Sygn. akt:KIO 4542/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą
w Poznaniu, PROTECTOR PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu i PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o siedzibą w Poznaniu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowieckim
przy udziale uczestnika wykonawcy Marka Orlickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w Warszawiezgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie
czynności badania i oceny ofert. w tym odrzucenie oferty wykonawcy Marka Orlickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w Warszawie;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 oraz Zamawiającego w części 1/2 i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 5 550 zł (pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych) proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

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.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 4542/24

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

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowieckim, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp") postępowanie
pn. *„Świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia oraz monitorowania sygnałów lokalnego systemu alarmowego w Sądzie Rejonowym w Tomaszowie Mazowieckim"; nr ref. A.261.155.2024*, (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2024 r. pod numerem 2024/BZP/ 00565241/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 2 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROTECTOR PL Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu i PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu(zwany dalej: „Odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Marka Orlickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w Warszawie (dalej: „Agencja Ochrony SCORPIO M.O." lu „Wykonawca");
2. zaniechaniu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy : Agencja Ochrony SCORPIO M.O. , którego oferta zawiera rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty, a wyjaśnienia wykonawcy co do ceny i kosztów były nierzetelne, ogólnikowe i niepoparte dowodami. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w sytuacji, gdy :
   a) Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia co do ceny,
   nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu, w związku z czym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia , a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie;
   b) Wykonawca powołał się na otrzymywanie miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej „PFRON"), podczas gdy nie jest beneficjentem takiego dofinansowania;
   c) Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów zatrudnienia pracowników posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, jednocześnie posiadających orzeczenie o niepełnosprawności, do wynagrodzenia których otrzymuje dofinansowanie z PFRON;
   d) oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia .
2. art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony SCORPIO M.O., 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 w celu eliminacji innych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O.,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert , w tym odrzucenie oferty wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O. oraz
3. nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Odwołujący zgłosił ofertę w sposób prawidłowy, jego oferta jest najkorzystniejszą dla Zamawiającego, z ceną gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Gdyby nie zarzucane naruszenia Zamawiającego, oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ zgodnie z przepisami ustawy pzp, Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O. oraz wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły w konsekwencji wybór oferty Odwołującego. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyeliminowania oferty sklasyfikowanej wyżej niż oferta Odwołującego, co jest wystarczające do przypisania Odwołującemu legitymacji do złożenia odwołania. Otworzyłoby to Odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia publicznego i do uzyskania wynagrodzenia.

W konsekwencji Odwołujący może zostać pozbawiony wskutek naruszenia przepisów ustawy pzp. możliwości realizacji zamówienia , o które się ubiega. Odwołujący może ponieść też szkodę w postaci nieosiągnięcia zysku, który planuje osiągnąć w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Powyższe okoliczności stanowią potwierdzenie ziszczenia się materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania określonej w art. 505 ust. 1 pzp.

Odnosząc się do ceny oferty Wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O., która jest zdaniem Odwołującego rażąco niska, Odwołujący wskazuje, że po dokonaniu prawidłowej oceny ofert, jego oferta jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie

czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O., Odwołujący został pozbawiony możliwośc realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 r., z powołaniem na art. 224 ust. 1 p.z.p. wezwał Wykonawcę Agencja Ochrony SCORPIO M.Odo udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny , ponieważ cena oferty, w tym istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Pismem z dnia 13 listopada 2024r. Wykonawca Agencja Ochrony SCORPIO M.O. przesłał Zamawiającemu wyliczenia dotyczące rażąco niskiej ceny składające się z kalkulacji ceny oferty i wyjaśnień oraz dwóch załączników tj. kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025 oraz kalkulacji kosztów płacowych 1 rbg. Prac. Ochrony – 01-12/2025 .

Odwołujący wskazał na następujące błędy Wykonawcy w jego wyjaśnieniach i kalkulacji z dnia 13 listopada 2024r. skutkujące oczywistymi nieprawidłowościami w zakresie wyliczenia ceny oferty , w tym istotnych części składowych ceny :

- w pkt I ppkt 1 Kalkulacji ceny oferty dot. kosztów płacy pracowników na posterunkach obsługiwanych w porze nocnej Wykonawca przyjął błędne założenie kwoty dodatku za pracę w nocy 5,55 zł zamiast prawidłowej 5,60 zł, a podana liczba 5840 rbg obejmuje w 100% godziny nocne. Ponadto Wykonawca przyjmuje do obliczeń błędną stawkę 38,38 zł, obejmującą jedynie 33% godzin nocnych, zamiast prawidłowej 38,71 zł (do etatu przyjęto 56 rbg , podczas gdy w tej pozycji wszystkie godziny są nocne),
- w pkt II ppkt 1 Kalkulacji ceny oferty dot. kosztów pracowników nie pracujących w porze nocnej Wykonawca przyjął błędną – zaniżoną liczbę rbg tj. 11.680 rbg, zamiast prawidłowej 17.520 rbg i mnoży ją przez zaniżoną stawkę 35,98 zł, zamiast wyższej - prawidłowej 38,71 zł, otrzymując zaniżony wynik 420.246,40 zł , zamiast prawidłowego znacznie wyższego 678.199,20 zł . Właściwa stawka 38,71 zł (uśredniona z nockami) x 17.520 rgb = 678.199,20 zł ,
- w pkt III Kalkulacji ceny oferty (tabela z całkowitym kosztem wykonania usługi) w poz. 1*Koszt pracowników na posterunku obsługiwanym w porze nocnej*, Wykonawca podaje 224.139,20 zł, a w poz. 2 *Koszt pracowników w porze dziennej* zamiast 420.246,40, (suma za całość wynosi 644.385,60, zamiast prawidłowej kwoty 678.199,20 zł),
- w pkt III Kalkulacji ceny oferty (tabela z całkowitym kosztem wykonania usługi) w poz. 3, Wykonawca powołuje się na dofinansowanie z PFRON – (10.050 zł / m-c x 12 m-cy) w wysokości 120.600,00 zł, podczas gdy Wykonawca nie korzysta i nie otrzymuje miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych z PFRON. Na fakt nieotrzymywania miesięcznych dofinansowań z PFRON do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych, Odwołujący przedstawił dowód w postaci Listy przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta Marka Orlickiego NIP 8341004003 w okresie od dnia 01.08.2024r. do dnia 28.11.2024r. pobranej ze strony internetowej https://sudop.uokik.gov.pl/.

W dalszej części odwołania Odwołujący zamieścił wyjaśnienia wykonawcy Agencja Ochrony SCORPIO M.O wraz z naniesionymi na nie uwagami wskazującymi na błędy i nieprawidłowości w przedstawionych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach.

Odwołujący podniósł ponadto w punkcie IV ppkt 5 wyjaśnień, Wykonawca informuje, że zamierza realizować usługę przy udziale osób z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu lekkim i umiarkowanym ze schorzeniami szczególnymi tj. zamierza zatrudnić 3 osoby z lekkim orzeczeniem o niepełnosprawności ze schorzeniami szczególnymi i 3 osoby z orzeczeniem umiarkowanym również ze schorzeniami szczególnymi.

- 1100 zł x 3 os. = 3.300 zł /miesiąc
- 2.250 zł x 3 os. = 6.750 zł / miesiąc, czyli łącznie 10.050 zł/miesiąc, co daje 120.600 zł w skali 12 miesięcy trwania umowy z Zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że do ww. wyjaśnień, Wykonawca nie dołączył żadnych dowodów w postaci umów o pracę z pracownikami ochrony, orzeczeń o niepełnosprawności dla pracowników w stopniu, na który się powołuje w wyjaśnieniach, wpisów na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, już wykonanych i aktualnych badań lekarskich. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na fakt otrzymywania miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, na które się powołuje w postaci

np. wniosków Wn-D , czy informacji z PFRON o wysokości otrzymanego dofinansowania za okres ostatnich 3-ech miesięcy .

Odwołujący wskazał, że Wykonawca w wyjaśnieniach twierdzi, że do realizacji przedmiotowej umowy skorzysta z dofinansowania ze środków publicznych w postaci dofinansowania PFRON, kierując do realizacji usługi osoby posiadające wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje zawodowe, jednakże Wykonawca nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON (np. wniosek Wn-D, Informacja z PFRON o wysokości przysługującego dofinansowania do wynagrodzeń za ostatnie 3 m-ce). Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wyraźnie żądał od Wykonawcy złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Bez wątpliwości miesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych jest ulgą skutkującą obniżeniem kosztów, podczas gdy Wykonawca nie załączył żadnego dowodu potwierdzającego możliwość zastosowania rzeczonej ulgi. Wykonawca nie dołączył nawet orzeczeń o niepełnosprawności, chociaż mogą być sporządzone wobec osób będących byłymi funkcjonariuszami służb mundurowych, co do wynagrodzenia których nie przysługuje miesięczne dofinansowanie, pomimo orzeczenia o niepełnosprawności, jak również w stosunku do osób będących emerytami „cywilnymi" zakwalifikowanych do umiarkowanego (także specjalni) lub lekkiego stopnia niepełnosprawności. Tymczasem w punkcie IV ppkt 5 wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 listopada 2024 r., Wykonawca założył zatrudnienie w obiekcie Zamawiającego 3 osoby niepełnosprawne zaliczone do lekkiego stopnia niepełnosprawności, którym orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych, czyli osoby niepełnosprawne , do wynagrodzeń których przysługuje miesięczne dofinansowanie w wysokości tj. 3.300 zł (3 x (500zł + 600zł)) oraz 3 osoby zaliczone do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności którym orzeczono chorobę psychiczną , upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych, czyli osoby niepełnosprawne do wynagrodzeń których przysługuje dofinansowanie w wysokości 6750 zł
(3 x (1350 zł + 900 zł)). Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych planowanych do realizacji usługi w obiekcie Zamawiającego , na które powołuje się Wykonawca bez przedstawienia dowodów wynosi 10.050 zł .

Jednakże Wykonawca wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego zawartemu w wezwaniu
w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 8 listopada 2024 r., nie załączył żadnych dowodów potwierdzających możliwość zastosowania ulg skutkujących obniżeniem kosztów w postaci
np. wniosku Wn-D, Informacji z PFRON o wysokości przysługującego dofinansowania do wynagrodzeń za ostatnie 3 m-ce.

Jak wynika z pkt 5 Załącznika nr 2 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ"), szczegółowe obowiązki wykonawcy wymienione są w 20 punktach, a zadania dodatkowe w kolejnych 14 punktach w szczególności: *niedopuszczanie do przebywania na terenie ochranianych budynków osób nieuprawnionych; podejmowanie interwencji w przypadku nie zachowywania porządku na salach rozpraw i w budynku sądowym .*

Zgodnie z ust. 5 pkt 3 ppkt 1 OPZ, Zamawiający wymaga , aby pracownicy ochrony fizycznej posiadali wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej; zgodnie z rozdz. IV pkt 8 SWZ i ust. 2 OPZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę. Z kolei jak wynika z ust. 5 pkt 3 ppkt 4 i 8 OPZ Wykonawca zobowiązuje się realizować umowę w oparciu o dysponowanych przez siebie pracowników ochrony, którzy posiadają odpowiednie kwalifikacje zawodowe, potrafią stosować chwyty obezwładniające i środki przymusu bezpośredniego, są sprawni fizycznie.

Odwołujący podniósł, że przy tak szerokich, wymagających i precyzyjnie opisanych w OPZ obowiązkach pracowników ochrony w obiekcie wykonywanych także w porze nocnej, założenie przez Wykonawcę zatrudnienia wyłącznie pracowników niepełnosprawnych, zaliczonych do lekkiego
(3 osoby) i umiarkowanego (3 osoby) stopnia niepełnosprawności , którym orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych, czyni w praktyce niemożliwym należyte wykonanie obowiązków przewidzianych
w SWZ, choćby posiadały wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.
Odrębna kwestią jest również zapewnienie takim pracownikom Wykonawcy odpowiednio bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, zgodnie z przepisami BHP .

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, że kwalifikowani pracownicy ochrony co 3 lata przechodzą badania lekarskie i psychologiczne. W związku z badaniami pracownicy niepełnosprawni tracą prawo do pełnienia funkcji kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Dla pełnienia funkcji kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej wymagane jest bowiem posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań. Z badań pracowników niepełnosprawnych może wynikać zakaz pracy w porze nocnej lub na jednoosobowych posterunkach. Nie można więc zdaniem Odwołującego uznać, że Wykonawca wykazał możliwość wykonania usługi za cenę wskazaną w ofercie w sytuacji, gdy założył, że wszyscy pracownicy mają być pracownikami niepełnosprawnymi (w stopniu lekkim

i umiarkowanym, którym orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych) i jednocześnie nie złożył Zamawiającemu zanonimizowanych umów o pracę, wpisów na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, orzeczeń lekarskich oraz orzeczeń o niepełnosprawności osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że część kwalifikowanych pracowników ochrony posiada emerytalne uprawnienia mundurowe, jednakże zatrudnienie emeryta mundurowego wyłącza możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON do jego wynagrodzenia. Możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON wyłączona jest również w stosunku do emerytów „cywilnych", zaliczonych do umiarkowanego (także specjalni) lub lekkiego stopnia niepełnosprawności. Wykonawca mógłby więc korzystać z dofinansowań z PFRON, o których mowa w wyjaśnieniach i załączonej kalkulacji jedynie w przypadku zatrudnienia pracowników zaliczonych do lekkiego i umiarkowanego stopnia niepełnosprawności (którym orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych), stwierdzonym zaświadczeniem lekarskim, będącymi jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony i niebędącymi emerytami mundurowymi. Oczywiste jest zdaniem Odwołującego, że takich pracowników jest niewielu na rynku pracy. Pomimo powyższego Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że wszyscy zatrudnieni pracownicy będą pracownikami niepełnosprawnymi w stopniu lekkim i umiarkowanym (wszyscy ze schorzeniami specjalnymi). Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających prawo do uzyskania dofinansowania z PFRON tj. np. wniosek Wn-D. Wykonawca po pierwsze
nie udowodnił faktu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych o deklarowanych parametrach
w zakresie stopnia niepełnosprawności (stopień lekki i umiarkowany z orzeczoną chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, całościowym zaburzeniem rozwojowym lub epilepsją oraz niewidomych), a po drugie nie przedstawił ich w odpowiedniej ilości zapewniającej wykonanie usługi zgodnie z SWZ, OPZ i swoimi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 13 listopada 2024 r. wraz z kalkulacją. Nadto jest bardzo mało prawdopodobne skierowanie do powyższego zadania wszystkich 6 kwalifikowanych pracowników ochrony, posiadających jednocześnie orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu lekkim i umiarkowanym, którym jednocześnie orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych.

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę, że w swoich kalkulacjach Wykonawca nie uwzględnił dodatkowego urlopu dla pracowników niepełnosprawnych w wymiarze 10 dni, na których zatrudnienie powołuje się w wyjaśnieniach Wykonawca, co oznacza powiększenie i tak istniejącej i wykazanej przez Odwołującego straty.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że w pkt III Kalkulacji ceny oferty (tabela
z całkowitym kosztem wykonania usługi) w poz. 4 , 5 , 8 i 10 Wykonawca w rubryce „*Koszty*" wpisał kwotę „0". Wykonawca wyjaśniał, że w wyliczeniu nie uwzględnił kosztów badań lekarskich i kosztów szkoleń, ponieważ aktualnie wykonuje usługę w obiekcie Zamawiającego od 1 stycznia 2024 r.
do 31 grudnia 2024 r. i badania te posiada. Tymczasem Odwołujący wskazując na załączony
do odwołania dowód w postaci *Listy przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta* podniósł, że Wykonawca nie otrzymuje miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych, a tym samym oczywistym jest, że ww. koszty będzie musiał pokryć zatrudniając nowych pracowników. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca nie załączył do wyjaśnień badań dla pracowników. Wykonawca przyznaje również, że nie uwzględnił kosztów nadzoru i administracji, ponieważ usługi te będzie wykonywać osobiście właściciel Pan M.O.. Odwołującemu trudno się z takim stanowiskiem Wykonawcy zgodzić . Nie można uznać, że Wykonawca nie ponosi żadnych kosztów w tym zakresie. Wykonawca nie może zakładać, że koszty świadczenia usług dla Zamawiającego będą finansowane z tytułu realizacji umów na rzecz innych podmiotów. Każdy z tych kosztów Wykonawca musi ponieść i powinien je doliczyć proporcjonalnie do zaangażowania
w konkretne zamówienie, w tym zamówienie objęte postępowaniem. Dodanie do kosztów wynagrodzenia pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia spowoduje zwiększenie straty Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego, nie sposób zgodzić się z postępowaniem Wykonawcy, polegającym na nieuwzględnieniu w kosztach, wyżej wskazanych czynników cenotwórczych, a ich nieuwzględnienie stanowi niedopuszczalne finansowanie zewnętrzne tzw. skrośne.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie dopuścił zewnętrznego finansowania kosztów związanych ze świadczeniem usługi, bowiem jak wynika z Rozdziału XVII
pkt 2 i 3 SWZ, Wykonawca zobowiązany jest ująć w cenie ofertowej wszystkie koszty związane
z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy. Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.
Tak zwane „finansowanie skrośne" jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji, co podkreśla się
w orzecznictwie KIO. W orzecznictwie tym wskazuje się m.in., że cena oferty, w której uwzględniono finansowanie kosztów wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenia umowne, jest ceną rażąco niską. Skoro Zamawiający

wymagał w warunkach zamówienia, aby wykonawcy w cenie ujęli wszystkie koszty wykonania zamówienia, jakie poniosą w związku z jego realizacją, to nie było dopuszczalne założenie finansowania skrośnego. Bogate orzecznictwo i piśmiennictwo wyklucza finansowanie skrośne (subsydiowanie krzyżowe) polegające na finansowaniu jednych zamówień
z zysków osiąganych z realizacji innych zamówień (kiedy wyższe ceny dla jednych odbiorców rekompensują niższe dla innych) lub kiedy zysk z jednego zamówienia idzie na pokrycie strat z innego zamówienia. Jest to wprost uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji zaburzający konkurencję w danym postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i działanie na niekorzyść innych wykonawców biorących udział w danym postępowaniu (vide definicja czynu nieuczciwej konkurencji – działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta) – wyrok KIO z 12 listopada 2021r. , sygn. akt KIO 3191/21.

Nie ulega wątpliwości, że koszty szkoleń, badań lekarskich pracowników, szkoleń z obsługi prześwietlarek bagażu, detektorów metali, skanerów, promieniowanie jonizujące itp., koszty nadzoru i administracji powinny być pokrywane z wynagrodzenia otrzymywanego przez Wykonawcę od Zamawiającego za realizację zamówienia publicznego.

Odnosząc się do poszczególnych elementów kalkulacji Wykonawcy Odwołujący wskazał następujące nieprawidłowości:

- w pkt III*Kalkulacji ceny oferty* (tabela z całkowitym kosztem wykonania usługi) w poz. 10 „*Razem*" Wykonawca podał kwotę 524.385,60 zł, podczas gdy rzeczywistą kwotą jest wartość 558.199.20 zł i to przy założeniu, że Wykonawca otrzymuje dofinansowanie z PFRON
w wysokości 120.600,00 zł (choć takie mu nie przysługuje) i bez dodania kosztów szkoleń, badań lekarskich pracowników, szkoleń z obsługi prześwietlarek bagażu, detektorów metali, skanerów, promieniowanie jonizujące itp., kosztów nadzoru i administracyjnych, których nie doliczył
(678.199,20 zł – 120.600,00 zł dofinansowania z PFRON + 600 zł = 558.199,20 zł). Zatem całkowity koszt wykonania usługi jest o 18.199,20 zł wyższy od ceny oferty 540.000 zł, co oznacza wystąpienie straty Wykonawcy (540.000,00 zł – 558.199,20 zł = - 18.199,20 zł).
- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*, Wykonawca przyjął zawyżoną średnią ilość roboczogodzin w miesiącu 168 rbg , podczas gdy etatowa liczba godzin w 2025 r. wynosi 166,67 rbg, co sprawia , że rzeczywisty koszt 1 rbg jest wyższy niż przyjmuje Wykonawca.
- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*,
w pkt 1 Wykonawca wpisał błędny rok 2023, zamiast 2025 tzn. jest : „*Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto w 2023 roku*", winno być : „*Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto*
w 2025 roku".
- w założeniach do Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025
w pkt 9 Wykonawca podał zaniżony wymiar urlopu należnego pracownikom niepełnosprawnym (a tylko takich planuje zatrudnić Wykonawca) w wysokości 26 dni, podczas gdy pracownikom posiadającym orzeczenie o niepełnosprawności przysługuje dodatkowe 10 dni urlopu wypoczynkowego, czyli łącznie 36 dni.
- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*
w pkt 16 (koszt podstawowy 1 rgb pracy pracownika) Wykonawca po raz kolejny przyjmuje zawyżona ilość roboczogodzin w miesiącu tj. 168 rbg , podczas gdy prawidłowa wynosi 167,67 rbg , co skutkuje zaniżeniem kosztu 1 rbg o 0,29 zł (prawidłowy koszt 1 rbg 36,27 zł – nieprawidłowy koszt podany przez Wykonawcę 35,98 zł = 0,29 zł). Wykonawca w sposób nieuprawniony zaniża koszt 1 rbg pracownika (czyli istotna część składową ceny oferty),
a w konsekwencji zaniża cenę oferty .
- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych 1 rbg. prac. ochrony - 01-12/2025*, Wykonawca przyjął zawyżoną średnią ilość roboczogodzin w miesiącu 168 rbg , podczas gdy etatowa liczba godzin w 2025 r. wynosi 166,67 rbg, co sprawia, że rzeczywisty koszt 1 rbg jest wyższy niż przyjmuje Wykonawca.
- w założeniach do Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025, w pkt 1 Wykonawca wpisał błędny rok 2023 , zamiast 2025 tzn. jest : „*Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto w 2023 roku*" , winno być : „*Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto w 2025 roku*".
- w założeniach do Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025, w pkt 2 „*Dodatek za pracę w porze nocnej*" Wykonawca ponownie błędnie przyjmuje zawyżona ilość godzin etatowych tj. 168 godzin, zamiast 166,67 godzin, w związku z czym zaniża kwotę dodatku za pracę w godzinach nocnych tj. zamiast 5,55 zł winno być: 5,60 zł. W konsekwencji wartość przychodu brutto razem z pkt 3 winna wynosić 4.979,60 zł, a nie 4.976,80 zł.
- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*, w poz. 4,5,6,7 i 8 Wykonawca podaje zaniżone wysokości składek pracodawcy liczone od zaniżonej sumy przychodów brutto razem z

poz. 3 tj. składka emerytalna wynosi 486,01 zł,
a nie 485,74 zł; składka rentowa wynosi 323,67 zł, a nie 323,49 zł; składka wypadkowa wynosi 41,83 zł, a nie 41,80 zł; razem składki pracodawcy wynoszą 851,51 zł, a nie 851,03 zł.

- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025,* w poz. 9 *„Świadczenie urlopowe w skali jednego miesiąca”* Wykonawca przenosi zaniżony przychód w wysokości 5.827,83 zł (z poz. 8 kalkulacji), dzieli go przez 21 dni średnio
w miesiącu i błędnie mnoży przez wymiar 26 dni urlopu, zamiast przez 36 dni urlopu przysługującego pracownikom z orzeczeniem o niepełnosprawności. Wykonawca po raz kolejny nie ujmuje w swoich kalkulacjach dodatkowego urlopu przysługującego pracownikom z niepełnosprawnością w wymiarze 10 dni w roku. W efekcie podstawienia ww. błędnych czynników składowych Wykonawca podał zaniżony wymiar świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca tzn. podał 601,27 zł, zamiast 601,62 zł i nie podał wymiaru wartości świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca dla pracownika z orzeczeniem
o niepełnosprawności, któremu przysługuje dodatkowe 10 dni urlopu (łącznie 36 dni urlopu), a na których zatrudnienie Wykonawca się powołuje.

- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*, w zakresie wyliczenia wynagrodzenia chorobowego w poz. 10,11,12,13 i 14 Wykonawca podaje zaniżone wysokości składek pracodawcy liczone od zaniżonej sumy przychodów brutto razem z poz. 3 tj. składka emerytalna wynosi 486,01 zł , a nie 485,74 zł; składka rentowa wynosi 74,69 zł, a nie 74,65 zł; składka chorobowa wynosi 122,00 zł, a nie 121,93 zł; składki razem wynoszą 682,70 zł, a nie 682,32 zł.

- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*, w poz. 15 *„Razem miesięczny koszt (poz. 8 + 9 + 14)”* Wykonawca przyjął zaniżoną wartość 6448,19 zł, zamiast prawidłowo obliczonej 6451,83 zł.

- w założeniach do *Kalkulacji kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*, w poz.16 *„Koszt podstawowy 1 rbg. pracownika przy pracy mieszanej dzień / noc przy założeniu 168 godz. w m-cu”*, Wykonawca ponownie błędnie zakłada wysokość 168 godzin
w miesiącu w roku 2025, podczas gdy należy przyjąć 166,67 godzin w miesiącu w roku 2025.

W ocenie Odwołującego w stanie faktycznym sprawy, Wykonawca składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, a przedstawionego stanowiska w wyjaśnieniach nie można uznać za wystarczające, a tym bardziej za wyczerpujące .

Zdaniem Odwołującego pominięcie istotnych elementów skonkretyzowanych w wezwaniu
w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. z dnia 8 listopada 2024 r. powoduje , że Zamawiający nie ma możliwości faktycznej weryfikacji oferty w zakresie rażąco niskiej ceny w kontekście udzielonych wyjaśnień. Udzielenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego
i nie zawierają informacji, których udzielenia Zamawiający żądał w wezwaniu z dnia 8 listopada
2024 r., nie może stanowić o prawidłowym wypełnieniu obowiązku , o którym mowa w art. 224 ust. 5 pzp, co oznacza, że – zdaniem Odwołującego - zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

Odwołujący podkreślił, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia , że Wykonawca zrealizuje zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie,
czy tez nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę Wykonawcy.
W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2494/19). Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty. Jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy.

W art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp wskazano, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą obligatoryjnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy może więc być zaniżenie kosztu wynagrodzeń pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia (np. przy

niewykazaniu przez Wykonawcę przysługujących dofinansowań z PFRON do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych).

Wykonawca w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny powinien przedstawić szczegółową kalkulację popartą dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów i poprawność przyjętych założeń. Wykonawca powinien wykazać, że przedstawione założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową tj. jakie oszczędności udało się osiągnąć. Sytuacja prawna Wykonawcy, który nie złożył odpowiednich wyjaśnień popartych dowodami i takiego, który nie złożył wyjaśnień jest analogiczna. Taka oferta powinna zostać odrzucona (wyrok z 19 maja 2016 r., KIO 722/16). Złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych przez Wykonawcę w ofercie. Podstawę odrzucenia oferty może stanowić rażąco niska cena, koszt lub cena jednostkowa (wyrok z 25 października 2019 r., KIO 2033/19; wyrok z 31 maja 2017 r., KIO 1001/17).

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 września 2018 r. KIO 1764/18 wskazała, w jaki sposób modelowo winna przebiegać ocena wyjaśnień ceny w przypadku świadczenia usług ochrony :

1. Niewystarczające jest przedstawienie przez Wykonawcę jedynie ogólnej metodologii szacowania kosztów nie popartej żadnymi dowodami. Same wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za w pełni obiektywne.
2. Wszelkie dowody powinny zostać dołączone przez Wykonawcę do wyjaśnień co do ceny. Uwzględnienie dowodów złożonych dopiero na etapie postępowania odwoławczego prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia terminu do udzielenia wyjaśnień.
3. Zamawiający na potrzeby postępowania powinien przeprowadzić rozeznanie rynku i oszacować wartość zamówienia na kwotach uzyskanych od innych Wykonawców.
4. Wykonawca powinien wykazać koszty wynagrodzeń np. zanonimizowanymi umowami o pracę lub dokumentami kadrowo-płacowymi.
5. Wykonawca składając ofertę powinien dysponować choć częścią personelu, który zapewnia wykonanie usługi za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca powinien więc wykazać dokumentami koszt wynagrodzeń pracowników lub oszczędności na wynagrodzeniach (np. dofinansowania PFRON). Ewentualnie Wykonawca powinien zweryfikować czy jest możliwe zatrudnienie pracowników spełniających określone wymagania lub powinien się odnieść do danych historycznych w zakresie zatrudnienia pracowników we wcześniejszych okresach.
6. W postępowaniu odwoławczym KIO bada nie tylko samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy pzp. prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16,; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15).

W stanie faktycznym sprawy, w ocenie Odwołującego, Wykonawca składając Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedstawionego stanowiska w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące.

Dla Odwołującego jest niezrozumiałe, że oferta Wykonawcy nie została odrzucona, co stanowi naruszenie przez

Zamawiającego art. 16 pkt 1 pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców .

O tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską decyduje każdorazowe badanie, czy jest ona realna tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia (wyrok 21 grudnia 2020 r., KIO 3201/20). Zgodnie z wyrokiem Izby z 22 lutego 2021 r. KIO 211/21, koszty pracy stanowią niewątpliwie istotną część składową, mogą stanowić zatem element ceny oferty, mający wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie.

Pomimo skierowania przez Zamawiającego do Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 224 ust. 1 pzp, Zamawiający uwzględnił jego ofertę podczas oceny ofert, przyznał punktację na zasadach określonych w SWZ oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, podczas gdy istniały oczywiste przesłanki do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp. Odwołujący podnosi, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zgodnie z wyrokiem Izby z 17 września 2019 r., sygn. akt KIO 1716/19, oferta która winna zostać odrzucona nie może być poddana 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. Stosownie do treści wyroku z 14 października 2020 r., sygn. akt KIO 1615/20, oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 8 listopada 2024 r., Wykonawca był zobowiązany udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody w zakresie wyliczenia ceny oferty, w tym istotnych części składowych ceny. W świetle powyższego uprawnionym jest zdaniem Odwołującego twierdzenie, że Wykonawca nie sprostał oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, sformułowanym w wezwaniu z dnia 8 listopada 2024 r. Wykonawca nie złożył wiarygodnych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, w tym istotnych części składowych ceny. Wykonawca, wbrew żądaniu Zamawiającego nie dołączył do wyjaśnień z dnia 13 listopada 2024 r. żadnych wiarygodnych dowodów potwierdzających prawidłowe wyliczenie istotnych części składowych ceny, a nadto w swojej własnej kalkulacji (po wprowadzeniu prawidłowych danych) wykazał stratę, o której mowa powyżej.

Zamawiający nie ma obowiązku domyślać się sposobów obliczenia ceny przez Wykonawcę. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2022 r., sygn. akt KIO 2200/22 Izba stwierdziła cyt. : „*..obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy p.z.p. wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska , obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu*".

Zatem zdaniem Odwołującego stosownie do treści art. 224 ust. 6 pzp, Zamawiający winien odrzucić ofertę Wykonawcy, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie rażąco niskiej ceny, a wiarygodnych dowodów potwierdzających wyjaśnienia Wykonawca nie dołączył. Odwołujący podnosi, że Wykonawca nie zastosował się do treści wezwania Zamawiającego z dnia 8 listopada 2024 r. i nie złożył żadnych dowodów dotyczących treści złożonej ofert w zakresie:

- zarządzania procesem świadczonych usług,
- 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,

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący zauważył, że ustawa pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami (wyrok z 25 lutego 2021 r., KIO 292/21). Ciężar wykazania prawidłowości ceny spoczywa na Wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 pzp , wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 817/16; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 13 marca 2015 r.,
sygn. akt IX Ca 39/15) .

W świetle przedstawionych wyliczeń cena zaoferowanej przez Wykonawcę oferty jest w ocenie Odwołującego nierealistyczna, poniżej minimalnych kosztów wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących. Odwołujący zwraca uwagę, iż koszty osobowe stanowią główny element cenotwórczy usługi ochrony stacjonarnej, albowiem to ilość wypracowanych roboczogodzin przez pracowników ochrony determinuje cenę za przedmiotową usługę. W stanie faktycznym sprawy głównym składnikiem wpływającym na cenę oferty są koszty pracy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników ochrony realizujących usługę w obiekcie Zamawiającego , przy wymogu zatrudnienia kwalifikowanych pracowników ochrony.

Odwołujący podniósł ponadto, że w ramach postępowania odwoławczego, ocenie podlega prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest zobowiązany podjąć decyzję w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Ocena tej decyzji Zamawiającego (czynności i zaniechań) nie może być dokonywana z uwzględnieniem nowych, uzupełniających wyjaśnień i nowych dowodów. Z tego względu Izba nie może dopuścić wniosków dowodowych złożonych w postępowaniu odwoławczym (wyrok z 3 września 2015 r., KIO 1784/15). Wykonawca nie ma więc możliwości złożenia nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego.

To na Wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska i powinien on przedłożyć Zamawiającemu wszelkie dostępne im informacje i dowody na potwierdzenie tej tezy
w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego, w takim kształcie, w jakim dokonał ich Zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje działania Zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie, ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności Zamawiającego.

Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności Zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez Zamawiającego. W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej, ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań Zamawiającego, a nie je zastępuje (wyrok Izby z dnia 2 kwietnia 2015 r., KIO 547/15). Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności Zamawiającego. Nie może natomiast prowadzić do uzupełnienia wyjaśnień, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (tak *Prawo zamówień publicznych . Komentarz* red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak – Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak). Orzecznictwo Izby oraz sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie
z 9 kwietnia 2010 r. , IV Ca 1299/09 LEX nr 1713367; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu

z 21 maja 2008 r., X Ga 127/08) jednoznacznie wskazuje na brak możliwości brania pod uwagę tego typu dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przywrócenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień, a którego niedotrzymanie zagrożone jest odrzuceniem oferty. Ocena takich dowodów przez Izbę (lub przez sąd) w sytuacji, gdy nie były one rozpatrywane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadziłoby do dokonania czynności oceny ofert przez Izbę lub sąd, zamiast przez Zamawiającego. Próba dowodzenia realności oceny ofert na etapie postępowania odwoławczego jest próba spóźnioną

W dniu 12 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy datowaną na dzień 10 grudnia 2024 r. odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M.O., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w Warszawie. W dniu 2 stycznia 2025 r. w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył datowane na dzień 27 grudnia 2024 r. pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Marka Orlickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony SCORPIO M.O. w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*.
- 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.*
- art. 224 ust. 5 Pzp – *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
- 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.*
- art. 16 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. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że obowiązkiem wykonawcy do którego kierowane jest wezwanie w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają uzasadnić podaną w ofercie cenę oraz rozwiać wątpliwości zamawiającego co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt nie ma charakteru rażąco niskiego.

Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej/ogólnej treści, bez jednoznacznego skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego, z obowiązku złożenia konkretnych, spójnych i wyczerpujących wyjaśnień. Wobec powyższego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być rzeczowe oraz poparte stosownym materiałem dowodowym i powinny cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że wykonawcy w konsekwencji ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Co więcej, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie szczególnie korzystnych warunków lub posiadanie szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na obniżenie ceny.
W takiej sytuacji, nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. Przystępujący nie przedstawił w ocenie Izby wystarczających dowodów, by uznać, że podane w wyjaśnieniach okoliczności, mogły wpłynąć na wysokość ceny, a obok ogólnych stwierdzeń i oświadczeń przedstawił wyłącznie kalkulację własną, nie przedkładając żadnych dowodów dotyczących wyliczonych cen. Jest to o tyle istotne, że Przystępujący powoływał się na istnienie szczególnie korzystnych warunków wynikających z dofinansowania PFRON, której to okoliczności w żaden sposób nie tylko nie wykazał, lecz nawet nie uprawdopodobnił poprzestając na własnych oświadczeniach i zapewnieniach w tej kwestii. Niezłożenie dowodów na potwierdzenie tych informacji, spowodowało niesprostanie ciężarowi dowodu, który spoczywał na Przystępującym, a który wynikał zarówno z treści przepisów jak również wezwania skierowanego przez Zamawiającego.

Mając na uwadze również przedstawiony w wyjaśnieniach ceny sposób realizacji przedmiotu zamówienia tj. poprzez skierowanie do realizacji osób z lekkim i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami szczególnymi, należy stwierdzić, iż potwierdził się zarzut
w zakresie wskazującym na brak uwzględnienia w kalkulacji ceny elementów wynikających
z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego tj. dodatkowego urlopu w wymiarze 10 dni przysługującego pracownikom z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, których Przystępujący zamierza skierować do realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 19 ust. 1 z dnia 27 sierpnia 1997 r.
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. Tymczasem zarówno
w załącznik nr 1 *Kalkulacja kosztów płacowych pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*
oraz załączniku nr 2 *Kalkulacja kosztów płacowych 1 RBG pracownika ochrony w okresie 01-12/2025*w pkt 9 *Świadczenie urlopowe w skali jednego miesiąca* Przystępujący uwzględnił urlop w wymiarze 26 dni. Tym samym stwierdzić należy, że w kalkulacji ceny nie zostały uwzględnione elementy kosztotwórcze wynikające z obowiązujących przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Ponadto potwierdziły się argumenty odwołania wskazujące na pominięcie w kalkulacji cenowej cenotwórczych w postaci kosztów badań lekarskich i kosztów szkoleń. Jak wynika z przedłożonego z odwołaniem dowodu w postaci listy przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez Przystępującego, jak również oświadczenia samego Przystępującego zawartego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, zgodnie z którym zamierza on zatrudnić na potrzeby realizacji osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności, osoby te w momencie kalkulowania ceny nie były zatrudnione przez Przystępującego. W konsekwencji za bezpodstawne należy uznać pominięcie kosztów związanych z badaniami

lekarskimi czy też szkoleniami z zakresu obsługi prześwietlarek bagażu, detektorów metali, skanerów oraz promieniowania jonizującego, te bowiem zgodnie z wyjaśnieniami posiadają obecni pracownicy Przystępującego. Należy wskazać, że wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników (w tym elementów niezbędnych w tym zakresie do prawidłowej realizacji zamówienia), zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak informacji ze strony Przystępującego w tym zakresie. Jeszcze raz podkreślić należy, że ustawodawca wprowadził w art. 224 ust. 6 Pzp wymóg, który każe wykonawcom wezwanym wyjaśnić cenę tak, aby wykazywane elementy składały się na cenę ofertową. Gdy w takich wyjaśnieniach pojawią się błędy, co do których istnieje konieczność modyfikacji wyjaśnień, a nie ich uszczegółowienia, to konieczne staje się odrzucenie oferty takiego wykonawcy. W takiej sytuacji bowiem wyjaśnienia wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Innymi słowy wykonawcy wzywani mają w wyznaczonym terminie przedstawić realne wyliczenia, a zatem takie, które pokazują, jak dokładnie wyliczyli poszczególne pozycje. W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. To w interesie Przystępującego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, bądź przedstawione zostały odpowiedne dowody na potwierdzenie swojej racji. Przystępujący jednakże temu obowiązkowi we wskazywanym powyżej zakresie nie sprostał.

W zakresie pozostałej argumentacji, w ocenie Izby nie potwierdza ona zasadności zarzutów postawionych w odwołaniu Podnoszone przez Odwołującego kwestie sprowadzają się *de facto* do recenzowania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i wskazywania błędów i nieścisłości bez powiązania ich z naruszeniami przepisów przez Zamawiającego, które w konsekwencji miałyby prowadzić do uwzględnienia odwołania. Treść argumentacji odwołania w ocenie Izby ogranicza się do ogólnej polemiki z treścią wyjaśnień, obejmującej po pierwsze wskazywanie ich ułomności, braków czy też zastosowania nieprawidłowych danych, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw, w tym podstaw prawnych poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości przedstawione w kalkulacji Uczestnika bądź zaoferowana przez niego cena całkowita zostały zaniżone i to w stopniu który czyniłby ją ceną rażąco niską. Odwołujący nie przywołał również okoliczności wskazujących, że wycena poszczególnych elementów jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena tego elementu wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia. Taki charakter mają wskazywane przez Odwołującego okoliczności związane z błędnie wyliczoną kwotą dodatku za pracę w godzinach nocnych, stawki godzinowej, wymiaru etatu czy też wysokości składek pracodawcy. Odwołujący w zakresie tych elementów ograniczył się do wskazania, iż zostały one zaniżone lub wyliczone błędnie, nie wskazując jednocześnie w treści odwołania z czego wywodzi prawidłowość własnych wyliczeń, a zarazem wadliwość stawek przedstawionych przez Przystępującego. Jednocześnie Odwołujący całkowicie pominął w argumentacji kwestie w jaki sposób rzekome zaniżenie czy też błędne wyliczenie poszczególnych elementów (wynoszące od kilku do kilkudziesięciu groszy) miałoby się przekładać na zaniżenie ceny całkowitej w stopniu czyniącym tą cenę rażąco niską.

W odniesieniu do zarzutu związanego z czynem nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. W art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.") zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01).

W ocenie Izby postawiony zarzut ma charakter blankietowy. Odwołujący poza przywołaniem art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie przypisał do niego konkretnego stanu faktycznego i nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu. Nie odniósł się w treści uzasadnienia do przesłanek składających się na wskazywany czyn nieuczciwej konkurencji tj. wskazania jakie działania Przystępującego w jego ocenie wypełniają wszystkie znamiona wskazywanego czynu. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Odwołujący nie dowiódł, aby zaoferowanie przez Przystępującego ceny za wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia miało miejsce poniżej kosztów, a w konsekwencji aby działanie Przystępującego utrudniało

innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z tego rynku. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia13 kwietnia 2021 r. (KIO 678/21)*dla uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu, sprzedaż ta musi mieć jeszcze na celu eliminację innych przedsiębiorców. Należy zatem wykazać, że zamiarem wykonawcy była właśnie eliminacja z rynku innego przedsiębiorcy, np. po to, aby zająć jego miejsce na danym rynku, aby stworzyć sobie optymalne warunki do kształtowania cen na tym rynku. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji u.z.n.k. zaniżenie przez wykonawcę ceny w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną.* W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący nie przywołał w uzasadnieniu jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałyby na zaistnienie przesłanek wystąpienia czynu, którego popełnienie zarzucał Przystępującemu, zarówno w zakresie sprzedaży usługi poniżej kosztów, jak również okoliczności wskazujących na działanie Przystępującego ukierunkowane na eliminację innych przedsiębiorców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 050 zł, której wysokość stanowi stosunkową wartość wpisu oraz uzasadnionych kosztów postepowania odwoławczego (w poczet których Izba zaliczyła wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł), ustaloną poprzez obliczenie proporcji liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (jeden zarzut), do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (jeden zarzut).

Przewodniczący:…….