 450 zł.

Dalej w wyjaśnieniach wskazano, iż firmy wchodzące w skład konsorcjum tj. Maxus Sp. z o.o. i MM Service Monitoring Sp. z o.o. zatrudniają osoby niepełnosprawne do realizacji usług i otrzymują z tego tytułu dofinansowanie z PFRON do wynagrodzenia takich osób w wysokości od 450 do 3150 zł miesięcznie. Prawo do uzyskania dofinansowania wynika z przepisów Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o Rehabilitacji Zawodowej i Społecznej oraz Zatrudnianiu Osób Niepełnosprawnych. Jako dowód w załączeniu przedstawiamy Decyzję Wojewody odnośnie przyznania statusu Zakładu Pracy Chronionej oraz comiesięczną Informację z PFRON odnośnie dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych. Z uwagi na przepisy Rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO) nie mamy możliwości załączenia do niniejszych wyjaśnień kopii orzeczeń o niepełnosprawności, gdyż zawierają one zarówno dane osobowe jak i dane wrażliwe (dane o stanie zdrowia). Wykonawca podkreślił, iż firmy wchodzące w skład konsorcjum realizują obecnie na terenie Miasta Stołecznego Warszawa wiele umów, których przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej. Firmy posiadają zorganizowane struktury w postaci koordynatorów oraz biura. Powyższe pozwala na obniżenie kosztów całościowych realizacji kontraktu takich jak nadzór, kontrola itp. Wśród realizowanych kontraktów wymienić należy chociażby ochrona takich obiektów jak: Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o., Instytut Psychiatrii i Neurologii, Szpital Dziecięcy im. Jana Bogdanowicza itp.

Odwołujący przedstawił w formie tabeli wyliczenie ilości etatów niezbędnych do należytej realizacji przedmiotu umowy. W tabeli uwzględniono obowiązek udzielenia pracownikom urlopów wypoczynkowych oraz ryzyko wystąpienia absencji chorobowej. Wykonawca wyjaśnił, iż przyjęte wskaźniki absencji są wyliczane na podstawie wieloletniego doświadczenia w świadczeniu usług analogicznych do będących przedmiotem niniejszego zamówienia. W tabeli „Kalkulacja liczby etatów" wyszczególniono pracowników kwalifikowanych/dowódców zmiany oraz pozostałych pracowników. Łączne realne zapotrzebowanie na etaty z urlopami i zwolnieniami lekarskimi oszacowano na 26,00. W kolejnej tabeli przedstawiono strukturę zatrudnienia pracowników bezpośrednio skierowanych do realizacji usługi, w której wskazano na zatrudnienie pracowników kwalifikowanych w wymiarze 5 etatów, a pozostałych pracowników w wymiarze 21 etatów, w tym 3 pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim (wysokość dofinansowania 450 zł na osobę, łącznie 1350 zł) i 12 pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym (wysokość dofinansowania 1200 zł na osobę, łącznie 14 400 zł. Razem dofinansowanie z PFRON do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych to 15 750 zł. Ponadto przedstawiono w formie tabeli kalkulację kosztów dla 1 etatu pracownika. Jako załącznik do pisma przedstawiono kalkulację kosztów, informację z PFRON dotyczącą comiesięcznego dofinansowania dla obu członków konsorcjum oraz decyzję o przyznaniu Maxus Sp. z o.o. statusu zakładu pracy chronionej.

Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2022 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienie wyjaśnień w zakresie wykazania wszystkich należnych dodatków do wynagrodzenia za pracę, tj. m.in. dodatków za prace w sobotę, niedziele, święta, zwłaszcza dla stanowisk pracy w trybie 24 h z odpowiednią kalkulacją w tym zakresie. Wyjaśnienia z dn. 06.04.2022r. obejmują wyłącznie wskazanie dodatku za pracę w porze nocnej w wysokości 67 zł/etat. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, iż w treści Kodeksu Pracy nie ma mowy o obowiązku wypłacania dodatku za pracę w sobotę, niedzielę lub dni świąteczne. Tym samym żądanie Zamawiającego jest dla niego nieprecyzyjne i nie zrozumiałe. Wykonawca podniósł, iż przypuszcza, że Zamawiający miał na myśli obowiązek dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających w niedzielę, święta, w czasie godzin nocnych - w wysokości 100 % lub w każdy inny dzień - w wysokości 50 %. Odwołujący wskazał, iż obowiązek zapłaty za nadgodziny nie został przewidziany z uwagi na zapewnienie odpowiedniej ilości pracowników skierowanych do realizacji usługi. Tym samym Konsorcjum nie miało obowiązku wliczać ich do kalkulacji a tym samym sztucznie zawyżać kosztów realizacji. Jednocześnie podkreślono, iż pracownicy zatrudnieni do wykonywania usług w zakresie ochrony osób i mienia są zatrudnieni w równoważnym systemie czasu pracy. System równoważnego czasu pracy dopuszcza wydłużenie czasu pracy w danym dniu lub tygodniu, a skrócenia go w innym dniu lub tygodniu bądź udzielenia dni wolnych od pracy. Reguluje to art. 15110 Kodeksu Pracy, który dopuszcza pracę w niedzielę i dni świąteczne (w wyjaśnieniach przywołano treść ww. przepisu). Odwołujący wskazał, iż układając grafik pełnienia służb pracowników ochrony przestrzega powyżej określonych zapisów, tym samym nie powstaje obowiązek zapłaty jakichkolwiek dodatków. Tym samym nie wliczano ich w koszty realizacji usługi aby ich bezpodstawnie nie zawyżać.

Odwołujący wskazał, iż przedstawione w wyliczeniu z dnia 6 kwietnia koszty zostały oszacowane prawidłowo. Zgodnie z treścią SWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia

Zamawiający wymagał aby jedynie 2 posterunki były obsługiwane całodobowo. Tym samym jedynie 2 posterunki będą obsługiwane w porze nocnej i będą generować obowiązek zapłaty dodatku za pracę w porze nocnej. Mając na uwadze ułatwienie sposobu kalkulacji kosztów Konsorcjum rozbiło godziny nocne przypadające na te 2 posterunki na wszystkie etaty przewidziane do realizacji przedmiotu umowy, których jest 26 aby obliczyć uśredniony koszt 1 etatu. Jest to zgodne ze sposobem wyliczania ceny oferty, gdyż Zamawiający żądał podania uśrednionej ceny jednej roboczogodziny bez rozbijania na poszczególne posterunki. Konsorcjum wskazało, iż przedmiot umowy obejmuje świadczenie usługi w okresie 2 lat, co daje liczbę 730 dni. Liczba godzin w porze nocnej wynosi 8 godzin dziennie. Przeprowadzając odpowiednie działania matematyczne wykonawca jest w stanie wyliczyć średniomiesięczną liczbę roboczogodzin do wypracowania w porze nocnej łącznie oraz dla 1 etatu. 730 dni x 8 godzin x 2 posterunki / 24 miesiące / 26 etatów = 18,717948 rbh. 18,717948 rbh x 3,58 zł (średni koszt 1 rbh w porze nocnej) = 67,00 zł Mając na uwadze zaokrąglenia przyjęta jako wartość ostateczną kwotę 67,00 zł dla każdego etatu.

Jednocześnie, mając na uwadze domniemaną wolę Zamawiającego, Konsorcjum dokonało osobnego wyliczenia kosztów dla 2 posterunków obsługiwanych całodobowo oraz pozostałych posterunków, na których nie występuje obowiązek pracy w porze nocnej. Mając na uwadze liczbę roboczogodzin wskazano, iż do obsługi 2 posterunków chronionych w systemie 24 godzinnym Odwołujący zamierza oddelegować 10 etatów, zaś do obsługi pozostałych 16 etatów. Przedstawiono tabelę „Koszt 1 etatu - posterunek bez pracy w porze nocnej - 16 etatów" oraz tabelę „Koszt 1 etatu - posterunek obsługiwany także w porze nocnej - 10 etatów." Jako załącznik do pisma złożono też zmodyfikowaną kalkulację kosztów uwzględniająca rozbicie kosztów etatów osobno na posterunki, w których występuje i nie występuje obowiązek pracy w porze nocnej. Wyjaśniono, że minimalna różnica w wykazanym zysku w wysokości 3,36 zł netto wynika wyłącznie z zaokrągleń działań matematycznych nie zaś ze zmiany sposobu składanych wyjaśnień.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący w dniu 13 kwietnia 2022 r., na wezwanie

Zamawiającego, wyraził zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofert.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2022 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zgodnie z wyrokiem KIO 599/22 Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej jednej roboczogodziny. Wykonawca, w wyznaczonym terminie, złożył wyjaśnienia, jednakże nie zostały one poparte dowodami, tj.:

- Wykonawca nie złożył dowodów potwierdzających, że zatrudnia osoby niepełnosprawne
- Wykonawca przedłożył jedynie informacje PFRON o wysokości przysługującego dofinansowania do wynagrodzeń, podczas gdy wykazanie okoliczności zatrudnienia osób niepełnosprawnych za pomocą dowodów nie powodowałoby po jego stronie trudności, gdyż dowodami takimi mogą być zanonimizowane umowy o pracę, orzeczenia o niepełnosprawności, imienny wykaz osób z oświadczeniem o posiadanym stopniu niepełnosprawności. Powyższe jest również istotne pod względem weryfikacji, czy zatrudniane osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności osiągnęły wiek emerytalny.

- Wykonawca, w sposób ogólnikowy określił całkowity koszt wyposażenia pracowników w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz umundurowanie oraz koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo płacowa). Wykonawca wskazał również kategorię „pozostałe koszty" bez uwzględnienia, co mieści się w owej

kategorii.

- Dodatkowo, Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał: „Cena netto za 1 roboczogodzinę ochrony fizycznej zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Firm nie odbiega od cen rynkowych oferowanych za usługi analogiczne do usług będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu na terenie województwa mazowieckiego. Dla przykładu należy tutaj wskazać chociażby postępowanie na świadczenie usług ochrony prowadzone przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, gdzie najniższa oferta opiewała na kwotę 21,89 zł netto za 1 rbh" - na potwierdzenie powyższego Wykonawca nie dołączył stosownych umów / innych dokumentów.

- Ponadto Wykonawca w treści wyjaśnień wskazywał, że do realizacji zamówienia skierowane zostaną osoby z niepełnosprawnościami o stopniu lekkim oraz umiarkowanym, podczas gdy w tabeli przedstawiającej kalkulację kosztów wynagrodzeń uwzględnia dofinansowanie z PFRON z tytułu zatrudnienia pracowników

niepełnosprawnych z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności do realizacji przedmiotu, co ma wpływ na wysokość dofinansowania, gdyż kwota miesięcznego dofinansowania uzależniona jest od stopnia niepełnosprawności pracownika, mianowicie: 1950 zł - przysługuje pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności; 1200 zł - przysługuje pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracownika o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności; 450 zł - przysługuje pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności.

Izba ustaliła ponadto, iż na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówieni, pozostawał na etapie badania i oceny pozostałych ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art.16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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. Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie zaznaczyć należy, że Izba dokonuje kontroli zgodności czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego poprzez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanego przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Sporządzenie takiego uzasadnienia w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp (tryb podstawowy bez przeprowadzenia negocjacji) jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, w szczególności nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Mając to na uwadze Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę zobowiązana była pominąć argumentację podnoszoną przez Przystępującego podczas rozprawy w zakresie innych niż wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego nieprawidłowości, tj. nieprawidłowości dotyczące wysokości przyjętej przez Odwołującego składki na FP i FGŚP oraz dotyczące przyjętych przez Odwołującego wyliczeń w zakresie dodatku za pracę w porze nocnej. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na tego rodzaju okoliczności nie powołał się.

W oparciu o treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że podstawą odrzucenia oferty był nie tyle fakt, iż cena oferty ma charakter rażąco niski, lecz okoliczność, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny. Argumentacja Zamawiającego w powyższym zakresie wskazywała na cztery aspekty: 1) brak złożenia dowód potwierdzających zatrudnienie osób niepełnosprawnych, 2) ogólne określenie kosztów wyposażenia pracowników, kosztu całkowitego obsługi oraz kategorii „pozostałe koszty”, 3) brak złożenia dowodów potwierdzających, że cena oferty nie odbiega od ceny rynkowych (postępowanie prowadzone przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Usynów), 4) istniejąca na gruncie wyjaśnień rozbieżność dotycząca stopnia niepełnosprawności pracowników, wpływająca na wysokość dofinansowania.

W ocenie Izby wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pierwszym z podanych przez Zamawiającego argumentów był brak załączenia przez Odwołującego do wyjaśnień dowodów potwierdzających, że Odwołujący zatrudnia osoby niepełnosprawne. Jakkolwiek stanowisko Zamawiającego akcentujące konieczność składania dowodów na poparcie okoliczności uzasadniających zaoferowaną cenę należy uznać za słuszne, to w okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający zdeprecjonował fakt, iż Odwołujący załączył do wyjaśnień dowody na powyższą okoliczność - tyle, że inne niż zdaje się oczekiwał Zamawiający. Odwołujący bowiem zamiast zanonimizowanych umów o pracę czy orzeczeń o niepełnosprawności, które wymienił Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, załączył dokumenty potwierdzające fakt, że obaj członkowie odwołującego się konsorcjum otrzymują dofinansowanie z PFRON oraz decyzję wskazującą na status zakładu pracy chronionej posiadany przez jednego z konsorcjantów. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w ogóle nie odniósł się do tych dokumentów, nie wskazał dlaczego w jego ocenie uznać należy je za niewystarczające. Wywiódł jedynie, że skoro wykonawca obiektywnie mógł złożyć dokumenty innego rodzaju, to powinien był to zrobić. Wskazać tutaj należy, że ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez Zamawiającego ocenie. Zamawiający wzywając Odwołującego do wyjaśnień nie wskazał, jakich dowodów oczekuje na potwierdzenie przyjętych w kalkulacji ceny ofertowej kosztów osobowych, Odwołujący złożył więc takie dokumenty, jakie uznał za zasadne. Zamawiający ani nie wyjaśnił dlaczego przedstawione wraz z wyjaśnieniami dowody należało uznać za niewystarczające, ani nie wykazał, że faktycznie tak było. Poza hasłowym, ogólnym wskazaniem na konieczność weryfikacji wieku osób niepełnosprawnych, Zamawiający niczym nie uzasadnił swojej decyzji. Dodać tu należy, że w treści wyjaśnień Odwołujący wytłumaczył dlaczego nie załączył orzeczeń o niepełnosprawności, Zamawiający jednak do tej kwestii się nie odniósł.

Izba stwierdziła ponadto, iż Zamawiający w swoim wywodzie pominął całkowicie okoliczność, że Odwołujący w treści wyjaśnień w sposób szczegółowy opisał ilu pracowników, o jakim stopniu niepełnosprawności, skieruje do realizacji zamówienia i jakie z tego tytułu otrzymywał będzie dofinansowanie. W treści wyjaśnień wskazano sposób kalkulacji liczby etatów, strukturę zatrudnienia pracowników i wyliczenia kosztu etatu, załączono także kalkulację ceny ofertowej oraz dowody potwierdzające, że wykonawca korzysta z dofinansowania z PFRON do zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych. Prezentowane przez Odwołującego wyjaśnienia były w odniesieniu do kosztów osobowych spójne. Ich wiarygodność została jeszcze dodatkowo potwierdzona na rozprawie dokumentami (informacje INF-1) obrazującymi strukturę zatrudnienia pracowników, w tym liczbę zatrudnionych przez obu członków konsorcjum osób niepełnosprawnych (w przypadku jednego wykonawcy jest to ponad 90% pracowników, w przypadku drugiego ponad 40%).

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny oferty powinien brać pod uwagę pełną ich treść, podczas gdy stanowisko Zamawiającego (co tyczy się nie tylko omawianej kwestii, ale również pozostałych wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty argumentów) ograniczało się do jedynie do kwestii formalnych i nie referowało do informacji i dowodów, jakie Odwołujący przedstawił w ramach wyjaśnień. Ponadto wzywając Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień Zamawiający w ogóle nie sygnalizował, że po analizie tych wyjaśnień powziął dalsze wątpliwości co do przyjętych kosztów osobowych w zakresie dofinansowania z PFRON.

Izba miała na uwadze również fakt, że argumentacja Zamawiającego nie zawiera jakiejkolwiek oceny w zakresie rynkowego charakteru ceny oferty Odwołującego przy uwzględnieniu czynników wpływających na jej wysokość wskazanych w wyjaśnieniach. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie odnosi się w ogóle merytorycznie do wskazanych w wyjaśnieniach elementów cenotwórczych i ich wyceny, poruszając jedynie aspekty formalne. Podkreślić należy, że podczas badania rażąco niskiej ceny nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wezwania do wyjaśnień wskazana w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Kwestia ta powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. W ocenie Izby, patrząc przez pryzmat uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, należy uznać, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wykazał, aby założenia co do kosztów przyjętych przez Odwołującego były błędne czy nierynkowe. Zamawiający nie

zakwestionował zaprezentowanych przez Odwołującego wyliczeń, nie odniósł się do merytorycznej treści wyjaśnień, nie wskazał też dlaczego dowody złożone przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami uznał za niewystraczające, a same wyjaśnienia za zbyt ogólne i niepotwierdzające rzetelności wyceny. W tym stanie rzeczy powołanie się przez Zamawiającego - jako argument mający przesądzać o odrzuceniu oferty Odwołującego - wyłącznie na brak złożenia innych niż załączone do wyjaśnień dowodów potwierdzających fakt zatrudnienia osób niepełnosprawnych, nie może być uznane za wystarczające.

W odniesieniu do drugiego ze wskazanych przez Zamawiającego argumentów Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego zostało przedstawione w oderwaniu od całokształtu złożonych wyjaśnień i zawartych tam wyliczeń.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zawierały jako załącznik kalkulację ceny ofertowej z rozbiciem na poszczególne składniki kosztowe i wskazaniem odpowiadających danym pozycjom wartości. Odwołujący podał konkretne wartości dla wyszczególnionych w kalkulacji pozycji cenotwórczych, w tym dla zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji „całkowity koszt wyposażenia pracowników w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz umundurowanie", „koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo płacowa)," a także kategorii „pozostałe koszty". Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał jedynie na przedstawienie „ogólnikowego opisu" ww. pozycji, a jednocześnie w żaden sposób nie odniósł się do przyjętych przez wykonawcę wartości kwotowych. Dla przykładu Zamawiający zakwestionował opis pozycji dotyczącej wyposażenia pracowników w sprzęt i umundurowanie, jednak w ogóle nie wskazywał, że za podaną przez Odwołującego kwotę 30 800,00 zł nie jest możliwe zapewnienie pełnego wyposażenia i umundurowania pracowników wymaganego w SWZ. Analogiczna sytuacja ma miejsce w zakresie pozycji dotyczącej całkowitego kosztu obsługi, przy czym w tym przypadku Zamawiający pominął też to, że wykonawca wskazał co mieści się w tej pozycji (dojazdy, kontrole oraz obsługa kadrowo - płacowa).

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego ma charakter stricte formalny - odnosi się wyłącznie do samego sposobu opisu trzech pozycji cenotwórczych. Zamawiający w ogóle nie poddaje w wątpliwość realności przyjętych przez wykonawcę w ww. pozycjach kosztów. Ponadto Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sposób hasłowy, jednozdaniowy i w ogóle nie wyjaśnił dlaczego opis ww. pozycji uznać należy za niewystarczający, co winno się w takim opisie znaleźć, czego konkretnie brakuje i jaki jest tego skutek. Również w treści skierowanych do wykonawcy wezwań do wyjaśnień Zamawiający nie wskazywał na konieczność szczegółowego rozbicia ceny w zakresie kosztów wyposażenia pracowników czy kosztów obsługi realizacyjnej ani nie narzucał wykonawcom obowiązku przyjęcia określonej struktury kosztów. Wskazać tu należy, iż dopóki Zamawiający nie skieruje do wykonawcy konkretnych pytań dotyczących szczegółowych aspektów związanych z wyceną danych elementów zamówienia, to wykonawca zasadniczo ma swobodę w sposobie sformułowania wyjaśnień (z zastrzeżeniem, że ma je przedstawić tak, aby uwiarygodnić cenę oferty). Zdaniem składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie nie sposób uznać, iż oferta Odwołującego miałaby podlegać odrzuceniu z uwagi na zbyt ogólnikowy sposób opisu trzech pozycji kalkulacji cenowej w sytuacji, gdy Zamawiający ani nie wyjaśnił motywów swojej decyzji, ani nie odniósł się do wysokości przyjętych w tych pozycjach kosztów i zaprezentowanej kalkulacji ceny ofertowej. Nie sposób stwierdzić, aby powyższe miało przesądzać o tym, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Trzecim z podniesionych przez Zamawiającego argumentów mających wskazywać na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego był brak złożenia dokumentów potwierdzających, że cena oferty nie odbiega od ceny rynkowych oferowanych za usługi analogiczne do usług będących przedmiotem zamówienia.

Jak wskazano już powyżej, katalog dowodów, jakie wykonawca może załączyć do wyjaśnień w zakresie ceny oferty ma charakter otwarty. Co do zasady mają to być takie dowody, które potwierdzą racjonalność i rynkowość dokonanej wyceny, a wykonawca ma dowolność w ich dobraniu. Nie chodzi przy tym o to, aby obciążać wykonawcę bezwzględnym obowiązkiem poparcia dowodem każdego argumentu i każdej okoliczności zawartej w złożonych wyjaśnieniach. Jak wprost wynika z treści wyjaśnień Odwołujący powołał się na ceny zaoferowane w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów na świadczenie usług ochrony jedynie przykładowo, wskazując jaką cenę w tym postępowania miała najniższa oferta. Wywiedzenie przez Zamawiającego, że Odwołujący miał obowiązek złożenia dowodów potwierdzających powyższe, jest niewątpliwie zbyt daleko idące, tym bardziej jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że informacje z otwarcia ofert oraz informacje o wynikach postępowania są informacjami łatwo dostępnymi, publikowanymi przez zamawiających na stronach internetowych postępowań.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, iż w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów (nr ref. 14/WZP/2022) oferta Odwołującego została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz złożonego przez niego dowodu w postaci zawiadomienia z dnia 6 maja 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych w postępowaniu nr 14/WZP/2022, należy wskazać, iż nie wpływają one na ocenę dokonaną przez Izbę. Po pierwsze, Odwołujący składając wyjaśnienia w kwietniu 2022 r. opierał swoje twierdzenia na cenach z otwarcia ofert, a informacja o wyniku postępowania nr 14/WZP/2022 oraz odrzuceniu części ofert nie była mu wówczas jeszcze znana. Po drugie, Odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał na najniższą zaoferowaną w ww. postępowaniu cenę, a nie na cenę własnej oferty. Po trzecie powody odrzucenia oferty Odwołującego w ww. postępowaniu odnosiły się do zgoła innych okoliczności niż będące przedmiotem niniejszego sporu (vide dowód złożony przez Przystępującego). Ponadto podnieść należy, że zarówno Zamawiający weryfikując wyjaśnienia wykonawcy, jak i następnie Izba kontrolując zgodności działania Zamawiającego z ustawą, dokonują oceny w oparciu o dokumentację konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz treść wezwania i wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Ceny oferowane w innym postępowaniach, które siłą rzeczy determinowane są innym zakresem przedmiotu zamówienia i innymi uwarunkowaniami charakterystycznymi dla każdego z tych postepowań, są dla tej oceny co do zasady irrelewantne.

Odnosząc się do czwartego argumentu Zamawiającego wskazanego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że w istocie w treści wyjaśnień Odwołującego dostrzegalna jest wskazana przez Zamawiającego rozbieżność, tj. w treści wyjaśnień wskazano na strukturę zatrudnienia obejmująca pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim oraz umiarkowanym, a w tabeli przedstawiającej kalkulację kosztów w opisie pozycji „Dofinansowanie z PFRON" wskazano na zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym lub wyższym. Niemniej w oparciu o całokształt wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości można ustalić zamiar Odwołującego zaangażowania do realizacji zamówienia pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim oraz umiarkowanym. Świadczą o tym bezsprzecznie podane przez Odwołującego kwoty dofinansowania z PFRON. W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał wprost ilu pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim zamierza skierować do realizacji zamówienia i jakiego rzędu dofinansowanie z PFRON z tego tytułu uzyska. Analogicznie Odwołujący wskazał ilu pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym zamierza skierować do realizacji zamówienia i jakiego rzędu dofinansowanie z PFRON z tego tytułu uzyska. Odwołujący wskazał też wynikającą z powyższych ustaleń łączną wartość dofinansowania z PFRON do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych (15 750 zł). Ta sama wysokość miesięcznego dofinansowania została wskazana następnie w załączonej do wyjaśnień kalkulacji cenowej w pozycji „Dofinansowanie z PFRON" i została ona pomnożona przed 24 miesiące świadczenia usługi.

Pomiędzy treścią wyjaśnień a kalkulacją cenową zachodzi zatem spójność w zakresie przyjętych kosztów dofinansowania z PFRON, a wysokość tych kosztów wskazuje na skierowanie do realizacji zamówienia pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim oraz umiarkowanym. Pozwala to stwierdzić, że zawarty w kalkulacji kosztów w ww. pozycji opis „z tytułu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności" był wynikiem omyłki, a intencją Odwołującego było wskazanie „z tytułu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych z lekkim lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności." W konsekwencji zauważona przez Zamawiającego nieścisłość w treści wyjaśnień co do wskazania stopnia niepełnosprawności nie stanowi argumentu wskazującego na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego. Nie ma przy tym znaczenia stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie, iż omyłka ta nie została przez wykonawcę wytłumaczona ani w pierwszych, ani w drugich wyjaśnieniach - gdyby wykonawca na etapie składania wyjaśnień dostrzegł tę omyłkę, to niewątpliwie poprawiłby treść wyjaśnień i stwierdzona rozbieżność nie miałaby miejsca. Sam Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień na omawianą rozbieżność nie zwrócił uwagi.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o podstawy faktyczne wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty naruszył art 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Za niezasadne natomiast Izba uznała twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji zapadłego wyroku powtórzy czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje otwarty.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na

podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....