Sygn. akt: KIO 9/23

WYROK

z dnia 17 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, MM Service Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Łodzi, ul. 3 - go Maja 64/66N, 93 - 408 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez: Sieć Badawcza Łukasiewicz – Warszawski Instytut Technologiczny (przed zmianą nazwy: Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego) w Warszawie, ul. Racjonalizacji 6/8, 02-673 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Time Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Sky One Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Mysłowicach, Plac Wolności 2, 41400 Mysłowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmawiającemu:

- w części I - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MJK Sp. z o.o., Matpol Grupa Sp. z o.o., Matpol Grupa Bis Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie oraz Konsorcjum: Time Security Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Mysłowicach do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny ofertowej i dokonanie ponownej oceny ofert;

- w części II - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Sieć Badawcza Łukasiewicz – Warszawski Instytut Technologiczny z siedzibą w Warszawie, 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,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, MM Service Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Łodzi kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie:

jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 9/23

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

Zamawiający - Sieć Badawcza Łukasiewicz – Warszawski Instytut Technologiczny (przed zmiana nazwy: Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Usługa całodobowej ochrony osób i mienia w Sieć Badawcza

Łukasiewicz - Instytucie Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego" – Część I i część II numer referencyjny: FZ-240-10/200. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 grudnia 2022 r. pod nr 2022/BZP 00485563/01.

27 grudnia 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i II postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: MAXUS sp. z o. o., MM SERVICE MONITORING sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. (dalej wspólnie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec:

W zakresie części I

I. zaniechania badania ceny ofert co do których istnieje podejrzenie, że jest rażąco niska wymienionych Wykonawców:

1/ Konsorcjum: MJK Sp. z o.o., Matpol Grupa Sp. z o.o., Matpol Grupa Bis Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej: „konsorcjum Matpol"),

2/ Konsorcjum: Time Security Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Mysłowicach (dalej: „Konsorcjum Time Security").

W zakresie części II

I. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Katowicach wobec faktu, jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") poprzez skierowanie do realizacji zamówienia pracowników z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oraz umiarkowanym specjalnym, podczas gdy Zamawiający dopuszczał pracowników z nie wyższym niż lekki stopień niepełnosprawności,

II ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

W zakresie części I

1) odnośnie pkt I.1 odwołania- naruszenie art. 224 ust. 1;

W zakresie części II

1) Odnośnie pkt I.1 naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu pierwszego,

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

W zakresie części I

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum, którego liderem jest Time Security sp. z o.o.;

2) wezwania do przedstawienia wyjaśnień dotyczących ceny ofert;

3) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem wyjaśnień;

W zakresie części II

1) unieważnienie czynności wyboru Konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Sp. z o.o.,

2) odrzucenie oferty Wykonawcy wskazanego w pkt 1 jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ewentualnie jako zawierającej rażąco niską cenę,

3) dokonanie czynność wyboru spośród pozostałych, nieodrzuconych ofert.

W uzasadnieniu w zakresie zarzutów dotyczących Części I zamówienia Odwołujący m.in. wskazał, że przedmiotem umowy w zakresie tej części jest ochrona 3 obiektów Zamawiającego w wymiarze całodobowym. Zgodnie z zapisami § 6 ust. 2 d wzoru umowy dla części II (załącznik nr 6 do SWZ oraz jego późniejszej modyfikacji dokonanej w dniu 15 grudnia

2022 r.) Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez pracowników/osoby posiadające nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, który nie uniemożliwia wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku (Wykonawca złoży oświadczenie własne w celu potwierdzenia spełnienia warunku).

Powyższe ograniczenie w sposób istotny zaniża możliwy do uzyskania przez potencjalnych Wykonawców poziom pomocy publicznej do wynagrodzenia pracowników z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Zawodowej i Społecznej oraz Zatrudnianiu Osób Niepełnosprawnych. Wiążąc powyższe ograniczenie z nakazem realizacji usługi przy pomocy pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę można wyliczyć minimalny poziom kosztów, jakie poniesie wykonawca w ramach realizacji zamówienia publicznego. Wyliczenia minimalnych kosztów jednostkowych 1 roboczogodziny pracy pracownika w 2023 r., przy założeniu zatrudnienia pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności oraz lekkim stopniem niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym, Odwołujący przedstawił w tabeli:

L.P	ROK	2023	Uwagi
1	WYNAGRODZENIE ZASADNICZE	3545,00	POZIOM UŚREDNIONY – DO POŁOWY ROKU 3490,00 ZŁ OD POŁOWY ROKU 3600,00 ZŁ (3490 + 3600) / 2 = 3545
2	DODATEK ZA PRACĘ W GODZINACH NOCNYCH DLA 1 ETATU	236,32	ŚREDNIO 56 RBH DLA 1 ETATU X 4,22 ZŁ KOSZT 1 RBH W PORZE NOCNEJ ZOSTAŁ WYLICZONY W NASTĘPUJĄCY SPOSÓB 3545 / 168 RBH X 20 % = 4,22 ZŁ
3	PREMIA	0,00	
4	ŁĄCZNIE WYNAGRODZENIE – PODSTAWA SKŁADEK ZUS	3781,32	POZ. 1 + POZ. 2
5	SKŁADKI ZUS Z PPK – 17,19 %	650,01	17,19 % X POZ. 4 (9,76 % składka wypadkowa, 6,5 % składka rentowa, 0,93 % składka wypadkowa)
7	WYNAGRODZENIE BRUTTO POWIĘKSZONE O SKŁADKI ZUS	4431,33	Poz. 4 + Poz. 5
8	WYNAGRODZENIE ZA CHOROBĘ – 10 DNI W ROKU	72,51	[3781,32 – (3781,32 X 13,71%)] / 30 DNI X 80 % X 10 DNI / 12 MIESIĘCY
9	WYNAGRODZENIE ZA URLOP – 26 DNI W ROKU	457,20	4431,33 / 168 X 26 DNI X 8 RBH / 12
10	ŁĄCZNY KOSZT BRUTTO WYNAGRODZENIA	4961,04	POZ. 7 + POZ. 8 + POZ. 9
11	DOFINANSOWANIE Z PFRON	-750,00	½ X 450 ZŁ + ½ X 1050 ZŁ DO PRACOWNIKA Z LEKKIM STOPNIEM NIEPEŁNOSPRAWNOŚCI (POŁOWA PRACOWNIKÓW ZE SCHORZENIEM SPECJALNYM)
12	ŁĄCZNY KOSZT 1 WYNAGRODZENIA	4211,04	
13	KOSZT 1 RBH	25,07 ZŁ	4211,04 / 168

Następnie Odwołujący podał, że Wykonawca Konsorcjum Matpol zaoferował cenę netto za 1 rbh dla części 1 na poziomie: 23,77 zł netto, Wykonawca Konsorcjum Time Security zaoferował cenę netto za 1 rbh dla części 1 na poziomie: 23,42 zł netto. Wyliczona w tabeli kwota 1 roboczogodziny zawiera w sobie wyłącznie koszty wynagrodzenia pracowników. Nie zawiera innych pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia takich jak koszty wyposażenia pracowników, koszty nadzoru, koszty wsparcia grup interwencyjnych, administracji itp. Ponadto Zamawiający nie może z góry założyć, iż Wykonawcy dysponują w swoich zasobach pracownikami z lekkim stopniem niepełnosprawności lub stopniem lekkim ze schorzeniem specjalnym. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie weryfikacji możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za zaoferowaną cenę. Obowiązek badania rażąco niskiej ceny po stronie Zamawiającego aktualizuje się zawsze, kiedy istnieją co do niej

wątpliwości, a nie jedynie w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności w sytuacji, kiedy stawki za usługę ochrony są niższe niż wynikają z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Powyższą tezę potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2022 r., sygn. KIO 599/22, zgodnie z którym „bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że cena zaoferowana przez przystępującego i konsorcjum nie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Izba podkreśla, że zamawiający obowiązany jest badać cenę oferty nie tylko na podstawie wymogów zawartych w przepisach P. z. p., ale również w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający jest również obowiązany badać, czy zaoferowana przez wykonawców cena nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Taka konstatacja jest oczywista w świetle brzmienia zawartego w art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy P. z. p. W tym przypadku zastosowanie znajdzie art. 224 ust. 1, nie zaś ust. 2 ustawy P. z. p.”.

W zakresie zarzutów dotyczących części II zamówienia, odnośnie zarzutu dotyczącego złożenia oferty niezgodnej z treścią SWZ, Odwołujący podał, że zgodnie z § 6 ust. 2 d wzoru umowy dla części II (załącznik nr 6 do SWZ oraz jego późniejszej modyfikacji dokonanej w dniu 15 grudnia 2022 r.) Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez pracowników/osoby posiadające nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, który nie uniemożliwia wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku (Wykonawca złoży oświadczenie własne w celu potwierdzenia

spełnienia warunku). Wykonawca Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN” sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Parasol”) w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny wskazał, iż do realizacji przedmiotu zamówienia zamierza zatrudnić wyłącznie osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności (a więc wyższy stopień niepełnosprawności niż dopuszczał Zamawiający). Powyższe potwierdza, iż Wykonawca założył odmienny od wymaganego przez Zamawiającego sposób realizacji usługi, co oznacza, iż treść jego oferty jest niezgodna z SWZ.

Niezależnie od zarzutów podniesionych powyżej, Odwołujący wskazał, iż udzielone wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny zawierają istotne błędy w wyliczeniu kosztów. Poprawne wyliczenie kosztów pozwala stwierdzić, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. Wykonawca popełnił następujące pomyłki w udzielonych wyjaśnieniach:

1. Przyjęcie zaniżonej wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego przez cały okres realizacji umowy – Konsorcjum Parasol przyjęło kwotę 3490,00 zł tj. wartość obowiązującą w pierwszym półroczu 2023 r. Minimalne wynagrodzenie za pracę w drugim półroczu 2023 r. będzie wynosić 3600,00 zł Tym samym prawidłowa uśredniona wartość minimalnego wynagrodzenia wyniesie 3545,00 zł, co wynika z poniższych wyliczeń: (3490 x 6 miesięcy + 3600 x 6 miesięcy) / 12 miesięcy = 3545,00 zł;

2. Zaniżenie kosztów wynagrodzenia urlopowego

a. Wykonawca Konsorcjum Parasol wskazał, iż oszacował koszt urlopów na poziomie 7,12 %. Jest to wartość znacząco zaniżona w świetle obowiązujących przepisów Kodeksu pracy oraz ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Wobec faktu, iż Wykonawca zamierza realizować usługę w oparciu o pracowników zatrudnionych na umowę o pracę posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności minimalny wymiar urlopu pracowniczego wyniesie 30 dni lub 36 dni (20 lub 26 dni urlopu wynikającego z Kodeksu Pracy oraz 10 dni wynikających z zapisów art. 19 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych). Zgodnie z art. 19 Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności. Tym samym przyjmując średnio miesięcznie 21 dniową normę czasu pracy przy założeniu urlopu w wymiarze 30 dni rocznie koszt prawidłowo wyliczony koszt urlopu wyniesie 11,904 %. Wynika to z

następujących wyliczeń: (30 dni urlopu x 8 rbh / 21 dni x 8 rbh x 12 miesięcy = 11,904 %),

b. Wykonawca Konsorcjum Parasol wyliczając koszty urlopu jako podstawę ich wyliczania przyjął wyłącznie wynagrodzenie zasadnicze, pomijając dodatek za pracę w porze nocnej, który także winien być wliczony jako podstawa wyliczenia kosztów urlopu. Kwota kosztów urlopu w wysokości 248,49 stanowi 7,12 % kwoty 3490,00 zł. Prawidłowo skalkulowany koszt urlopu winien zostać wyliczony od sumy wynagrodzenia

zasadniczego oraz dodatku za pracę w porze nocnej.

3. Zawyżenie kosztów pomocy publicznej dla niepełnego wymiaru etatu pracownika. W przypadku niepełnego etatu dofinansowanie do jego wynagrodzenia przysługuje proporcjonalnie do wymiaru jego etatu. Zgodnie z art. 26 a ust. 6 Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych: Przyjmując poziom dofinansowania 1200 zł dla 0,35 etatu Konsorcjum Parasol zawyżyło kwotę pomocy publicznej dla 1 etatu o kwotę 780 zł miesięcznie.

W załączeniu Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów, stwierdzając, iż prawidłowo wyliczona kwota kosztów wynosi 223 629,35 zł brutto, co przewyższa

zaoferowaną cenę o kwotę 14 274,99 zł. Oznacza to, że konsorcjum Parasol z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia zamiast zysku poniesie stratę w wysokości co najmniej 14 274,99 zł. Kwota straty może być jeszcze wyższa, gdyby okazało się, że pracownicy skierowani do realizacji usługi posiadać będą 36 dniowy wymiar urlopu wypoczynkowego.

Konsorcjum w udzielonych wyjaśnieniach nie doprecyzowało sposobu kalkulacji kosztów absencji urlopowo chorobowej.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, iż na podstawie uchwały nr 11/2022 Rady Centrum Łukasiewicz z dnia 29 grudnia 2022 r. z dniem 1 stycznia 2023 r. Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego połączył się z Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytutem Mechaniki Precyzyjnej. W wyniku tego Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego zmienił nazwę na Sieć Badawcza Łukasiewicz – Warszawski Instytut Technologiczny oraz wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Zamawiający podał m.in., że w zakresie części I zamówienia nie był zobligowany do badania cen złożonych ofert pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny. Przepis art. 224 ust. 2 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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. Tymczasem żadna ze złożonych ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, o której mowa wyżej. Zamawiający mógłby żądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części, zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 Pzp, w sytuacji, gdyby zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający w zakresie części I zamówienia nie powziął takich wątpliwości. Przepis art. 224 ust. 1 Pzp posługuje się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego", czy wskazuje, że „cena wydaje się rażąco niska". Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jeżeli Zamawiający nie powziął zaś takich wątpliwości, to tym samym nie musiał, a nawet nie był uprawniony, do zwracania się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zamawiający stwierdził, że co prawda zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części I zamówienia kwotę brutto 905 083,20 zł, a wszystkie złożone oferty zawierają niższą cenę, ale pozostają one na bardzo zbliżonym poziomie. Jedyną ofertą odbiegającą w zakresie ceny jest oferta konsorcjum w składzie Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która zaoferowała cenę 867 586,90 zł. Ceny pozostałych ofert przy tej skali wartości różniły się nieznacznie.

Oferta nr 1: 768 350,99 zł (miesięcznie: 64 029, 25 zł)

Oferta nr 3: 787 422, 38 zł (miesięcznie: 65 618,53 zł)

Oferta nr 4: 757 037,44 zł (miesięcznie: 63 086,45 zł)

W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego, zgodnie z którym możliwe jest wykonanie umowy za kwotę 65 618,53 zł miesięcznie (kwota zaproponowana przez Odwołującego), ale zdecydowanie niemożliwe jest wykonanie tej umowy za kwotę 63 086,45 zł miesięcznie i jest to cena rażąco niska uznać, należy za bezpodstawny. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej (Komentarz do art. 224, [w:] A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Warszawa 2022, wersja el. LEX). Z wykładni językowej pojęcia „rażący" wynika, że w przepisie tym jest mowa o przypadkach

oczywistych, wyraźnych, bezspornych, niewątpliwych, „rzucających się w oczy" (Komentarz do art. 224, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 705). W tym przypadku różnica w cenie pomiędzy ofertami trzech wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami jest tak niewielka, że nie wzbudziła ona wątpliwości Zamawiającego. Wartość najniższej oferty jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich czterech złożonych ofert o niecałe 5%. Okolicznością notoryjną jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową -ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze na rynku konkurencyjnym znajdą się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent (wyrok KIO z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. KIO 207/22).

Zamawiający zwrócił uwagę, że wyliczenia Odwołującego opierają się na błędnych założeniach. W wierszu 10. tabeli Odwołujący wskazuje uśrednione dofinansowanie z PFRON na poziomie 750 zł (połowa pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 450 zł miesięcznie i połowa pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności z wyszczególnionymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 1050 zł miesięcznie). Zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy Zamawiający dopuszczał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez pracowników posiadających nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, który nie uniemożliwia wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby Wykonawca zatrudnił wyłącznie osoby posiadające lekki stopień niepełnosprawności z wyszczególnionymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca miesięcznie kwotę 1050 zł. Niezasadne jest zatem uśrednianie dofinansowania z PFRON na poziomie 750 zł na pracownika, podczas gdy Wykonawca może uzyskiwać miesięcznie kwotę 1050 zł. Pozostałe elementy kalkulacji wynagrodzenia zaprezentowanej przez

Odwołującego również budzą wątpliwości. Odwołujący wskazuje np. „wynagrodzenie za chorobę – 10 dni w roku". Odwołujący nie uzasadnia jednak w żaden sposób, na jakiej podstawie uznał, że przeciętnie pracownik ochrony choruje 10 dni w roku. Tego elementu kalkulacji kosztów nie sposób przewidzieć. Niekoniecznie również wszystkim zatrudnionym pracownikom przysługiwać będzie 26 dni urlopu (jak to przyjęto w kalkulacji). Przyjmując wskazane przez Odwołującego w tabeli dot. kalkulacji wynagrodzeń dane, pomijając już ich

poprawność, przy uwzględnieniu, że Wykonawca zatrudni osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności ze szczególnymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 1050 zł, a nie 750 zł koszt roboczogodziny wyniósłby 23,28 zł, a zatem zdecydowanie mniej niż to wskazał w tabeli Odwołujący (25,07 zł) i mniej niż oferta Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.

Zamawiający stwierdził, że nie zakłada, że Wykonawcy zatrudniają wyłącznie pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności lub lekkim stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi (jak zdaje się sugerować Odwołujący). Zamawiający nie może jednak odrzucać oferty jako rażąco niskiej tylko dlatego, że dany wykonawca zatrudnia pracowników z określonym stopniem niepełnosprawności (dopuszczonym w SWZ i załącznikach do niej) i z tego tytułu uzyskuje dofinansowanie do ich wynagrodzeń, co ostatecznie pozwala mu zmniejszyć koszty wykonania umowy. Godziłoby to w zasadę równego traktowania wykonawców. Aktywizacja zawodowa osób niepełnosprawnych zasługuje na pochwałę i jest zgodna z kierunkami rozwoju społecznego i rozwoju rynku pracy wyznaczanymi przez prawodawcę.

Podsumowując, zarzut Odwołującego w zakresie części I. zamówienia Zamawiający stwierdził, że nie był zobligowany do zwracania się do Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę o udzielenie wyjaśnień, ponieważ wskazana przez niego cena nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie uzasadnił również, że wybrana oferta może zawierać cenę rażąco niską. Przedstawiona przez niego tabela z kalkulacją wynagrodzeń oparta jest na błędnych przesłankach. Wystarczy zmienić jedną daną (w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami), aby uzyskać zupełnie inny wynik.

W odniesieniu do części II. zamówienia Zamawiający wskazał, że w specyfikacji warunków zamówienia nie wymagał, aby pracownicy zatrudniani przez Wykonawcę posiadali nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności. Wymóg taki znajduje się jedynie w projektowanych postanowieniach umownych. Ponadto, Wykonawca, którego ofertę wybrano, w swojej ofercie nie wskazał, że zamierza realizować zamówienie przy udziale pracowników legitymujących się wyższym niż lekkim stopniem niepełnosprawności. W związku z tym nie było podstaw do odrzucenia jego oferty, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W wyjaśnieniach datowanych na 22 grudnia 2022 r. Wykonawca uwzględnił co prawda, że planuje zaangażować do wykonywania umowy pracowników posiadających umiarkowany bądź też umiarkowany specjalny stopień niepełnosprawności, ale nie oznacza to, że Zamawiający nie zamierza egzekwować obowiązku wskazanego w § 6 ust. 2 lit. d. projektowanej umowy tj. zatrudniania osób posiadających nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, który nie uniemożliwia

wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku. Zamawiający dysponuje określonymi środkami prawnymi. Zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 1 lit. b projektowanej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku niewykonania przez Wykonawcę w całości lub w części usługi określonej w § 1 umowy, w wysokości 10% wartości wynagrodzenia miesięcznego brutto za każde zdarzenie, w szczególności za obsadę posterunku osobami niespełniającymi wymogów określonych w § 6 niniejszej umowy. Ponadto, Zamawiający uprawniony jest do wypowiedzenia umowy, zgodnie z § 16 ust. 1 umowy, z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia w sytuacji, gdy Wykonawca (a) wykonuje umowę w sposób nienależyty i nie zmienia sposobu wykonywania pomimo dwukrotnego wezwania przez Zamawiającego do zmiany sposobu świadczenia usług, (b) suma kar umownych, których Zamawiający zażądał do Wykonawcy przekracza kwotę 10 000 zł. Zamawiający uprawniony jest również w określonych przypadkach do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym (§ 16 ust. 3).

Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzuca, że „[oferta wykonawcy] jest niezgodna z treścią SWZ poprzez skierowanie do realizacji zamówienia pracowników z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oraz umiarkowanym specjalnym". Wybrany Wykonawca nie skierował jednak jeszcze żadnych pracowników do realizacji zamówienia, ponieważ umowa nie została zawarta, a na etapie realizacji zamówienia Zamawiający czuwać będzie nad prawidłowym wykonywaniem umowy. Fakt, że Wykonawca wyjaśniając cenę wspomniał, że zamierza zaangażować pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności nie oznacza, że Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę. Po podpisaniu umowy Wykonawcę wiązać będą postanowienia umowne, w których zawarto obowiązek zatrudniania pracowników legitymujących się nie wyższym niż lekki stopień niepełnosprawności.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający podtrzymał uwagi do zarzutu odwołania w zakresie części I. zamówienia. Ubocznie wskazał, że drobne błędy w wyjaśnieniach przekazanych przez Wykonawcę nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Zamawiający bowiem, zgodnie z zasadami wyrażonymi w przepisie art. 16 Pzp, obowiązany jest przygotowywać i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Odrzucenie oferty jedynie na podstawie drobnych nieścisłości w zakresie wyjaśnień co do ceny prowadziłoby do naruszenia tej zasady.

Przedstawione przez Odwołującego wyliczenia w zakresie rażąco niskiej ceny oparte są na błędnych założeniach. Odwołujący zarzuca m.in., że Wykonawca z najniższą ceną zaniżył koszty wynagrodzenia urlopowego, ponieważ osobom ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Zamawiający w projektowanych

postanowieniach umownych nie dopuszcza jednak zatrudniania przez Wykonawcę osób z wyższym niż lekki stopień niepełnosprawności. Nie ma zatem podstaw do uwzględniania w kosztach wynagrodzenia urlopowego dodatkowego 10-dniowego urlopu. Tym samym wyliczenia Odwołującego prowadzą do błędnego wyniku.

Zamawiający stwierdził również, że nawet gdyby koszt wykonania zamówienia przez wybranego Wykonawcę, nieznacznie przewyższał kwotę wynagrodzenia przewidzianą w umowie, to nie jest to podstawą do automatycznego odrzucenia oferty Wykonawcy. Należy wziąć bowiem pod uwagę wszelkie korzyści, które Wykonawca może odnieść z tytułu realizacji umowy. Umowa w sprawie zamówienia z definicji jest umową odpłatną (art. 7 pkt 32 Pzp). Wskazuje się jednak, że pojęcie odpłatności należy rozumieć szeroko (zob. Komentarz do art. 7, [w:] P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, wersja el. Legalis). KIO w wyroku z dnia 8 grudnia 2021 r., sygn. KIO 2542/11, rozpatrywała odwołanie od postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było otwarcie i prowadzenie rachunków skonsolidowanych funduszy w ramach FUS, FEP oraz rachunków ZUS i realizację płatności masowych dotyczących wypłaty świadczeń. Jedna z ofert zawierała wówczas cenę 0 zł. W ocenie Izby umowa, w której bank zobowiązuje się do prowadzenia rachunków i przeprowadzania rozliczeń pieniężnych za 0 zł, będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową. Jednocześnie wskazać należy, że w doktrynie istnieje spór, czy w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego korzyść majątkowa obligatoryjnie musi mieć charakter pieniężny, czy też może przybrać postać świadczenia niepieniężnego. Zgodnie z ostatnim poglądem odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść, wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej. W ocenie Izby zaprezentowanej w przywołanej sprawie, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny tamtejszej sprawy, Izba wskazała, że bank przewiduje uzyskać z tytułu realizacji umowy korzyści wynikające przede wszystkim z faktu uzyskania depozytów bieżących, czyli środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach oszczędnościowo - rozliczeniowych osób fizycznych, będących świadczeniobiorcami ZUS, a także ze środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach funduszy ZUS. Podobne stanowisko KIO zajęła w wyroku z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2725/11, dopuszczając możliwość wykonania przez Wykonawcę zamówienia za 0 zł. Zdaniem Zamawiającego rozważania poczynione przez

KIO w sprawie o sygn. 2542/11, pomimo że nie zaszedł przypadek, w którym Wykonawca zaoferował wykonanie usługi za 0 zł, odnieść można również do realiów niniejszej sprawy. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach datowanych na dzień 22 grudnia 2022 r. wskazuje, że w dłuższej perspektywie bardziej opłacalne dla niego jest utrzymanie sprawdzonej i wykwalifikowanej kadry poprzez przeniesienie jej na inny obiekt (nawet pozyskany po konkurencyjnej stawce), niż rezygnacja z pracowników, a ponadto nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia wywołałoby określone koszty po jego stronie, takie jak obowiązek wypłaty odpraw, ekwiwalentów za niewykorzystany urlop itd. Korzyścią Wykonawcy z realizacji przedmiotowego zamówienia będzie zatem nie tylko kwota 209 354,36 zł wypłacona przez Zamawiającego, ale również możliwość zachowania sprawdzonego personelu oraz zaoszczędzenia określonej kwoty, którą Wykonawca musiałby wydatkować w celu wypłaty odpraw i ekwiwalentów pieniężnych za niewykorzystany urlop. Dla Wykonawcy bardziej opłacalne jest uzyskanie niższej kwoty za zamówienie od Zamawiającego niż wypłacanie pracownikom odpraw oraz rekrutowanie na nowo pracowników w przyszłości (zwłaszcza w obecnej sytuacji społeczno-gospodarczej, w której stopa bezrobocia jest na stosunkowo niskim poziomie, a szereg pracodawców zauważa ogromne trudności w pozyskaniu dobrych pracowników).

Do pisma została m.in. załączona uchwała nr 11/2022 Rady Centrum Łukasiewicz z 29 grudnia 2022 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych przez strony pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że w zakresie części I zamówienia, oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert może być ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności badania ceny ofert wykonawców wskazanych w niniejszym odwołaniu, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do odrzucenia tych ofert jako zawierających rażąco niską cenę, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który

planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. W zakresie części II zamówienia oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Ad zarzuty dotyczące części I

Stosownie do art. 224 ust. 1 Pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Podstawowym celem wystąpienia zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia jest ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, bez poniesienia strat z tego tytułu, przy uwzględnieniu w szczególności przedmiotu i specyfiki zamówienia.

W sprawie zwraca uwagę, że zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia i praktykę wykonawców działających w branży ochroniarskiej przy wycenie usług poza obowiązującą w danym okresie kwotą minimalnego wynagrodzenia szczególnego znaczenia nabiera możliwość uzyskania dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Zawodowej i Społecznej (PFRON).

W analizowanym postępowaniu Zamawiający wymagał do realizacji zamówienia skierowania osób zatrudnionych na umowę o prace i wyłączył możliwość zatrudnienia pracowników posiadających wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, zastrzegając przy tym, ze stopień ten nie może uniemożliwiać wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku. Nie jest sporne, że w przypadku zatrudnienia osób

spełniających określone w SWZ wymogi, maksymalna pomoc publiczna może wynosić 1050,00 zł. Nie jest także sporne, że w 2023 r. wynagrodzenie minimalne od 1 stycznia do 30 czerwca wynosi 3490,00 zł, zaś od 1 lipca – 3600,00 zł. Kwoty te służą do wyliczenia minimalnej stawki godzinowej za pracę.

Z wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu wynika, że przy zatrudnieniu połowy takich osób i przy uwzględnieniu wysokości minimalnego wynagrodzenia określonego na 2023 r. i założonych przez Odwołującego obciążeń pracodawcy np. wynagrodzenia za urlop czy związanego z choroba pracowników oraz składkami do ZUS, godzinowa stawka powinna wynosić 25,07 zł. Przedstawiona w odwołaniu kalkulacja poza kosztami związanymi z zatrudnieniem osób nie dotyczy innych kosztów realizacji usługi, np. kosztów umundurowania czy kosztów administracyjnych.

Z formularzy ofertowych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MJK sp. z o.o., Matpol Grupa sp. z o.o., Matpol Grupa Bis sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Time Security sp. z o.o., Sky One sp. z o.o. wynika, że zaoferowana przez tych wykonawców w części I stawka wynosi odpowiednio: 23,77 zł oraz 23,42 zł netto. Z założenia stawki te powinny obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, tj. nie tylko koszty wynagrodzenia pracowników, ale też koszty obciążające pracodawcę, w tym z tytułu składek ZUS. Tymczasem stawki ww. wykonawców są bardzo zbliżone do stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, co powinno wzbudzić wątpliwości co do uwzględnienia wszystkich czynników wpływających na cenę w postępowaniu. Przy kalkulacji ceny oferty wykonawcy powinni bowiem uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie miał wątpliwości co do cen ofert złożonych przez wykonawców Konsorcjum Parasol i Konsorcjom Time Security. Zamawiający przyznał jednocześnie, że na sfinansowanie części I zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę brutto 905 083,20 zł, a złożone przez ww. wykonawców w tej części oferty zawierają niższe ceny, pozostają one jednak na zbliżonym poziomie do ceny oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający swoją argumentację odniósł do ceny oferty Odwołującego stwierdzając, że w jego ocenie: zarzut Odwołującego, zgodnie z którym możliwe jest wykonanie umowy za kwotę 65 618,53 zł miesięcznie (kwota zaproponowana przez Odwołującego), ale zdecydowanie niemożliwe jest wykonanie tej umowy za kwotę 63 086,45 zł miesięcznie i jest to cena rażąco niska uznać, należy za bezpodstawny.

Tymczasem okoliczność, że cena oferty Odwołującego niewiele różni się od cen dwóch zakwestionowanych przez niego ofert, samo w sobie nie przesądza o prawidłowym skalkulowaniu tych ofert. Zarzut odwołania nie dotyczy zaniechania odrzucenia ofert ww.

wykonawców z uwagi na rażąco niską cenę, lecz dotyczy zaniechania Zamawiającego wystąpienia o wyjaśnienia ceny tych ofert z podaniem wyliczeń, które wskazują zdaniem Odwołującego, na zaistnienie podstaw do wystąpienia o wyjaśnienia cent tych ofert.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że na każdą cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. W okolicznościach analizowanej jednak to właśnie te indywidualne czynniki wpływające na wysokość cen ww. ofert winny być wyjaśnione. W sytuacji bowiem, gdy zaoferowana przez wykonawcę stawka zbliżona do minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego czy cena oferty pozwala na należyte wykonania zamówienia bez ponoszenia na nim straty. Tym bardziej, gdy Zamawiający wyłączył możliwość zatrudnienia pracowników posiadających wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, zastrzegając jednocześnie, że nie może on uniemożliwiać wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do

posterunku, co przekłada się na wysokość ewentualnej pomocy publicznej.

Zwraca w tym zakresie uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że wyliczenia Odwołującego opierają się na jego założeniach, które na sobie znanej podstawie ocenił jako błędne. Wskazał np. że Odwołujący przyjął w przedstawionych wyliczeniach uśrednione dofinansowanie z PFRON na poziomie 750 zł (połowa pracowników z lekkim stopnień niepełnosprawności, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 450 zł miesięcznie i połowa pracowników z lekkim stopnień niepełnosprawności z wyszczególnionymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 1050 zł miesięcznie), stwierdzając, że wykonawca może zatrudnić wyłącznie osoby posiadające lekki stopień niepełnosprawności z wyszczególnionymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca miesięcznie kwotę 1050 zł. Zamawiający zatem przedstawia jedną z możliwości w tym zakresie, bardziej korzystną dla wykonawców, jeśli chodzi o wysokość możliwej do otrzymania przez nich pomocy publicznej. Trudno jednak nie zauważyć, że bez uzyskania wyjaśnień od wykonawcy, można byłoby czynić odmienne hipotetyczne założenia, także takie, które wskazywałyby, że te przyjęte przez Odwołującego są nazbyt optymistyczne. Nawet zatem, gdyby istniały podstawy do uznania, że wszystkie osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia posiadają jeden ze wskazanych w SWZ stopni niepełnosprawności, to z uwagi na istniejące różnice w możliwym do otrzymania dofinansowaniu z PFRON, nie może to być okoliczność, która zważywszy na wysokość zaoferowanych przez ww. wykonawców stawek za godzinę pracy, nie powinna być przedmiotem zbadania przez Zamawiającego. W związku z tym nie można zgodzić się z wyliczeniami Zamawiającego, który stwierdził, że przy uwzględnieniu, że Wykonawca zatrudni osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności ze szczególnymi schorzeniami, do wynagrodzenia których PFRON dopłaca 1050 zł, a nie 750 zł koszt roboczogodziny

wyniósłby 23,28 zł, a zatem zdecydowanie mniej niż to wskazał w tabeli Odwołujący (25,07 zł) i mniej niż oferta Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę. Okoliczności te powinny być przedmiotem wyjaśnień złożonych Zamawiającemu na jego wezwanie. To, że istnieje możliwość dofinansowania, nie oznacza, że Zamawiający powinien taką możliwość przyjąć za pewnik i bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie cen ofert, uznać, że w odniesieniu do ww. wykonawców przyjąć, najwyższą kwotę pomocy możliwą do otrzymania przy uwzględnieniu wymogów postawionych w SWZ. Skoro Zamawiający nie posiada wiedzy co do rzeczywistego poziomu dofinansowania z PFRON otrzymywanego przez wykonawców, dopiero po otrzymaniu stosownych wyjaśnień, będzie w stanie dokonać oceny co do tego czy obniżenie stawki godzinowej przez wykonawców było uprawnione.

Również stanowisko Zamawiającego dotyczące kalkulacji wynagrodzenia przedstawionej w odwołaniu, w zakresie przyjęcia wynagrodzenia chorobowego w wymiarze 10 dni w roku oraz 26 dniowego urlopu, pokazuje, że Zamawiający podważa takie wyliczenia wskazując jedynie na trudności w ich oszacowaniu czy hipotetyczną możliwość przyjęcia w tym zakresie innych założeń niż Odwołujący. Pokazuje to, że także w tym przypadku Zamawiający samodzielnie, bez uzyskania od wykonawców wyjaśnień, zakłada wystąpienie innych podstaw do wyceny, np. urlop w niższym wymiarze.

Ocena, czy w okolicznościach analizowanego postępowania, Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające cen ofert ww. wykonawców, o którym mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, jest dokonywana z uwzględnieniem okoliczności dotyczących zamówienia. Wobec postawienia zarzutu zaniechania wystąpienia do konkurencyjnych wykonawców o wyjaśnienia cen ich ofert, ciężar dowodu na ogólnych zasadach obciążał Odwołującego, bowiem to on wywodził skutki prawne z braku takiego wezwania, co wynika m.in. z przepisu art. 534 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zostało wykazane przez Odwołującego, że cena zaoferowana przez wykonawców Konsorcjum Parasol i Konsorcjum Time Security powinna wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jakkolwiek kalkulacja wynagrodzenia przedstawiona w odwołaniu na potwierdzenie prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, może się różnić od wyliczeń ww. wykonawców, to jednak pokazuje ona, że cena tych ofert powinna wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W

konsekwencji należy uznać, że Odwołujący wykazał, że po stronie Zamawiającego powstał obowiązek wystąpienia o wyjaśnienia cen tych ofert. W związku z tym wykonawcy powinni zostać wezwani do wyjaśnienia oraz wykazania, że cena ich oferty została rzetelnie skalkulowana.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie ma przy tym znaczenia, że cena tych ofert nie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do badania ceny oferty nie tylko wówczas, gdy wystąpi powyższa przesłanka procentowa, ale także gdy treść oferty budzi wątpliwości co do zastosowania się wykonawcy do powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę czy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, na co wskazuje przepis art. 224 ust. 1 i ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

Ad zarzuty dotyczące część II

W tym zakresie, wobec wzajemnie przenikającej się argumentacji przedstawionej w odwołaniu, w szczególności dotyczącej ujawnionego w wyjaśnieniach ceny oferty, złożonych przez Konsorcjum Parasol na wezwanie Zamawiającego, zamiaru zatrudnienia do realizacji zamówienia pracowników posiadających wyższy niż dozwolony w SWZ stopień niepełnosprawności, rozpatrzeniu w tym aspekcie podlega zarzut w pełnym wymiarze, tj. zarówno jako

zarzut podstawowy dotyczący odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, jak też jako oferty co do której ww. wykonawca w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach ceny oferty, nie obalił domniemania, iż zawiera ona rażąco niską cenę.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości.

W sprawie nie jest sporne, że Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez pracowników/osoby posiadające nie wyższy niż lekki stopień

niepełnosprawności, który nie uniemożliwia wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku (m.in. § 6 ust. 2 lit. d wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ). Nie jest także sporne, że wykonawca Konsorcjum Parasol w złożonych wyjaśnieniach ceny wskazał, że zamierza realizować zamówienie przez pracowników posiadających wyższy stopień niepełnosprawności, a zatem stopień, który nie został dopuszczony przez Zamawiającego. W przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji wykonawca ten uwzględnił wyższą pomoc publiczną dla przewidzianych do realizacji zamówienia osób niż ta, która przysługiwałaby w sytuacji, gdyby w kalkulacji uwzględnił wymogi SWZ. Skutkowało to obniżeniem ceny oferty. Zwraca przy tym uwagę, że jednocześnie w przedstawionej kalkulacji, wykonawca Konsorcjum Parasol, nie uwzględnił wyższego wymiaru urlopu przysługującego pracownikom, którzy posiadają przyjęty przez niego stopień niepełnosprawności. Oznacza to, że nie był konsekwentny w swoich założeniach, co do zatrudnienia / skierowania pracowników na potrzeby realizacji zamówienia.

W związku z tym, z uwagi na ww. brak konsekwencji wykonawcy, a zatem ewentualne w tym aspekcie wątpliwości, a także ewentualne wątpliwości związane z prezentowanym przez Zamawiającego stanowiskiem, które jakkolwiek wskazuje na błędne interpretowanie na etapie badania i oceny ofert wzoru umowy, jako dokumentu, który nie stanowi integralnej części SWZ, to jednak wynika z niego, że byłby w stanie wyegzekwować wykonywanie przedmiotu zamówienia przez osoby posiadające stopień niepełnosprawności, który dopuścił w SWZ, w okolicznościach analizowanej sprawy, informację co do stopnia niepełnosprawności osób planowanych przez wykonawcę Konsorcjum Parasol do realizacji zamówienia, należy przede wszystkim oceniać pod kątem zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

W ocenie Izby w sprawie zostało wykazane, że przesłanka ta została wypełniona.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 6 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.

Konsekwencją przyjętego w kalkulacji ceny oferty ww. założenia jest zawyżenie kwot pomocy publicznej, co przekłada się na nieuzasadnione obniżenie ceny oferty.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Konsorcjum Parasol przewidział bowiem w odniesieniu do dwóch pracowników pomoc z publiczną wynikającą z ustawy o rehabilitacji

zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych w wysokości 2 100,00 zł, a w odniesieniu do trzech (także osoby zatrudnionej w wymiarze 0,35 etatu) – 1 200,00 zł, podczas, gdy nie jest sporne, że w przypadku osób z dopuszczalną w SWZ niepełnosprawnością maksymalnie pomoc ta mogłaby wynosić 1 050,00 zł za pełny etat.

Oznacza to, że wyliczenia przedstawione przez wykonawcę Konsorcjum Parasol w tym aspekcie zostały sporządzone w sposób nierzetelny.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, kalkulacja ceny oferty przedstawiona przez wykonawcę Konsorcjum Parasol nie uwzględnia, że w 2023 r., tj. w czasie realizacji zamówienia mają obowiązywać dwie wielkości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie jest sporne, że od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3 490,00 zł , a od 1 lipca 2023 r. – 3 600,00 zł. Tymczasem wykonawca ten dla całego roku przyjął kwotę 3 490,00 zł i z jej uwzględnieniem liczył pozostałe koszty pracownicze, w tym wynagrodzenie za pracę w godzinach nocnych czy za urlop oraz narzuty ZUS. Także zatem w pozostałym zakresie przedłożona kalkulacja nie uzasadnia podanej w ofercie ceny.

Zamawiający nie dopatrzył się uchybień w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Konsorcjum Parasol. Ze stanowiska zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie wynika, że jakkolwiek wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany przez pracowników posiadających nie wyższy niż lekki stopień niepełnosprawności, który nie uniemożliwia wykonywania pełnego zakresu obowiązków przypisanych do posterunku, to jednak mimo, iż wykonawca Konsorcjum Parasol w kalkulacji przyjął kwotę dofinansowania z PFRON na poziomie 2 100, 00 zł i 1 200,00 zł, tj. zdecydowanie zawyżoną, nie uznał tych kwot za nieprawidłowo skalkulowanych.

Trudno zatem uznać, że przeprowadzony przez Zamawiającego w tym aspekcie sposób oceny wyjaśnień Konsorcjum Parasol jest prawidłowy.

Zastrzeżenia budzi także ocena Zamawiającego co do pozostałych elementów kalkulacji wynagrodzenia Konsorcjum Parasol, której dał wyraz w odpowiedzi na odwołanie odnosząc się do zaprezentowanej przez Odwołującego kalkulacji.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia tej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 Pzp.

W analizowanej sprawie wykonawcę Konsorcjum Parasol złożył wyjaśnienia, które Odwołujący w odwołaniu w istotnych aspektach skutecznie podważył. W okolicznościach

analizowanej sprawy w cenie Izby nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie dał wyraz temu, że uznaje błędy w wyjaśnieniach przekazanych mu przez wykonawcę Konsorcjum Parasol za drobne, które nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy, bowiem prowadziłoby to jego zdaniem do naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp, który nakazuje przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Wbrew bowiem stanowisku Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Konsorcjum Parasol wskazują nie na drobne, lecz na bardzo istotne błędy, które nie powinny zostać przez niego zbagatelizowane. W szczególności przyjęcia do wyceny odmiennego sposobu realizacji zamówienia niż przewidziany w SWZ i związanego z tym uwzględnienia w cenie oferty nienależnych kwot dofinansowania, jak też przyjęcia do wyliczeń nieprawidłowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę nie można uznać, za drobne błędy.

W związku z tym wyjaśnienia te nie mogą być uznane za takie, które obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty. Z tych względów oferta wykonawcy Konsorcjum Parasol winna zostać odrzucona na wskazanej w wyroku podstawie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględnia odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……..