

Sygn. akt: KIO 4583/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. sp. z o.o., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa, Z. Ochrona sp. z o.o., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa** oraz **S.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Agencja Ochrony Osób i Mienia Z” S.Z., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miejski Ogród Zoologiczny im. A.i. w Warszawie, ul. Ratuszowa 1/3, 03-461 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **MSA Security sp. z o.o. , ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania 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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego,
- 2.3. nakazuje także zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4583/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejski Ogród Zoologiczny im. A.i. w Warszawie, ul. Ratuszowa 1/3, 03-461 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia oraz transport wartości pieniężnych Miejskiego Ogrodu Zoologicznego im. A.i. w Warszawie”, numer referencyjny: KZ-28-11/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.10.2024r., nr 2024/BZP 00562323.

W dniu 04.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. sp. z o.o., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa, Z. Ochrona sp. z o.o., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa oraz S.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Agencja Ochrony Osób i Mienia Z.” S.Z., ul. Łucka 18, lok.1701A, 00-845 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA Security sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę,
- 2) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA Security sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA Security sp. z o.o. z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,
- 4) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA Security sp. z o.o. z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny
- 5) art. 16 pkt 1 – 3 w zw. art. 225 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania MSA Security sp. z o.o. do poprawienia oferty z uwagi na fakt, iż nie zawiera ona kalkulacji VAT (podatku od towarów i usług) oraz kalkulacji

kosztów całkowitych brutto,

6)art. 16 pkt 1 – 3 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania MSA Security sp. z o.o. do złożenia pełnych wyjaśnień i przedłożenia kalkulacji, pomimo zgłoszonego w postępowaniu przez Odwołujących zarzutu rażąco niskiej ceny,

7)art. 16 pkt 1 – 3 w zw. art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru Odwołujących się jako konsorcjum, które złożyło rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„7. Odwołujący powzięli uzasadnioną wątpliwość dot. wysokości ceny zaoferowanej przez MSA Security Sp. z o.o.

8. Posiłkując się przeprowadzonymi kalkulacjami nie jest możliwym wypełnienie obowiązku przewidzianego przepisem art. 224 ust. 3 pkt 4 Ustawy dot. konieczności zapewnienia pracownikom minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem konieczności należytego ich umundurowania oraz zapewnienia niezbędnych szkoleń z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy oraz opłacenia wszystkich danin publicznych przy zaoferowanej cenie.

9. W tym zakresie Odwołujący się przeprowadzili analizę (Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania), która wskazuje m. in. na liczne niezgodności w kalkulacji oferty MSA Security Sp. z o.o. jak choćby:

a) braki w kalkulacji:

(i) nie uwzględniono pełnych kosztów urlopów i wynagrodzeń chorobowych.

(ii) brak podstaw oskładkowania zgodnie z wymogami Kodeksu pracy.

b) nierealne założenia:

(iii) przyjęto zerowe koszty Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych bez wystarczającego uzasadnienia.

c) Koszty pominięte:

(iv) brak kosztów OC, zabezpieczenia umowy, badań lekarskich oraz nadzoru.

(v) nie wskazano kalkulacji VAT i kosztów całkowitych brutto.

d) Nieprzejrzystość wyliczeń:

(vi) podano stawki netto za roboczogodzinę, ale brak wyprowadzenia ich do wartości brutto całej oferty.

10. Dla prawidłowej realizacji zamówienia jest ponadto konieczne zapewnienie przez przedsiębiorcę odpowiedniej rezerwy, która pozwoli zagwarantować należyte wykonanie zobowiązania. Trudno mówić o udzieleniu takiej gwarancji w ramach przedmiotowego postępowania, z uwagi na rażąco niską cenę zaproponowaną przez MSA Security Sp. z o.o., którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający zignorował powyższy fakt, kierując się kryterium wysokości ceny przewidzianej przez poszczególnych wykonawców, nie podważając i nie weryfikując ich w sposób należyty, pomimo zapewnienia przez Ustawodawcę takiego instrumentu w przepisie art. 224 ust.1 Ustawy. (...)

15. Na gruncie przedmiotowego postępowania oferta i wyjaśnienia MSA Security Sp. z o.o. winny spowodować powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do realności i rzetelności obliczonej przez MSA Security Sp. z o.o. ceny. Nie można uznać za cenę odpowiadającą warunkom rynkowym ceny, która nie pokrywa minimalnych kosztów wynagrodzenia pracownika. Takie sformułowanie oferty prowadzi do przekonania, iż wykonawca nie zapewnił w jej ramach należytego buforu finansowego, stanowiącego zabezpieczenie dla wykonania zobowiązania wynikającego z kontraktu i może stanowić chęć eliminacji pozostałych wykonawców z powodu zaoferowania odstającej od pozostałych ofert ceny wykonania zamówienia. (...)"

Do odwołania Odwołujący dołączył analizę kalkulacji ceny przez wykonawcę MSA Security sp. z o.o.

Odwołujący wniósł też o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty MSA Security sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2)odrzczenia oferty MSA Security sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

3)powtórzonego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ewentualnie z najwyższej ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania z pkt 2) powyżej - zobowiązanie Zamawiającego do wezwania MSA Security sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub istotnych części składowych z powodu rażąco niskiej ceny oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie podatku VAT, a nadto do wezwania MSA Security sp. z o.o. do dostosowania oferty do wymogów SWZ.

Pismem z dnia 06.12.2024 r. wykonawca MSA Security sp. z o.o., ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 18.12.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W dniu 20.12.2024 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację. Pismem z dnia 22.12.2024 r. Odwołujący ustosunkował się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia oraz transport wartości pieniężnych Miejskiego Ogrodu Zoologicznego im. A.i. w Warszawie.

W pkt 7.9.1. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wymagał, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia w zakresie fizycznej, bezpośredniej ochrony obiektu w okresie realizacji umowy zatrudnione były przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na 2.868.862,80 zł netto, co stanowi 3.528.701,24 zł brutto. W postępowaniu złożono 6 ofert:

| Numer oferty | Nazwy (firmy) oraz z adresy Wykonawców, których oferty zostały otwarte | Cena (zł) | Termin realizacji zamówienia |
|--------------|---|--------------|------------------------------|
| 1 | Konsorcjum Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa; Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa | 3 326 131,36 | do 30.12.2026 r. |
| 2 | MSA Security Sp. z o.o. ul. Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk | 3 141 683,02 | do 30.12.2026 r. |
| 3 | Konsorcjum MJK Sp. z o.o.; Małpol Grupa Sp. z o.o.; Małpol Ochrona Sp. z o.o.; Małpol Ochrona Bis Sp. z o.o. ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa | 3 330 801,13 | do 30.12.2026 r. |
| 4 | Konsorcjum BASMA SECURITY sp. z o.o. Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa; CERBER OCHRONA sp. z o.o. ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw | 3 439 104,11 | do 30.12.2026 r. |
| 5 | Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. FOKUS sp. z o.o. ul. Obrazkowa 20A 03-188 Warszawa | 3 424 573,58 | do 30.12.2026 r. |
| 6 | Konsorcjum AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA ZUBRZYCKI SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ; ZUBRZYCKI OCHRONA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ; „Agencja Ochrony osób i Mienia S.Z.” ul. Łucka 18 lok. 1701A 00-845 Warszawa | 3 264 562,09 | do 30.12.2026 r. |

W toku postępowania Odwołujący kilkakrotnie kierował do Zamawiającego pisma informujące o wadliwościach oferty Przystępującego.

W dniu 15.11.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia części składowych ceny oferty tj. ceny „Monitoring i patrolu interwencyjnego” oraz „Transportu wartości pieniężnych”, w szczególności w zakresie okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, w tym wyliczenie kosztów pracy.

W dniu 25.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Z powodu braku w dokumentach podmiotowych, czynność ta została unieważniona w dniu 27.11.2024 r. W dniu 29.11.2024 r. Zamawiający ponownie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 225 ustawy Pzp:

1. Jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego

zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2024 r. poz. 361 i 852), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.

2. W ofercie, o której mowa w ust. 1, wykonawca ma obowiązek:

- 1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;
- 2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;
- 3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;
- 4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana 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;

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że uzasadnienie zawarte w odwołaniu nie pozwala na stwierdzenie, że zasadne są zarzuty dotyczące braku wyliczenia podatku VAT w ofercie Przystępującego oraz braku odrzucenia tej oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Co do podatku VAT, Odwołujący ograniczył swoje uzasadnienie do wskazania, że Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do „poprawienia oferty z uwagi na fakt, iż nie zawiera ona kalkulacji VAT (podatku od towarów i usług) oraz kalkulacji kosztów całkowitych brutto”. Należy zauważyć, że podatek VAT został przez Przystępującego podany wraz z ceną brutto w formularzu oferty, jak i w formularzu cenowym, zatem zarzut jest niezasadny. Nawet gdyby Odwołującemu chodziło o zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyliczenia w kwotach netto (choć nie wynika to z treści odwołania), to wobec podania podatku VAT i ceny oferty brutto w ofercie i w formularzu cenowym, takie wyliczenie nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia zarzutów zawartych w odwołaniu. W związku z tym trudno też zrozumieć, w jakim kontekście został przez Odwołującego powołany art. 225 ustawy Pzp, jakie dodatkowe informacje Przystępujący miałby przekazać, w jaki sposób i w jakim zakresie jego oferta wymagałaby poprawienia i w jaki sposób przepis ten w ogóle został przez Zamawiającego naruszony. Z uwagi na powyższe zarzut ten został oddalony.

Co do błędu w obliczeniu ceny należy zauważyć, że odwołanie nie zawiera żadnego uzasadnienia tego zarzutu. Prawdopodobnie Odwołujący uznał, że wystarczające jest w tym zakresie uzasadnienie dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, ale jest to założenie błędne. Rażąco niska cena i złożenie wyjaśnień niepotwierdzających realności ceny oferty (art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) oraz błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp) są odrębnymi przesłankami odrzucenia oferty. W określonych okolicznościach faktycznych mogą się pokrywać i wystąpić łącznie, ale taki przypadek musi być w odwołaniu uzasadniony poprzez wskazanie odpowiedniej argumentacji. Natomiast nie jest zasadne zakładanie z góry, że każde zniżenie ceny stanowi automatycznie błąd w obliczeniu tej ceny. W niniejszym odwołaniu Odwołujący nie uzasadnił zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, w tym także nie wykazał, dlaczego ewentualnie rażąco niska cena w ofercie Przystępującego stanowi jednocześnie błąd w

obliczeniu tej ceny. Dlatego zarzut ten został oddalony.

Podobnie w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) należy podkreślić, że jest on odrębną przesłanką odrzucenia oferty od rażąco niskiej ceny czy niewykazania realności tej ceny w wyjaśnieniach (art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Nie jest zatem wystarczające uzasadnienie, w myśl którego zaniżenie ceny stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim należy zauważyć, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odsyła do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), która w art. 3 ust. 1 czy w art. 15 ust. 1 pkt 1 przewiduje również dodatkowe przesłanki, takie jak: zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta czy zamiar eliminacji innych przedsiębiorców. Podnosząc zatem zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest też wykazanie ww. przesłanek wynikających z przepisów samej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podjął nawet próby ich wykazania, dlatego zarzut musiał zostać oddalony.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z warunkami zamówienia, należy przede wszystkim wskazać, że niezgodność ta zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący, poza powołaniem się na wymóg zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę, nie wskazał jednoznacznie żadnych postanowień SWZ lub innych dokumentów zamówienia, z którymi oferta Przystępującego miałaby być niezgodna. Przy czym co do kwestii zatrudnienia, Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że są one składane przy zachowaniu takich wymogów jak: *„Wymóg zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. Wszystkie godziny pracy rozliczane w trybie umowy o pracę”*. Nie można więc stwierdzić w tym zakresie niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Oczywiście Odwołujący podnosi też zarzuty dotyczące wadliwego wyliczenia ceny oferty w zakresie kosztów pracy, ale tak sformułowane zarzuty dotyczą przesłanek przewidzianych w art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, nie zaś w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wprawdzie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w konkretnych okolicznościach faktycznych świadczyć jednocześnie o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, ale taki przypadek trzeba w odwołaniu wykazać. Tymczasem Odwołujący tego nie wykazał, zakładając niejako z góry, że argumentacja dotycząca wadliwego wyliczenia ceny automatycznie powoduje ziszczenie się przesłanki niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Założenie takie jest błędne i wobec tego raz jeszcze należy przypomnieć o odrębności przesłanek odrzucenia oferty określonych w poszczególnych punktach artykułu 226 ust. 1 ustawy Pzp i konieczności ich odrębnego uzasadnienia stosownie do treści tych przesłanek.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że w załączniku do odwołania zawierającym analizy kalkulacji ceny Przystępującego, w tym w „Analizie zgodności firmy MSA Security sp. z o.o. z wymogami specyfikacji warunków zamówienia ...” oraz w „Analizie kalkulacji i kosztów zgodnie z wymogami SWZ ...” stwierdzenia Odwołującego są też niekonsekwentne. Np. w pierwszej z ww. Analiz Odwołujący pisze, że: *„Pominięto koszty wynagrodzenia chorobowego oraz niepełną rezerwę urlopową (Wnioski MSA)”*, a w drugiej, że: *„Koszt wynagrodzenia chorobowego (107,37 zł za dzień x 12 miesięcy) został obliczony, ale brak wskazania liczby faktycznie przewidzianych dni chorobowych, co czyni kalkulację niepełną. Rezerwa na urlopy została policzona jako 564,17 zł miesięcznie, co jest zgodne z założeniami SWZ, ale brak wskazania szczegółowych danych dotyczących liczby pracowników i pełnych kosztów”*. Odwołujący raz więc twierdzi, że określone koszty pominięto, a w innym miejscu twierdzi, że jednak zostały policzone i to nawet zgodnie z założeniami SWZ (rezerwa na urlopy), a jedynie kalkulacja ta jest niepełna. Powyższe również nie pozwala na uznanie argumentacji Odwołującego za zasadną. Wobec wszystkich powyższych ustaleń dotyczących zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, zarzut ten musiał zostać oddalony.

Reasumując, należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Izby, w kontekście art. 555 ustawy Pzp (zakaz rozpoznawania zarzutów niezawartych w odwołaniu) wielokrotnie wskazywano, że zarzuty te muszą być jasno określone. I tak np. w wyroku o sygn. akt KIO 576/24 z dnia 08.03.2024 r. Izba stwierdziła, że: *„To na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać, na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Nie jest w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami”*. W niniejszej sprawie

brak konkretnego uzasadnienia dla zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 225 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy Pzp spowodował, że Izba uznała te zarzuty za bezpodstawne. Dlatego zostały one oddalone.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego wadliwej kalkulacji ceny oferty Przystępującego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw kalkulacji tej ceny. Powyższe stanowisko wynika nie tylko z przepisów ustawy Pzp (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), ale także z orzecznictwa, w tym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym Trybunał wielokrotnie wskazywał na obowiązek umożliwienia wykonawcom złożenia wyjaśnień uzasadniających cenę ich oferty przed podjęciem przez instytucję zamawiającą decyzji o nierealności tej ceny (np. wyrok C-599/10 z dnia 29.03.2012 r.). Analogiczne stanowisko wyrażane jest w orzecznictwie Izby, w tym w wyroku z dnia 01.02.2022 r. o sygn. akt KIO 123/22, w którym wskazano: *„Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. (...) Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień”*. W niniejszej sprawie Odwołujący skupia się w swoich zarzutach na niepełnej i zaniżonej przez Przystępującego kalkulacji ceny jego oferty głównie w zakresie kosztów pracy, podczas gdy Przystępujący nie był dotychczas wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający wzywał go do wyjaśnienia tylko kosztów „Monitoringu i patrolu interwencyjnego” oraz „Transportu wartości pieniężnych”. Wprawdzie Przystępujący z własnej inicjatywy znaczną część swoich wyjaśnień poświęcił kosztom pracy w ogóle, ale nie zmienia to faktu, że nie był o to wzywany przez Zamawiającego. Powyższy stan rzeczy przesądza o tym, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, dlatego ten zarzut został oddalony.

Odnosząc się natomiast do kwestii monitoringu, należy zauważyć, że Przystępujący zawarł informacje na ten temat na str. 3 wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dołączył dowody. Rzeczywiście nie wskazał kosztów samego montażu (choć nie był pytany wprost o koszty montażu), ale skoro zgodnie z argumentacją Zamawiającego 69 kamer jest już zamontowanych przez samego Zamawiającego i do zamontowania pozostaje tylko 15 kamer, to nie mamy w tym wypadku do czynienia z kosztami, które mogą istotnie wpłynąć na cenę oferty i które musiały być wyodrębnione z ogólnych kosztów pracy wskazanych przez Przystępującego. Sam zresztą Przystępujący napisał w wyjaśnieniach, że: *„Oferta dotycząca realizacji usług ochrony fizycznej, monitorowania oraz konwojowania wartości pieniężnych powinna być rozpatrywana jako całość, zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia określonym w dokumentacji postępowania. Ze względu na kompleksowy charakter tych zadań, precyzyjne oszacowanie kosztów poszczególnych elementów w oderwaniu od całości może być trudne i niewłaściwe”*. W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do nakazania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu braku odrębnego wyliczenia kosztów montażu, ani też do nakazania wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie tylko montażu 15 kamer.

Odwołujący postawił także zarzut braku wezwania Przystępującego *„do złożenia pełnych wyjaśnień i przedłożenia kalkulacji pomimo zgłoszonego w Postępowaniu przez Odwołujących zarzutu rażąco niskiej ceny”*, tj. zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Takie uzasadnienie zarzutu jest jednak błędne, ponieważ przesłanką zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest sytuacja, kiedy cena lub koszt „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”. W przepisie chodzi zatem o podejrzenie ze strony zamawiającego, że cena może być rażąco niska, a nie podejrzenie ze strony konkurencyjnego wykonawcy, który informuje zamawiającego o swoich spostrzeżeniach. Powyższe nie zmienia faktu, że w określonych okolicznościach zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny oferty danego wykonawcy i wezwać go do złożenia wyjaśnień. W niniejszej sprawie Izba stwierdziła jednak, że takie okoliczności nie występują.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ceny sześciu ofert, które zostały złożone w postępowaniu są zbliżone do siebie i nie odbiegają w sposób istotny od szacunków Zamawiającego. Nie można więc twierdzić, że cena Przystępującego, choć najniższa, jest niska w stopniu, który (niezależnie od braku ziszczenia się przesłanki 30% z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp) powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Nie jest także zasadny zarzut, że w kalkulacji kosztów pracy Przystępujący pominął koszty pracy nocnej, koszty zwolnień chorobowych i koszty urlopu. Koszty te zostały bowiem wymienione na str. 1 i 2 wyjaśnień i w załączniku nr 1 zawierającym wyliczenie całkowitych kosztów wynagrodzenia. Przystępujący wyliczył stawkę za rbh na 37,14 zł netto, co z całą pewnością jest stawką wyższą niż stawka minimalna przewidziana na od 01.01.2025 r. Jednocześnie z przedstawionych przez Zamawiającego w dwóch wersjach wyliczeń wynika, że stawka minimalna powinna wynieść 32,60 zł (bez kosztów Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) albo 33,72 zł (z kosztami Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych). Wyliczenia Zamawiającego nie obejmują kosztów pracy nocnej, zwolnień chorobowych i urlopów, ale należy zauważyć, że do wyliczonej przez Przystępującego stawki 37,14 zł netto brakuje jeszcze

odpowiednio: 4,54 zł i 3,42 zł, które to kwoty mogą być wykorzystane na pokrycie ww. kosztów. Dodatkowo należy zauważyć, że Przystępujący przewidział zatrudnienie do wykonania niniejszego zamówienia kobiet po 55 roku życia i mężczyzn po 60 roku życia, co zwalnia go z kosztów Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Oznacza to jednocześnie większy bufor finansowy na pokrycie ze stawki 37,14 zł netto kosztów pracy nocnej, zwolnień chorobowych i urlopów.

Izba zgadza się przy tym z Odwołującym, że zatrudnienie osób w takim wieku czyni mało prawdopodobnym, że nie mają one nawet 10-letniego stażu i przysługuje im tylko 20-dniowy urlop, który Przystępujący uwzględnił w swoich kalkulacjach. Należy jednak zauważyć, że zarzut oparty na porównaniu wieku ww. osób i mało prawdopodobnego stażu ich pracy oraz na wyliczeniu 20-dniowego urlopu pojawił się dopiero w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 22.12.2024 r. Zarzut ten nie był natomiast zawarty w odwołaniu (w odwołaniu była tylko ogólnie mowa o niepełnych kosztach urlopu). Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należy podkreślić, że zakres zarzutu wynika przede wszystkim z okoliczności faktycznych opisujących ten zarzut, zatem jeśli jakieś okoliczności faktyczne są przywoływane przez odwołujących dopiero po wniesieniu odwołania, to Izba nie może ich rozpoznać, bo stanowią one w istocie nowe zarzuty niezawarte w odwołaniu. Powyższe stanowisko Izby potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 09.05.2024 r. sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym stwierdzono: „Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego sformułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę”. Należy przy tym zauważyć, że o ile pierwsze dwie cyfry numerów PESEL pracowników Przystępujący załączył dopiero do pisma procesowego złożonego w toku postępowania odwoławczego, o tyle już ze złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynikało, jak wyliczył rezerwę urlopową i że zamierza zatrudnić osoby w wieku dojrzałym, po których można spodziewać się dłuższego stażu pracy niż 10-letni. Nie była to zatem okoliczność, o której Odwołujący dowiedział się dopiero po zapoznaniu się z pismem procesowym Przystępującego i której nie mógł podnieść w odwołaniu. W związku z tym Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego niezasadności wyliczenia 20-dniowego urlopu z powodu mało prawdopodobnego stażu pracy planowanych do zatrudnienia osób, ponieważ zarzut oparty na tych okolicznościach faktycznych nie był zawarty w odwołaniu.

Ponadto Izba stwierdziła, że Przystępujący wyjaśnił także koszty polisy OC i dołączył w tym zakresie dowód, zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie było wymagane w SWZ (pkt 18), o wyjaśnienie kosztów badań lekarskich Przystępujący nie był wzywany, a Odwołujący nie wykazał, aby były to koszty tak znaczące, że Zamawiający powinien powziąć w tym zakresie wątpliwości co do ceny oferty, zwłaszcza gdy nie odbiega ona istotnie od cen innych ofert. Izba nie uznała także za wiarygodny dowód przedłożony przez Odwołującego w postaci opinii Polskiego Związku Pracodawców Ochrona, ponieważ z wyliczeń znajdujących się w tej opinii wynika, że prawidłowa stawka z rbh powinna wynieść 38,43 zł, natomiast Zamawiający ujawnił na rozprawie (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), że w toku negocjacji ceny wykonywania usługi w styczniu 2025 r. (na wypadek konieczności przedłużenia przez Zamawiającego obecnej umowy) Odwołujący zaoferował stawkę w wysokości 38 zł. Oznacza to, że dla samego Odwołującego stawka niższa od tej wynikającej z przedłożonej przez niego opinii, jest realna.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wyżej wskazane okoliczności sprawy nie uzasadniają konieczności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy przyjętych w jego ofercie. Dlatego Izba oddaliła również zarzut dotyczący art. 224 ust.1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie. Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu kalkulacji wynagrodzeń za pracę, ponieważ zgromadzony w sprawie materiał był wystarczający do jej rozpoznania, fakty będące przedmiotem tej sprawy zostały już stwierdzone innymi dowodami i ww. wniosek powodowałby jedynie zwłokę postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Jednocześnie Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7.500 zł, ponieważ zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku zamówień na usługi o wartości niższej niż progi unijne wpis od odwołania wynosi 7.500 zł. Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000 zł, dlatego niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego należy mu się zwrot nadpłaconego wpisu odwołania.

Przewodnicząca

