

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 sierpnia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM SERVICE MONITORING spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie oraz MM SERVICE SECURITY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Lubelski Oddział Wojewódzki z siedzibą w Lublinie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BASMA SECURITY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz CERBER OCHRONA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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 1996/22

UZASADNIENIE

Narodowy Fundusz Zdrowia Lubelski Oddział Wojewódzki z siedzibą w Lublinie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym w trybie podstawowym na usługi społeczne na zasadach określonych w art. 275 pkt 1 w związku z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia”, nr referencyjny postępowania: OL.WAG.SDZP.261.1122022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 13 maja 2022 r., nr 2022/BZP 00158188.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MM SERVICE MONITORING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie oraz MM SERVICE SECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności przez Zamawiającego, tj.

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Basma Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie (dalej jako: „Konsorcjum Basma”), którego oferta zawiera rażąco niską cenę;

2) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Basma zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) odnośnie pkt 1) odwołania- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;
- 2) odnośnie pkt 2) odwołania- naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Basma;
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum Basma, która zawiera rażąco niską cenę;
- 3) wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest ofertą

najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jednak z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Basma, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w związku z realizacją usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej (Sygn. akt KIO 1722/22) Zamawiający wezwał Konsorcjum Basma do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Konsorcjum Basma złożyło w dniu 20 lipca 2022 r. wyjaśnienia, których treść została przez Zamawiającego zaakceptowana, gdyż ponownie za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu została uznana oferta wykonawcy Konsorcjum Basma.

W ocenie Odwołującego udzielone wyjaśnienia w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób i mienia są wyłącznie głosłowymi deklaracjami Wykonawcy i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami (Usługa ochrony stanowi najistotniejszą część składową ceny oferty Konsorcjum - cena usługi ochrony stanowi 88,58 % wartości netto całej oferty). Fakt ten winien skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Basma, gdyż to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Złożenie wyjaśnień nieopartych dowodami bądź ogólnikowych winno zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. Odwołujący powołał się na stanowisko izby wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 596/16 oraz sygn. akt KIO 2598/17. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał obowiązku występować do Wykonawcy z wnioskiem o doprecyzowanie udzielonych wyjaśnień, gdyż te złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były nierzetelnie przygotowane. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum Basma jako główną okoliczność pozwalającą na realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami SWZ oraz zgodnie z odrębnymi przepisami wskazało na fakt zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia 6 pracowników niepełnosprawnych posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz umiarkowany stopień niepełnosprawności. Dzięki temu Konsorcjum Basma comiesięcznie założyło uzyskiwanie dofinansowania do ich wynagrodzeń w wysokości 7200 zł. Uzyskanie dofinansowania w wysokości 7200 zł miesięcznie pozwoli na wygenerowanie zysku w wysokości 1200,98 zł miesięcznie. W ocenie Odwołującego w przypadku nie uzyskania dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych w wysokości 7200 zł Konsorcjum Basma comiesięcznie ponosiłoby stratę z tytułu realizacji przedmiotu umowy w wysokości 5999,02 zł. Na dowód powyższego twierdzenia Odwołujący powołał się na wyliczenie kosztów realizacji umowy w przeliczeniu na 1 miesiąc bez uzyskiwania dofinansowania z PFRON-u.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum Basma nie załączyło do udzielonych wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu umowy zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, w szczególności:

- potwierdzających w ogóle możliwość korzystania z dofinansowania do pracowników niepełnosprawnych z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych - dokumentem takim mogą być np. comiesięczna informacja z PFRON odnośnie przysługującego dofinansowania (w załączeniu przykładowy dokument);
- potwierdzających fakt posiadania w ramach zasobów kadrowych pracowników posiadających jednocześnie wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym i nie posiadających ustalonego prawa do emerytury - dokumentem takim mógł być chociażby zanonimizowany wykaz pracowników ze wskazaniem stopnia niepełnosprawności oraz potwierdzenie posiadania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

Odwołujący zaznaczył, że z uwagi na uwarunkowania ustawowe nie można z góry założyć, iż każda osoba posiadająca dysfunkcje zdrowotne kwalifikujące ją do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności uzyska wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Zgodnie z art. 4 ust. 2 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. Jednocześnie osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej musi zgodnie z art. 33 Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia przejść specjalistyczne badania lekarskie - m.in. okulistyczne, neurologiczne, psychiatryczne (w załączeniu do niniejszego odwołania stosowne Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2015 r. w sprawie badań lekarskich i

psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę

kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej określające szczegółowo zakres badań lekarskich). Tym samym okoliczność powoływania się na zatrudnienie do realizacji przedmiotu umowy pracowników posiadających łącznie umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony jako niestandardowa i szczególnie korzystna winna zostać poparta stosownymi dowodami.

Odwolujący wskazał, iż żaden z członków Konsorcjum tj. Basma Security Sp. z o.o. oraz Cerber Ochrona Sp. z o.o. nie uzyskuje obecnie dofinansowań do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. Takich dofinansowań nie uzyskiwali także w dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Firma Basma Security Sp. z o.o. zaprzestała pozyskiwać dofinansowania w kwietniu 2017, zaś firma Cerber Ochrona Sp. z o.o. nigdy ich nie pozyskiwała. Jako dowód Odwołujący przedstawił informacje o wysokości udzielonej pomocy publicznej zaczerpnięte ze strony:

Tym samym fakt powoływania się na uzyskiwanie dofinansowania do wynagrodzeń pracowników z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych przy realizacji przedmiotowego zamówienia należy uznać w ocenie Odwołującego za fikcyjny. Konsorcjum Basma nie ma, zdaniem Odwołującego, możliwości uzyskiwania tego typu wsparcia, a udzielone wyjaśnienia nie mają nic wspólnego z realnym i faktycznym możliwym sposobem realizacji przedmiotu zamówienia. Przyjęte w udzielonych wyjaśnieniach okoliczności pozwalające na obniżenie realnych kosztów realizacji usługi w przypadku Konsorcjum Basma są więc nieprawdziwe.

Odwolujący zaznaczył, iż zgodnie z Ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych - która reguluje między innymi kwestie dotyczące uzyskiwania dofinansowań do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych - pracodawca chcący uzyskiwać takie dofinansowanie musi spełnić szereg warunków. Tym samym nie każda firma spełnia kryteria pozwalające na uzyskiwanie tychże dofinansowań.

Jako dowód Odwołujący przedstawił dokument przygotowany przez Państwowy Fundusz

Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych - Warunki ubiegania się o dofinansowanie. Odwołujący w tabeli poniżej wskazał główne uwarunkowania, których wypełnienie oznacza uzyskanie prawa do pozyskiwania dofinansowań do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych:

L.p Opis warunku

1 Pracodawca winien osiągać wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%

2 Pracodawca winien zatrudnić pracownika na podstawie umowy o pracę oraz posiadać dokument potwierdzający jego niepełnosprawność w dniu przyjęcia do pracy

3 Pracownik (za wyjątkiem pracownika, u którego orzeczono znaczny stopień niepełnosprawności) nie może posiadać ustalonego prawa do emerytury

4 Pracownik musi być zatrudniony w ramach tzw. efektu zachęty

5 Pracodawca winien terminowo pokryć wszystkie elementy kosztów

wynagrodzenia pracownika - wynagrodzenie, składki ZUS, podatki (dopuszczalne uchybienie 14 dni)

6 Wynagrodzenie pracownika winno być przekazane na rachunek bankowy pracownika lub na adres zamieszkania tego pracownika za pośrednictwem osób prawnych prowadzących działalność w zakresie doręczania kwot pieniężnych

7 Wniosek o wypłatę dofinansowania do wynagrodzenia pracowników

Zdaniem Odwołującego nie można z góry założyć, że Konsorcjum Basma spełni powyższe wymagania, od których zależy przyznanie dofinansowania. Nie może też umknąć uwadze fakt, że wykonawca ten w okresie ostatnich 5 lat nie korzystał z tego rodzaju

pomocy.

Odwołujący wskazał, że w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy Pzp, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w oparciu o nierealne, fikcyjne i gołosłowne wyjaśnienia dotyczące ceny oferty niepoparte żadnymi dowodami. W ocenie Odwołującego nierealne jest skorzystanie z pomocy publicznej w takim zakresie w jakim zaplanowało Konsorcjum Basma, co oznacza de facto brak możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie. Odwołujący zwrócił uwagę, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia - działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji - musieli określić znacznie wyższą cenę oferty, ufając jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 ustawy Pzp, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Co prawda przytoczone przepisy art. 239 nie stanowią o tym wprost, to jednak oczywiste jest, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co

potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 1716/19 z dnia 17 września 2019 r., „Oferta, która winna zostać odrzucona nie może być podana ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert na równi z ofertami prawidłowymi i ocena taka nie może prowadzić do wskazania takiej oferty jako oferty najkorzystniejszej”, wyrok KIO 1615/20 z dnia 14 października 2020 r. „Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu”.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W złożonej pismem z 8 sierpnia 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BASMA SECURITY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz CERBER OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie (dalej jako: „Przystępujący” lub „Konsorcjum BASMA”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że pismem z 14 lipca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Uzasadniając powyższą czynność, Zamawiający wyjaśnił, że:

„ustosunkowując się w piśmie do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.07.2022 r. do treści odwołania, wniesionego w dniu 27.06.2022 r. przez Odwołującego Konsorcjum MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i MM SERVICE SECURITY sp. z o.o. ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, zamawiający zobowiązał się do wykonania następujących czynności:

1) unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum BASMA SECURITY Sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa i CERBER OCHRONA Sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, LIW (dalej Konsorcjum Basma),

2) wezwania Konsorcjum Basma do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,

3) przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień, o których mowa w pkt. 2.”

Następnie jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający pismem z 15 lipca 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty z 2 czerwca 2022 r. Zamawiający skierował do

Przystępującego wezwanie następującej treści: „Lubelski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Szkolna 16, 20-124 Lublin, w wyniku uwzględnienia w całości odwołania, wniesionego w dniu 27.06.2022 r. przez Odwołującego Konsorcjum MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i MM SERVICE SECURITY sp. z o.o. ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, wzywa Państwa, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty z dnia 02.06.2022r. Przedmiotem zamówienia jest całodobowy dozór i ochrona osób i mienia Lubelskiego Oddziału Wojewódzkiego w siedzibach przy ul. Szkolnej 16 i Nadstawnej 4 w Lublinie oraz całoroczne utrzymanie porządku na terenie przylegającym do budynku przy ul. Szkolnej 16 w Lublinie i miejscach parkingowych. Usługi dozoru i ochrony osób i mienia Lubelskiego Oddziału Wojewódzkiego w siedzibach przy ul. Szkolnej 16 i Nadstawnej 4 w Lublinie powinny być świadczone na następujących zasadach:

1. Obiekt przy ul. Szkolnej 16 w Lublinie:

Ochrona przez 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu.

Plan służby pracowników ochrony:

- przez 24 godziny, 7 dni w tygodniu - 1 pracownik ochrony (w systemie dwu lub trzymianowym)

2. Obiekt przy ul. Nadstawnej 4 w Lublinie:

Ochrona przez 14 godzin na dobę przez 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku od 6.30 do 20.30.

Plan służby pracowników ochrony:

- przez 14 godzin, 5 dni w tygodniu - 1 pracownik ochrony (w systemie dwu zmianowym). Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy pzp, wszystkich pracowników ochrony fizycznej oraz świadczenia usług ochrony przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

Odwołujący w piśmie z dnia 13.06.2022 r. przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pracy,

wykazując że zachodzi prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm którego liderem jest Basma Security sp. z o.o., przedstawiając szczegółową kalkulację minimalnych kosztów opracowaną przez branżowy Polski Związek Pracodawców Ochrona (w załączeniu).

Wyczerpania przedstawione przez Odwołującego kształtują się następująco:

„Zgodnie z OPZ (Załącznik nr 6 do SWZ) Zamawiający wymagał:

1. całodobowej obsługi 1 posterunku tj. 730 rbh miesięcznie - występuje obowiązek pracy porze nocnej;
2. obsługi 1 posterunku w wymiarze 14 godzin na dobę przez 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku od 6.30 do 20.30.- tj. 294 rbh miesięcznie (przy założeniu przeciętnie 21 dni roboczych w miesiącu) - nie występuje obowiązek pracy w porze nocnej.

Łącznie, miesięczna przewidywana ilość roboczogodzin usługi ochrony wynosi 1024 rbh. Zgodnie z kalkulacją związku branżowego PZP Ochrona minimalna cena 1 roboczogodziny dla posterunku obsługiwane w porze nocnej bez składek na PPK wynosi 25,72 zł (odpowiada to cenie netto za 1 rbh pracownika 25,72 zł).

Przyjmując najbardziej optymistyczny wariant tj. brak zwolnień lekarskich oraz obniżony wymiar składek ZUS (bez Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych dla osób w wieku powyżej 55 lat (kobiety) / 60 lat mężczyźni otrzymujemy koszt jednostkowy na poziomie 24,71 zł i taka minimalna cena oferty netto pokrywa wyłącznie koszty zatrudnienia pracownika.

Minimalna cena 1 roboczogodziny dla posterunku nie obsługiwane w porze nocnej bez składek na PPK wg PZP Ochrona wynosi 24,01 zł (odpowiada to cenie netto za 1 rbh pracownika 24,01 zł).

Przyjmując najbardziej optymistyczny wariant tj. brak zwolnień lekarskich oraz obniżony wymiar składek ZUS dla osób w wieku powyżej 55 lat (kobiety) / 60 lat mężczyźni

otrzymujemy koszt jednostkowy na poziomie 23,16 zł i taka minimalna cena oferty netto pokrywa wyłącznie koszty zatrudnienia pracownika.

Mając na uwadze powyżej poczynione obliczenia minimalna cena za 1 miesiąc świadczenia usługi pozwalająca na pokrycie kosztów zatrudnienia wynosi: $730 \times 24,71 \text{ zł} + 294 \times 23,16 = 24\,847,34$

Uwzględniając wszystkie wymagania Zamawiającego, minimalny koszt jednej roboczogodziny, zgodnie z powyższą kalkulacją wynosi 24,26 zł netto.

Tymczasem miesięczna cena oferty za usługę ochrony konsorcjum którego liderem jest Basma Security sp. z o. o. wynosi 22 500,00 zł netto czyli jest niższa o 2 347,34 zł niż minimalne koszty wynagrodzeń.

W przeliczeniu na jedną roboczogodzinę wynosi 21,97 zł netto i jest niższa o 2,29 zł na każdej

roboczogodzinie aniżeli minimalne koszty zatrudnienia pracowników przy założeniu realizacji przedmiotu umowy zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Stwierdzić należy, iż koszty wynagrodzeń nie są jedynymi kosztami jakie winien ponieść Wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu umowy. W cenę usługi należy także wliczyć koszty umundurowania, bieżącego nadzoru, koszty artykułów biurowych i piśmiennych, środków łączności, itp.

Reasumując, Odwołujący wskazuje, że za cenę określoną w ofercie która została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami w tym Kodeksu Pracy."

Prosimy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyczerpania ceny lub kosztu, które zgodnie z art.224 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem świadczonej usługi;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług;
- 3) oryginalności dostaw, usług 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 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.

Złożone wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację kosztów świadczenia usług, obejmującą co najmniej:

1. Koszty zatrudnienia na umowę o pracę osób świadczących usługi ochrony skalkulowane na

podstawie wymaganych przez zamawiającego planów ochrony dla poszczególnych obiektów.

2. Koszty zatrudnienia osoby realizującej usługi utrzymania porządku na terenie posesji przy ul. Szkolnej 16 w Lublinie,

3. Koszty nadzoru oraz pozostałe koszty, które wykonawca uwzględnił w zaoferowanej cenie,

4. Przewidywany zysk Wykonawcy.

Prosimy o przesłanie wyjaśnień e-mailem na adres: lub za

pośrednictwem platformy zamawiającego: , w terminie do dnia 21 lipca 2022 r.

Oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlegać będzie odrzuceniu jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny."

Pismem z 20 lipca 2022 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień następującej treści: „w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 15.07.2022 r. wzywające BASMA SECURITY Sp. z o. o. (Lider konsorcjum) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny poniżej składamy kalkulację ceny oferty.

Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę, że niezwykle trudno odnieść się do wymagań Zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny oferty na podstawie opracowanej przez branżowy Polski Związek Pracodawców Ochrona kalkulacji kosztów płacowych, bowiem nie uwzględnia ona możliwości obniżenia tych kosztów poprzez dofinansowanie przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych zatrudnienia pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności (dopuszczonej przez Zamawiającego), czego zapewne nie uwzględniło Konsorcjum MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i MM SERVICE SECURITY sp. z o.o. ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź powołując się właśnie na wyliczenia PZPO.

Mając na uwadze potrzebę odniesienia się do kalkulacji PZPO pragniemy zwrócić uwagę, że koszt zatrudnienia jednego pracownika z uwzględnieniem dodatku za pracę w porze nocnej oraz składek PPK wynosi 4.351,92 zł. Wykonawca do realizacji umowy w zakresie ochrony

osób i mienia zamierza skierować 6 pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Dofinansowanie z PFRON wynosi 1.200,00 zł dla jednego pracownika. Poniżej przedstawiamy koszty:

KOSZTY REALIZACJI UMOWY W PRZELICZENIU NA 1 MIESIĄC:

Koszty administracyjne (80,00) = 80,00

Koszty nadzoru (120,00) = 120,00

Koszty umundurowania (6 x 470,00 / 24) = 117,50

Koszty dodatkowego wyposażenia (6 x 80,00 / 24) = 20,00

Koszty ewentualnych dopłat-dodatków dla pracowników (6 x 150,00) = 900,00

Koszt ewentualnego wsparcia grupy interwencyjnej (150,00) = 150,00

Koszt zatrudnienia 6 pracowników (6 x 4.351,92) = 26.111,52

Dofinansowanie z PFRON (6 x 1.200,00) = - 7.200,00

RAZEM: = 20.299,02

Rezerwa finansowa - nieuwzględnione wydatki: = 1.000,00

ZYSK = 1.200,98

CENA OFERTOWA NETTO: = 22.500,00

Dla usług utrzymania porządku przyjęto zatrudnienie 1 pracownika na % etatu + dotychczasowe średniomiesięczne nakłady na sprzęt i wyposażenie powiększone o 20 % prognozowanego wzrostu cen i zakładany miesięczny zysk:

2.175,96 zł + 336,00 zł + 388,04 zł = 2.900,00 zł (cena ofertowa netto)".

Jest między Stronami bezsporne, że 26 lipca 2022 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto na podstawie treści SWZ, w tym rozdziału „VIII. Podmiotowe środki dowodowe i wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.”, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 3 wskazał, że: „Zamawiający może wezwać e-mailem lub za pośrednictwem Platformy Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia. Wezwanie dotyczyć będzie złożenia: (...) 3) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia według załącznik nr 5 do SWZ wraz z zaświadczeniami wydanymi przez właściwego Komendanta Wojewódzkiego Policji. Wykaz ma obejmować co najmniej 5 osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.”

Z kolei zgodnie z Załącznikiem 1 do SWZ „Formularz oferty”, pkt 7: „Zobowiązujemy się, po podpisaniu umowy, przed rozpoczęciem realizacji usługi przedłożyć Zamawiającemu wykaz personelu i osób nadzoru, przewidzianych do realizacji zamówienia, zawierający dane umożliwiające identyfikację tych osób, tj. imię i nazwisko i numer dowodu osobistego wraz z oświadczeniami dotyczącymi przestrzegania postanowień wynikających z umowy o zachowaniu poufności zgodnie z wzorem oświadczenia stanowiącym załącznik do umowy o zachowaniu poufności.”

Ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 23 maja 2022 r., nr 2022/BZP 00172455/01, Zamawiający zmienił opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący zgodności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że zamiast: „O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej prowadzonej przez Komendanta Głównego Policji, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. 2021.1995ze zm.), posiadającymi co najmniej 24 miesięczny staż pracy na stanowisku pracownika ochrony oraz nieposiadającymi statusu osoby niepełnosprawnej.^.)”, powinno być: „O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej prowadzonej przez Komendanta Głównego Policji, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. 2021.1995ze zm.), posiadającymi co najmniej 24 miesięczny staż pracy na stanowisku pracownika ochrony.(.)”, tj. zostało wykreślone „oraz nieposiadającymi statusu osoby niepełnosprawnej”.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 7) 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, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...)

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że „udzielone wyjaśnienia są gołosłownymi

deklaracjami Wykonawcy i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami”, w szczególności Odwołujący wskazał, że „w przypadku nieuzyskania dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych w wysokości 7200 zł Konsorcjum Basma comiesięcznie ponosiłoby stratę z tytułu realizacji przedmiotu umowy w wysokości 5999,02 zł”. Ponadto Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie załączył żadnych dowodów, w szczególności potwierdzających w ogóle możliwość korzystania z dofinansowania z PRFON oraz potwierdzających fakt posiadania w ramach zasobów kadrowych pracowników posiadających jednocześnie wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym i nie posiadających ustalonego prawa do emerytury. Odwołujący zaznaczył, że nie każda osoba o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności uzyska wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie uzyskuje obecnie dofinansowania z PFRON oraz podkreślił, że należy spełnić określone warunki w celu jego uzyskania.

Powyższe stanowisko Odwołującego nie jest w ocenie Izby trafne i nie mogło tym samym przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Jest między Stronami okolicznością bezsporną, że na moment składania ofert wykonawcy nie musieli zatrudniać kadry do realizacji tego zamówienia. Zatem kalkulacja ceny oferty odbywała się w oparciu o pewne założenia czynione przez wykonawcę co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i kosztów z tym związanych. Powinny być to założenia wiarygodne i realne do spełnienia w momencie udzielenia danemu wykonawcy zamówienia, ale też okoliczność iż w tej sytuacji mówimy o pewnej projekcji co do spełnienia świadczenia rzutuje na możliwości dowodowe wykonawcy udzielającego np. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. W tym celu wykonawca składa wyjaśnienia i dowody. W ocenie składu orzekającego jeśli dana okoliczność, na którą wykonawca się powołuje może zostać poparta dowodem, to taki dowód

powinien być złożony wraz z wyjaśnieniami. Z sytuacją taką będziemy mieć do czynienia np. w przypadku powołania się przez wykonawcę na udzielone mu upusty czy rabaty, która to okoliczność może zostać udowodniona przez okazanie odpowiedniej oferty. Jednak zauważyć należy, że będą istnieć sytuacje, gdy wystarczającym dowodem będą same udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia, w szczególności gdy odpowiadają wezwaniu, są rzetelne i wyczerpujące i uwiarygadniają zaoferowaną cenę.

W ocenie Izby w tej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy udzielone wyjaśnienia są wystarczające dla oceny prawidłowości ceny oferty Przystępującego, w tym stanowią odpowiedź na skierowane wezwanie. Modyfikując opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 23 maja 2022 r., Zamawiający zrezygnował z wymogu, zgodnie z którym skierowane do realizacji zamówienia osoby miały być osobami nieposiadającymi statusu osoby niepełnosprawnej. Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował samej możliwości skierowania do realizacji przedmiotu umowy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Jak wynika z pkt 7 formularza oferty, wykonawca dopiero na etapie przed podpisaniem umowy ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu wykaz personelu i osób nadzoru, przewidzianych do realizacji zamówienia, zawierający dane umożliwiające identyfikację tych osób. Jak ustalono podczas rozprawy, Przystępujący nie został w toku postępowania wezwany do złożenia załącznika nr 5 do SWZ, zgodnie z rozdziałem VIII SWZ. Skoro więc na moment składania oferty Przystępujący nie miał obowiązku zatrudniać osób na potrzeby realizacji tego zamówienia, to w ocenie Izby nie sposób wymagać od niego na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodów potwierdzających w ogóle możliwość korzystania z dofinansowania z PFRON oraz potwierdzających fakt posiadania w ramach zasobów kadrowych pracowników posiadających jednocześnie wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym i nie posiadających ustalonego prawa do emerytury.

W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy poleganie przez Zamawiającego na oświadczeniach złożonych wraz z ofertą i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny było uprawnione. Zwrócić należy uwagę, że wykonawcy, w tym Przystępujący składali wraz z ofertą załącznik nr 3 do SWZ, w treści którego oświadcza, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Natomiast Odwołujący nie wykazał, aby oświadczenie Przystępującego w tym zakresie było nieprawdziwe. Jest okolicznością między Stronami i Przystępującym niesporną, że na obecnym etapie Przystępujący nie otrzymuje dofinansowania z PFRON, jednak w ocenie Izby nie może to przesądzać o niewiarygodności wyjaśnień z 20 lipca 2022 r. W wyjaśnieniach tych Przystępujący napisał wprost, że „zamierza skierować 6 pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności”, a nie, że już ich zatrudnia. Należy nadmienić, że jest to zgodne z opisem warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie Zamawiający wymagał, że wykonawca biorący udział w postępowaniu miał wykazać, że „dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia”. Natomiast podczas rozprawy Przystępujący wyjaśnił i wykazał za pomocą złożonego dowodu, że aktualny stan zatrudnienia pracowników w połączeniu z prognozowaną w tym zakresie zmianą, jaka nastąpi w wyniku zawarcia umowy o to zamówienie, pozwoli mu na osiągnięcie dofinansowania z PFRON, co najmniej w wysokości wskazanej w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 20 lipca 2022 r. Nie są to w ocenie Izby dowody spóźnione. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z treścią art. 537 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył jeśli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Co do twierdzeń Odwołującego dotyczących możliwości poniesienia straty w przypadku nieotrzymania dofinansowania, czy to ze względu na niezatrudnienie 6 osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności czy ze względu na niespełnienie warunków uzyskania dofinansowania z PFRON, wskazać należy, że zakładając racjonalność wykonawcy który projektuje taki a nie inny sposób realizacji umowy, należy oczekiwać, że będzie on dążył do wypełnienia tych założeń właśnie po to aby realizacja umowy była dla niego opłacalna. Po drugie natomiast, Odwołujący nie wykazał że pozyskanie pracowników spełniających warunki opisane w SWZ oraz przy tym kwalifikujących się do dofinansowania z PFRON jest dla Przystępującego niemożliwe, nierealne czy wysoce utrudnione. Podobnie jak Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie spełnić 8 warunków pozyskania dofinansowania opisanych w tabeli w treści odwołania. Jednocześnie Odwołujący wykazał, że w przeszłości Przystępujący takie dofinansowanie otrzymywał co pozwala wnioskować, że ma doświadczenie w jego pozyskaniu i może potencjalnie uzyskać je ponownie. Twierdzenie zawarte w odwołaniu, zgodnie z którym: „Tym samym fakt powoływania się na uzyskiwanie dofinansowania do wynagrodzeń pracowników z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych przy realizacji przedmiotowego zamówienia należy uznać w ocenie Odwołującego za fikcyjny. Konsorcjum Basma nie ma, zdaniem Odwołującego, możliwości uzyskiwania tego typu wsparcia, a udzielone wyjaśnienia nie mają nic wspólnego z realnym i faktycznym możliwym sposobem realizacji przedmiotu zamówienia. Przyjęte w udzielonych wyjaśnieniach okoliczności pozwalające na obniżenie realnych kosztów realizacji usługi w przypadku Konsorcjum

Basma są więc nieprawdziwe." nie zostało w żaden sposób wykazane. Podkreślić należy, że ustalony w art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Z tych względów argumentacja przedstawiona w odwołaniu nie zasługiwała na uwzględnienie a odwołanie zostało oddalone, gdyż Odwołujący nie wykazał jego zasadności.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 oraz §5 pkt 1 i pkt 2 lit b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: