Sygn. akt: KIO 2131/24

WYROK
z dnia 11 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Wyszkowie**
Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**: wykonawca **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Sądowi Rejonowemu w Wyszkowie:**
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności wezwania wykonawcy **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych,
- dokonanie ponownej oceny ofert, w tym dokonanie oceny zasadności wezwania wykonawcy **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.),
- w przypadku uznania konieczności wystosowania wezwania, o którym mowa w *tiret* trzecie – wezwanie wykonawcy **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych wraz ze wskazaniem tych elementów ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które 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,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (w ½ części kosztów) i wykonawcę **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**(w ½ części kosztów) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **827 zł 40 gr** (słownie: osiemset dwadzieścia siedem złotych czterdzieści groszy), poniesione przez wykonawcę **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,

2.3. zasądza od wykonawcy **MSA Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**kwotę **3 363,3 zł** (słownie: trzy tysiące trzysta sześćdziesiąt trzy złote trzydzieści groszy), stanowiącą różnicę w wysokości poniesionych przez tychże wykonawców kosztów odwoławczych wobec wysokości kosztów, jakimi zostali obciążeni.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 2131/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Wyszkowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi ochrony osób i mienia Sądu Rejonowego w Wyszkowie.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.
W dniu 18 czerwca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności dokonanej przez zamawiającego polegającej na:
a)wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę MSA Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „MSA" lub „przystępujący") i zaniechaniu odrzucenia oferty MSA jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
b)błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez MSA w sytuacji gdy złożone przez MSA wyjaśnienia nie obalały domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, gdyż MSA nie udowodniło, że posiada dofinansowanie z urzędu pracy, a – tym samym – że zaoferowana cena pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2024;
c)zaniechaniu odrzucenia oferty MSA;
d)zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:
a)art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez MSA, poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty MSA, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia, powołane przez niego okoliczności powodujące obniżenie ceny są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, co powoduje, że nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska i nie odrzucił oferty;
b)art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty MSA podlegającej odrzuceniu, pomimo iż to oferta złożona przez odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu;
c)art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA w postępowaniu, pomimo że złożone wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
d)art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu MSA podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o:
1)uwzględnienie odwołania w całości;
2)unieważnienie czynności wyboru oferty MSA jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3)nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty MSA złożonej w postępowaniu;
4)wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu
5)zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą P.z.p. ocena ofert złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty MSA, która została oceniona jako najkorzystniejsza, oferta złożona przez odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Niezgodne z ustawą P.z.p. nieodrzucenie oferty MSA, uniemożliwia odwołującemu realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w pkt 5.3 i 5.4 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający wprowadził wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wchodzących w skład ochrony, za wyjątkiem grup interwencyjnych, przez cały okres obowiązywania umowy, przy czym wymiar etatu musi odzwierciedlać faktycznie wykonywany czas pracy.

W odpowiedzi na pytanie 4 z dnia 21 maja 2024 roku zamawiający ustanowił wymóg, aby wynagrodzenie za

pracę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nie było niższe od obowiązującej w dniu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Szczegółowe warunki dotyczące opisu i wykonania przedmiotu zamówienia zostały określone w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oraz we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający doprecyzował także, że nie wyraża zgody na realizację przedmiotowej usługi przez osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności (Pytanie 1).

Zaoferowana przez MSA cena, tj. 712 583,28 zł brutto budziła wątpliwości zamawiającego w zakresie spełniania wymogów postawionych w postępowaniu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2024 roku zamawiający wezwał MSA do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w postępowaniu ceny, która zdaniem zamawiającego budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ wraz z przedstawieniem dowodów.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 roku MSA złożyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Pismem z dnia 13 czerwca 2024 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowania

Odwołujący stwierdził, że zamawiający żądając skierowania do realizacji zamówienia osób pełnosprawnych wykluczył bowiem inne formy obniżenia kosztów realizacji zamówienia w sferze osobowej, jak np. dofinansowanie z PFRON, co zapewne skłoniło MSA do poszukiwania alternatywnego sposobu obniżenia kosztów.

Przystępujący, jak wynika z wyjaśnień, wprawdzie przyjął kwotę 4.300,00 zł jako podstawę kalkulacji swojej ceny, jednakże na stronie 3 w pkt 3 wyjaśnień wskazał na dofinansowanie z Urzędu Pracy, które miałoby uzasadniać obniżenie kosztów realizacji przez niego usługi, które mu nie przysługuje.

Po pierwsze MSA powołuje się na fakt, że zamierza zatrudnić 2 osoby w wieku 50-60 lat oraz skorzystać z dofinansowania do ich wynagrodzenia przez kolejne 12 miesięcy. Natomiast zarówno na dzień składania oferty, jak i na dzień złożenia wyjaśnień, takiego dofinansowania nie uzyskał i do dnia dzisiejszego nie posiada. Podany przez tego wykonawcę link do oferty na stronie Urzędu Pracy jednoznacznie wskazuje, że ogłoszenie zostało dodane do portalu w dniu 7 czerwca 2024 roku. Świadczy to o tym, że MSA na dzień składania ofert i kalkulacji ceny ofertowej wcale nie skalkulował ceny w oparciu o tego rodzaju założenie (i nie dokonał jakichkolwiek czynności w celu uzyskania dofinansowania), a jedynie sformułował twierdzenia o ubieganiu się o dofinansowanie na potrzeby składanych wyjaśnień i na skutek otrzymanego gdy okazało się że inaczej nie jest w stanie uzasadnić zaoferowanej ceny. Dlatego też w kalkulatorze kosztów wynagrodzenia pracowników nie uwzględnił wynagrodzenia za godziny nocne, co jest niezgodne z Kodeksem pracy. W sytuacji świadczenia usługi na rzecz zamawiającego w systemie 24-godzinny wykonawcy – pracodawcy obowiązani są wypłacać dodatek za pracę w godzinach nocnych, a tym samym uwzględnić to w kalkulacjach.

Odwołujący stwierdził, że MSA powołał się na art. 60d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy który przewiduje, że starosta może na podstawie zawartej umowy, przyznać pracodawcy lub przedsiębiorcy dofinansowanie wynagrodzenia za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego, który ukończył 50 rok życia. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że starosta może a nie jest obowiązany do przyznania takiego dofinansowania, a dodatkowo dopiero po zatrudnieniu pracownika możliwe jest jego przyznanie o ile będzie to dotyczyło osoby, która ukończyła 50 rok życia. Z ogłoszenia natomiast nie wynika, że pracownik, któremu przystępujący oferuje pracę, ma mieć 50 - 60 lat. W ocenie odwołującego twierdzenie to jest przedstawione jedynie z uwagi na warunki uzyskania dofinansowania.

Odwołujący podniósł, że nie można pominąć, że jeśli nikt nie odpowie na ogłoszenie MSA albo na jego podstawie zatrudnione będą osoby poniżej 50 roku życia albo też starosta nie przyzna dofinansowania, to w konsekwencji MSA nie uzyska dofinansowania i środków na które się powołuje w wyjaśnieniach. Tym samym obniżenie kosztów, o których pisze wykonawca ma charakter iluzoryczny, a na pewno nie istnieje na dzień składania oferty i wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że skierował do Powiatowego Urzędu Pracy zapytanie dotyczące tego, czy w ogóle urząd ten dysponuje środkami do przyznania dofinansowania do wynagrodzenia w przypadku zatrudnienia 2 pracowników w wieku 50-60 lat, jednakże na moment złożenia odwołania nie uzyskano jeszcze odpowiedzi. Odwołujący zastrzegł, że po otrzymaniu tej odpowiedzi złoży ją na rozprawie.

W ocenie odwołującego uzyskanie dofinansowania, które jest istotnym elementem wpływającym bezpośrednio na ocenę prawdziwości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie może być uzależnione od zdarzeń przyszłych i niepewnych, ponieważ pozbawia zamawiającego możliwości weryfikacji poprawności kalkulacji.

Odwołujący podniósł, że procedura wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy P.z.p. ma na celu ustalenie konkretnych założeń przyjętych przez wykonawców przy kalkulacji ceny ofertowej, które istnieją na dzień składania ofert i wyjaśnień. Nie chodzi zatem o wskazanie jedynie potencjalnych, a tym samym niepewnych możliwości obniżenia kosztów realizacji zamówienia, ale realnych i istniejących. Przyjęcie odmiennego zapatrywania przeczy w ogóle sensowi omawianej

procedury składania wyjaśnień.

Odwołujący zauważył, że jeśli MSA nie uzyska dofinansowania z urzędu pracy, to jego cena będzie obarczona kosztem dodatkowych 51.600 zł. Na takie dofinansowanie bowiem liczy przystępujący, co wg wyjaśnień obniża stawkę godzinową o 2,98 zł na 1 roboczogodzinie. Tym samym bez tego dofinansowania należy założyć, że realna stawka godzinowa to zgodnie z wyjaśnieniami 36,22 zł nie zaś 33,24 zł. Przy liczbie roboczogodzin w całym zamówienia w wymiarze 17.280 oznacza to, że rzeczywista oferta MSA powinna wynosić 769.834,37 zł brutto (36,22 zł x 17.280 rbh) x 23%). Przyjąć bowiem należy, że taki jest realny koszt wytworzenia tej usługi po stronie MSA przy przyjęciu prawidłowej kalkulacji. Oferta złożona przez odwołującego opiewa natomiast na kwotę 722.826,72 zł i powinna po odrzuceniu oferty MSA zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ sklasyfikowana jest na 2 pozycji.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 czerwca 2024 roku zamawiający oświadczył, że uznaje w całości za zasadne zarzuty postawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 1 lipca 2024 roku przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący wniósł o:

1) rozpoznanie odwołania i oddalenie go w całości jako bezpodstawnego;

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych;

Ewentualnie o:

3) rozpoznanie odwołania i oddalenie go w części, a to w zakresie, w jakim żąda ono odrzucenia oferty MSA złożonej w toku postępowania, i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;

4) zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Przystępujący zakwestionował oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu odwołania wskazując, że z jednej strony zamawiający oświadcza bowiem, iż „uznaje w całości zarzuty odwołania za zasadne", z drugiej jednak, neguje, by dokonał nienależytej oceny ofert. Dodatkowo zamawiający deklaruje, że unieważni on czynność wyboru oferty MSA jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz wybierze ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Powyższe nie będzie jednak możliwe bez uprzedniego odrzucenia oferty przystępującego, do czego zamawiający nie zobowiązuje się w treści odpowiedzi na odwołanie. Trudno zatem wywieść z treści przesłanego pisma, czy zamawiający już podjął decyzję o konieczności odrzucenia oferty przystępującego, czy też wyłącznie poinformował o zamiarze dokonania ponownej oceny i badania ofert, a katalog planowanych do podjęcia czynności wskazuje jedynie kierunek jego działań. W takim przypadku uznanie odwołania powinno nastąpić jednak wyłącznie „w części". Już tylko z tej przyczyny sprzeciw wydaje się być konieczny i uzasadniony. Zamawiający nie był bowiem uprawniony do uznania – w okolicznościach niniejszej sprawy, do uznania odwołania w całości.

Przystępujący podkreślił, iż przeprowadzona przez zamawiającego procedura, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. była wadliwa, a przystępującemu tak naprawdę nie dano szansy na odniesienie się do wątpliwości w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeżeli takowe w ogóle istniały. Żądanie takie zostało przesłane do przystępującego za pismem z dnia 3 czerwca 2024 r., w którym to zamawiający wezwał przystępującego do „złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ". W ocenie przystępującego pismo to nie odpowiadało normie wynikającej z ww. przepisu, albowiem zamawiający nie wskazał, czy żąda wyjaśnień dotyczących ceny (globalnie), kosztu, czy też ich istotnych części składowych. Jest to o tyle istotne, iż cena całkowita oferty nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Co więcej, cena ofertowa była niewiele niższa od kalkulacji zamawiającego, który sam oszacował wartość usługi na kwotę 840 484,04 zł brutto. Przystępujący nie wie zatem, co było przyczyną otrzymanego wezwania i w jakim zakresie ze złożonej oferty winien się wytłumaczyć.

Przystępujący wskazał, iż oferta odwołującego, który kwestionuje możliwość wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia, za kwotę 712 583,28 zł brutto, opiewa na kwotę 722 826,72 zł. Różnica wynosi ledwie 10 243,44 zł. Oferta przystępującego jest niższa o niespełna 1,5 % od oferty odwołującego. Trudno w takim przypadku stwierdzić, że wykonanie usługi za kwotę 722 826,72 zł jest realne i możliwe, lecz udzielenie „1% rabatu" czyni realizację umowy nieopłacalnym i niemożliwym. W sytuacji, w której przyznamy rację odwołującemu, który dokonując w treści odwołania kalkulacji cenowych twierdzi, iż najniższa, realna cena usługi to 769834,37 zł, to odrzuceniu powinna podlegać nie tylko oferta przystępującego, ale i oferta odwołującego z kwotą 722 826,72 zł, oferta z III miejsca z kwotą 736317,36 zł (Konsorcjum Art. Security), z IV miejsca z kwotą 752 582,88 zł (ROMA) oraz oferta firmy Biuro Ochrony Persona Security (756021,96 zł), firmy MJK z kwotą 756833,76 zł i MM Service (757235,23 zł).

Przystępujący zauważył, że odwołujący nie kwestionuje błędu w obliczeniu ceny, lecz wyłącznie cenę oferty jako taką, uznając ją za rażąco niską. W ocenie odwołującego, przy nieuwzględnieniu dotacji, jedynym wyjściem jest podniesienie ceny ofertowej brutto do kwoty 736317,36 zł, całkowicie bagatelizując fakt, iż kalkulacja ma charakter szacunkowy, i nawet bez dotacji możliwe jest wykonanie usługi taniej, za kwotę równą oferowanej cenie.

Niezależnie od powyższego przystępujący podkreślił, iż oferta odwołującego zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny, a nadto, podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy P.z.p., która zezwala oferentom na złożenie tylko jednej oferty. Wykonawca ten nie ma zatem interesu w kwestionowaniu oferty przystępującego, a tym samym, legitymacji do złożenia ww. odwołania.

W ocenie przystępującego odwołujący oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Art Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą
w Warszawie, Ekspert Security z siedzibą w Warszawie, Respect System Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach złożyli oferty wspólnie i w porozumieniu, co dyskredytuje ich udział w dalszym postępowaniu. Dodatkowo oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, który rzutuje na poprawność przedstawionych przez niego wyliczeń.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia wynosi 683 320,36 zł netto, co stanowi równowartość 147 359,42 euro *(dowód: protokół postępowania).*

Zgodnie z pkt. 18.4 SWZ:

18.4 W Formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ, Wykonawca winien podać:

18.4.1 cenę łączną oferty brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia przez okres 12 miesięcy,

18.4.2 stawkę % podatku od towarów i usług,

18.4.3 cenę łączną oferty netto za wykonanie przedmiotu zamówienia przez okres 12 miesięcy,

18.4.4 kalkulację szczegółową wyliczenia ceny.

Zgodnie z pkt. 2 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik Nr 2 do SWZ, wykonawcy obowiązani byli wskazać informacje dotyczące cenę łączną przedmiotu zamówienia, a także ceny netto, wartości netto i brutto oraz wysokość zastosowanej stawki podatku VAT dotyczące następujących elementów przedmiotu zamówienia: bezpośrednia ochrona osób i mienia, koszty administracyjne, koszty nadzoru i kontroli, koszty grupy interwencyjnej.

(dowody: SWZ, załącznik nr 2 do SWZ)

W postępowaniu wpłynęło 17 ofert. Cena przystępującego wynosiła 712 583,28 zł *(dowód: protokół postępowania.*

Pismem z dnia 3 czerwca 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., wskazując, co następuje:

Zamawiający, Sąd Rejonowy w Wyszkowie, w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pt. Usługi ochrony osób i mienia Sądu Rejonowego w Wyszkowie, nr OA.261.2.2024, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j. z późn. zm.) wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. Państwa wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Niedostarczenie przez wykonawcę żądanych wyjaśnień do dnia 7 czerwca 2024 r. spowoduje, że Zamawiający odrzuci Państwa ofertę jako ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone

wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

(dowód: pismo z dnia 3 czerwca 2024 roku)

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 roku odwołujący udzielił odpowiedzi na pismo z dnia 3 czerwca 2024 roku, wskazując, co następuje:

Kalkulacja kosztów

Cena ofertowa netto złożona przez Wykonawcę wynosi odpowiednio:

• Bezpośrednia ochrona osób i mienia 33,45 zł za 1 rbg

• Koszty administracyjne, koszty nadzoru i kontroli 50,00 zł miesięcznie

• Koszty grupy interwencyjnej 60,00 miesięcznie

Koszty administracyjne, koszty nadzoru i kontroli oraz koszty grupy interwencyjnej są nieznaczne w stosunku do kosztów zatrudnienia. Wykonawca w poniższym piśmie skupił się na kosztach pracy.

1. Przyjęte założenia

a) Termin realizacji zamówienia: przez 12 miesięcy.

b) Okres obowiązywania Umowy: od 6 lipca 2024 r. do dnia 30 czerwca 2025 r. (360 dni)

c) Uśredniona miesięczna norma czasu pracy w okresie obowiązywania umowy: 167 godzin

d) Łączna liczba roboczogodzin: 17 280 rbg

e) Średnia liczba roboczogodzin w miesiącu

Średnia liczba roboczogodzin łącznie w miesiącu wynosi 17 280 rbg : 12 miesięcy = 1440 rbg

f) Godziny nocne

Godziny nocne występują w każdy dzień usługi w ilości 16 godzin

Dodatek za pracę w godzinach nocnych:

4300,00 : 168 rbg x 20%= 5,12 zł

po uwzględnieniu kosztów pracodawcy (składki 17,19%):

5,12 zł x 1,1719 = 6,00 zł

ilość godzin nocnych w kontrakcie: 360 dni x 16 godzin = 5 760 godziny

całkowity koszt godzin nocnych: 5 760 godziny x 6,00 zł = 34 560,00 zł

uśredniony dodatek do 1 rbg stawki kontraktu za godziny nocne:

34 560,00 zł : 17 280 godzin = 2,00 zł

g) Struktura zatrudnienia

Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę dotyczą kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, zatrudnionych przy realizacji umowy, zgodnie z zapisami projektu umowy i SWZ:

• Wymóg zatrudnienia pracowników na umowę o pracę

• Wszystkie godziny pracy rozliczane w trybie umowy o pracę

• Pracownicy wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony

• Wykonawca założył zatrudnienie wyłącznie osób zdrowych bez orzeczenia o niepełnosprawności

2. Koszt wynagrodzenia

a) Wynagrodzenie podstawowe na pełny etat:

• Od 01.07.2024: 4300,00 zł

• Składka emerytalna - 9,76%

• Składka rentowa - 6,50%

• Składka wypadkowa – 0,93%

• Składka na Fundusz Pracy – 2,45%

• Składka na FGŚP - 0,10%

• Rezerwa urlopowa

Obliczenia kosztów pracy w ofercie dokonane w oparciu o w/w wysokość składek przedstawiamy w załączniku nr 1. Wykonawca w w/w załączniku przedstawia szczegółową kalkulację kosztu pracy na 1 etacie dla płacy minimalnej. W wyliczeniach uwzględniono rezerwę urlopową.

b) Koszt zatrudnienia (w przeliczeniu na 1 rbg):

okres	***stawka za 1 rbg z rezerwą urlopową [zł]***
od 6 lipca 2024 r. do dnia 30 czerwca 2025 r.	*33,29*

c) Koszt zastępstwa za ewentualne nieobecności z tytułu zwolnień lekarskich

Przyjęto do obliczenia rezerwę w wysokości 1 750 zł, co daje w przeliczeniu na 1 rbg 0,10 zł.

1. Pozostałe koszty

a) Polisa OC

Wykonawca posiada polisę OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, której suma ubezpieczenia wynosi 5.000.000 zł (załącznik nr 2: polisa OC). Roczny koszt składek to 13 147,58 zł. Uwzględniając, że: kwota ubezpieczenia jest wyższa od wymaganej w danym postępowaniu przetargowym, polisa jest używana we wszystkich kontraktach Wykonawcy, przyjęto udział w kosztach na poziomie 2,7% zł w skali roku, w koszcie kontraktu jest to 0,02 zł na 1 rbg.

b) koszt umundurowania

Wykonawca posiada na stanie magazynowym zapas różnorodnego nieużywanego asortymentu umundurowania, co jest standardem i koniecznością przy prowadzeniu działalności ochrony osób i mienia (Załącznik nr 3 – przykładowa FV za umundurowanie). Ilości te wystarczające do zaopatrzenia pracowników. Na wypadek niespodziewanego zniszczenia/uszkodzenia odzieży lub nienormatywnych wymiarów pracowników Wykonawca założył rezerwę w wysokości 2100,00 zł, co daje 0,12 zł na 1 rbg miesięcznie.

c) wyposażenie

• telefon komórkowy po 1,00 zł, czyli w skali kontraktu do pominięcia (załącznik nr 4: faktura telefon),

• Wykonawca posiada krótkofalówki (przykładowa faktura zakupu – załącznik nr 5)

• Pozostały sprzęt i abonament w wysokości 3 640,00 zł, czyli 0,21 zł na 1 rbg

d) Szkolenia i badania

Uwzględniono koszt w wysokości 5 000,00 zł w trakcie kontraktu, czyli 0,29 zł na 1 rbg

e) Inne koszty

Założono kwotę na koszty nieprzewidziane w wysokości 3 300,00 zł, czyli 0,19 zł na 1 rbg

2. Wyliczenie stawki godzinowej zawierającej wszystkie koszty

pozycja	***koszt [zł]***
zatrudnienie koszt pracodawcy	*33,29*
dodatek nocny	*2,00*
zastępstwa chorobowe	*0,10*
koszt umundurowania	*0,12*
wyposażenie	*0,21*
inne koszty	*0,19*
polisa	*0,02*
szkolenia i badania	*0,29*
stawka z kosztami pracodawcy	***36,22***

3. Dofinansowanie z Urzędu Pracy

Wykonawca zamierza zatrudnić dwie osoby w wieku 50-60 lat, które są zarejestrowane jako bezrobotne i skorzystać z dofinansowania do ich wynagrodzenia przez kolejne 12 miesięcy.

Podstawa prawna: art. 60d ustawy z dnia 20 kwietnia 2004r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2023r. poz. 735, z późn. zm.).

Maksymalna kwota na dofinansowanie na pracownika to połowa minimalnego wynagrodzenia, czyli 2 150 zł miesięcznie.

Wartość dofinansowania: 2 pracowników x 2 150 zł x 12 miesięcy = 51 600 zł

Wartość dofinansowania w przeliczeniu na 1 rbg: 51 600 zł : 17 280 rbg = 2,98 zł na 1 rbg

Dołączamy wniosek skierowany do Powiatowego Urzędu Pracy w Wyszkowie wraz z mailem, printscreen zamieszczonego przez Urząd Pracy ogłoszenia – oferta numer: S t P r / 2 4 / 0 3 8 2StPr/24/0382 (załącznik nr 6).

Link do oferty pracy na stronie Urzędu Pracy: https://oferty.praca.gov.pl/portal/index.cbop#/szczegolyOferty?d40332bfbd15023a16f41835284d84b8

4. Rozliczenie stawki kontraktu: koszt vs. oferta

Koszt stawki godzinowej Wykonawcy uwzględniający wartość dofinansowania wynosi:

36,22 zł – 2,98 zł = 33,24 zł za 1 rbg

• wartość oferty netto 33,45 zł netto za 1 rbg

• marża: 33,45 zł - 33,24 zł = 0,21 zł na 1 rbg netto

Podsumowanie

Wykonawca przedstawił szczegółowo założenia i sposób wyliczenia ceny. Wykazał zgodność przyjętej wysokości stawki, która uwzględnia koszty pracy po stronie pracodawcy (dodatek za pracę w porze nocnej, składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, w tym emerytalna, rentowa, wypadkowa, wyliczenie świadczenia urlopowego w skali 1 m-ca, rezerwa urlopowa), z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. uwzględniając jej wzrost od 1 lipca 2024.

Wykonawca uwzględnił również pozostałe koszty takie jak: administracyjne, ubezpieczenie, nadzór, ogólne zarządu, wyposażenie, umundurowanie i zysk.

Wykonawca wykazał, że jego oferta została wyliczona rzetelnie, zgodnie z prawem, wyjaśniając szczegółowo kalkulację kosztów. Wykonawca wyjaśnił, że wrażenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bezpodstawne w przypadku jego oferty.

(dowód: pismo z dnia 7 czerwca 2024 roku).

Pismem z dnia 13 czerwca 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej *(dowód: pismo z dnia 13 czerwca 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba pominęła argumentację przystępującego zawartą w piśmie z dnia 1 lipca 2024 roku, stanowiącą w istocie zarzuty podniesione wobec oferty odwołującego, skutkujące – w ocenie przystępującego – brakiem interesu we wniesieniu odwołania. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy P.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W ocenie Izby odwołanie należało uwzględnić, aczkolwiek Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie stawianych żądań. Izba podkreśla, że związanie Izby zarzutami odwołania przy orzekaniu nie jest tożsame ze związaniem żądaniami sformułowanymi w odwołaniu. Oznacza to, że Izba, uwzględniając co do zasady podniesiony zarzut, nie musi nakazać zamawiającemu dokonania takich czynności, jakich żąda odwołujący.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

a)art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez MSA, poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty MSA, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia, powołane przez niego okoliczności powodujące obniżenie ceny są zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, co powoduje, że nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska i nie odrzucił oferty;

b)art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty MSA podlegającej odrzuceniu, pomimo iż to oferta złożona przez odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu;

c)art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MSA w postępowaniu, pomimo że złożone wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

d)art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu MSA podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jakkolwiek odwołujący podniósł w odwołaniu 4 zarzuty, niemniej jednak analiza ich treści wskazuje, iż oparte one zostały na tej samej podstawie faktycznej, tj. nieprawidłowej – zdaniem odwołującego – ocenie wyjaśnień złożonych przez przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty tegoż wykonawcy. Przedstawiona przez Izbę argumentacja odnosi się zatem do wszystkich podniesionych zarzutów.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 513 ustawy P.z.p., odwołanie przysługuje w szczególności na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

W rozpoznawanym przypadku podstawą zarzutów były czynności i zaniechania zamawiającego podjęte w związku z oceną złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący był uprawniony do podniesienia zarzutów w tym zakresie, biorąc pod uwagę przyjęte przez siebie założenia i ustalone fakty, na podstawie których ocenił, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny.

Jednocześnie wskazać należy, że odwołujący nie jest obowiązany podnosić zarzutów wobec czynności i zaniechań, które dopiero w efekcie doprowadziły do czynności stanowiących podstawę odwołania. Co więcej, nawet w sytuacji, w której takie odwołanie zostałoby wniesione, odwołujący prawdopodobnie nie mógłby wykazać interesu we wniesieniu takiego odwołania. Odwołujący jest uprawniony bowiem do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego, które w bezpośredni sposób wpływają na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak odwołujący nie może ponosić konsekwencji wcześniejszych wadliwych czynności i zaniechań zamawiającego, a do takich należy zaliczyć czynność wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Jednakowoż odwołujący, o ile nadal ubiega się o przedmiotowe zamówienie, jest uprawniony i obowiązany do kwestionowania tych wyjaśnień. W sytuacji, w której zaniechałby wniesienia odwołania, utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia. W tym zakresie odwołujący zasługuje na ochronę, co przesądza o konieczności uwzględnienia odwołania.

Uwzględnienie odwołania nie jest w tym przypadku równoznaczne z nakazaniem zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego. Izba nie ma możliwości ocenić, czy wyjaśnienia przystępującego uzasadniają zaoferowaną przez niego cenę, gdyż z wystosowanego do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień nie wynika, co w istocie przystępujący miał wyjaśnić. Nie sposób zatem stwierdzić, czy treść złożonych wyjaśnień odnosi się do tych elementów wyceny, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego i które wyjaśnień wymagały.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, cen innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że cena całkowita oferty nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że o ile dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. odnosi się do subiektywnego wrażenia zamawiającego, nie jest to okoliczność, z której zamawiający może korzystać swobodnie, lecz musi wziąć pod uwagę aktualne realia rynkowe. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego".

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonanć zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Z powyższego wynika, że zamawiający, dokonując czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, opiera się na swoim subiektywnym wrażeniu co do braku realności ceny zawartej w ofercie, niemniej jednak stanowisko zamawiającego musi mieć oparcie w określonych realiach rynkowych. W szczególności zamawiający nie mogą wykorzystywać instrumentu zawartego w art. 224 ust. 1 do bezpodstawnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że zredagowanie rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień wymaga do wykonawcy zaangażowania bardzo dużego potencjału osobowego, czasowego itp. Z kolei złożenie wyjaśnień, które w następnej kolejności mogą zostać uznane za niewystarczające, rodzi zagrożenie odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował cenę realną, nienoszącą znamion rażącej. Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, że zamawiający nie powinni korzystać z tego środka w sposób bezrefleksyjny i nieuzasadniony.

Odnosząc powyższe do rozpoznawanego przypadku, Izba wskazuje, że przeanalizowała treść wezwania i stwierdziła, że ma ono charakter blankietowy.

W treści wezwania zobligował przystępującego do podania w szczególności informacji takich jak:

„1) zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2020.2207 t.j. z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy".

Treść wezwania stanowi dosłowne przytoczenie art. 224 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający nawet nie zadał sobie trudu, by dostosować treść wezwania do rodzaju przedmiotowego zamówienia, które obejmuje wyłącznie usługę, nie zaś dostawę czy roboty budowlane.

Zamawiający nie wskazał, które elementy ceny bądź jej części składowe wzbudziły jego wątpliwość. W sytuacji, w której cena oferty nie odbiega o co najmniej 30% wartości zamówienia ani też średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, wskazanie elementów, które – w ocenie zamawiającego – zostały przez przystępującego zaniżone, jest nieodzowne. Jest to o tyle istotne, że wykonawcy obowiązani byli podać w formularzu ofertowym cenę łączną przedmiotu zamówienia, a także ceny netto, wartości netto i brutto oraz wysokość zastosowanej stawki podatku VAT dotyczące następujących elementów przedmiotu zamówienia: bezpośrednia ochrona osób i mienia, koszty administracyjne, koszty nadzoru i kontroli, koszty grupy interwencyjnej.

Brak takiego wyszczególnienia w wezwaniu powoduje, że wykonawca nie wie, które części i aspekty wyceny wymagają wyjaśnienia i nie może ponosić konsekwencji w sytuacji, gdy okaże się, że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Informacja o faktycznej podstawie wezwania z dnia 3 czerwca 2024 roku, w tym o elementach wymagających wyceny, nie znalazła się ani w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym – w szczególności w przedmiotowym wezwaniu, ani też w treści oświadczeń zamawiającego składanych już w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu między innymidokonanie oceny zasadności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., a w przypadku uznania konieczności wystosowania takiego wezwania – do wskazania w nim tych elementów ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które 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. Dokonane przez zamawiającego czynności bądź też odstąpienie od nich, będzie podlegało kontroli wykonawców i – ewentualnie – Krajowej Izby Odwoławczej.

Ze wskazanych powyżej względów Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie w dniu 9 lipca 2024 roku, uznając je za przedwczesne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:……