

WYROK

Warszawa, dnia 28 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nord Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Nord Security Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Bałtycką Agencję Artystyczną BART w Sopocie**

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, M.P., R.K., Biuro Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu, D&S DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Grupa Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, M.P., R.K., Biuro Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu, D&S DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Grupa Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu** zawierającej rażąco niską cenę, i nakazuje zamawiającemu – **Bałtyckiej Agencji Artystycznej BART w Sopocie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, M.P., R.K., Biuro Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu, D&S DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Grupa Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu** i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nord Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Nord Security Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** (w ½ części kosztów postępowania odwoławczego) oraz zamawiającego – **Bałtycką Agencję Artystyczną BART w Sopocie** (w ½ części kosztów postępowania odwoławczego) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nord Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Nord Security Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kwotę **338 zł 00 gr** (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy), poniesione przez zamawiającego – **Bałtycką Agencję Artystyczną BART w Sopocie** tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby;

3.2. zasądza od zamawiającego – **Bałtyckiej Agencji Artystycznej BART w Sopocie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nord Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Nord Security Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** – kwotę **3 581 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy poniesioną a zasądzoną na jego rzecz kwotą kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Sygn. akt: KIO 831/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Bałtycka Agencja Artystyczną BART w Sopocie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest ochrona osób i mienia.

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 13 marca 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nord Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Nord Security Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, to jest:

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy:

Agencja Ochrony i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), pozostali członkowie konsorcjum: Patrol DOGMAT s.c. M. Pinszke, Biuro Ochrony DOGMAT Sp. z o.o. w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o., w Warszawie, Grupa Ochrony DOGMAT Sp. z o.o., w Elblągu (dalej: przystępujący), którego oferta zawiera rażąco niską cenę, przy czym złożone przez wskazanego wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy P.z.p. nie uzasadniają określonej w ofercie ceny, a wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów, na potwierdzenie przedstawianych wyliczeń.

2) zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, którego oferta i złożone wyjaśnienia stoją w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności określonych w pkt 10 oraz pkt 15b SIWZ, w związku ze skierowaniem do realizacji zamówienia przez wykonawcę osób o znacznej niepełnosprawności.

3) wyboru oferty przystępującego, pomimo iż oferta ta podlegać winna odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) wobec czynności określonych w pkt. I 1 i 3 odwołania, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust 6 ustawy P.z.p. poprzez nieodrżucenie oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę,

2) wobec czynności określonych w pkt I 2 i 3 odwołania, naruszenie – art. 266 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieodrżucenie oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Wobec wyżej przytoczonych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania z dnia 08 marca 2024 r.

2) ponowną ocenę ofert oraz odrzucenie oferty przystępującego, jako że zawiera rażąco niską cenę oraz że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

3) udzielenie zamówienia odwołującemu.

4) zasądzenie kosztów na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych

Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 505 ustawy P.z.p. ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jednak z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz niespełnianą warunków udziału w postępowaniu odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami odwołujący nie osiągnie zysku, który planował uzyskać w związku z realizacją usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, którego oferta zawiera rażąco niską cenę,

odwołujący podniósł, co następuje:

1. Cena oferty Konsorcjum, którego Liderem jest Agencja Ochrony i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. wynosi:
 - dla Zakresu Nr 1: 33,50 zł brutto (tj. 27,24 zł netto) za jedną roboczogodzinę.
 - dla Zakresu Nr 2: 60,27 zł brutto (tj. 49,00 zł netto) za jedną roboczogodzinę.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wezwaniem zamawiającego z dnia 21.02.2024 r. przystępujący, zgodnie z dyspozycją art. 224 ustawy P.z.p. miał obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, co wyraźnie wynika z ww. przepisu.

Odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, co już samoistnie powoduje, że konstrukcja udzielonych wyjaśnień ceny oferty jest wadliwa, niezgodna z dyspozycją art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek żądać wyjaśnień wraz z dowodami.

W ocenie odwołującego dołączone do wyjaśnienia dokumenty, nazwane przez przystępującego „dowodami”, nie odnoszą się w żadnym względzie do udzielonych wyjaśnień, tj.

Zał. – Deklaracja WND; który dotyczy bezprzedmiotowego okresu, tj. kwietnia 2023 r., i jest jedynie wnioskiem o wypłatę dofinansowania, odnoszącym się do ubiegłorocznych kosztów płacy minimalnej i nie ma nic wspólnego z otrzymywaniem dofinansowania w przyszłości, jak również nie ma żadnego odniesienia kwotowego i kosztowego do przedstawianych przez przystępującego wyliczeń.

Zał. – Przyznany status ZPCHR; jest bez jakiegokolwiek znaczenia dla udzielonych wyjaśnień. Sam fakt posiadania statusu Zakładu Pracy Chronionej nie przesądza o możliwości otrzymywania dofinansowania do wynagrodzeń zatrudnionych osób posiadających orzeczony stopień niepełnosprawności. Dofinansowanie to przysługuje w takiej samej wysokości, zarówno dla przedsiębiorców posiadających status ZPCHR jak i nieposiadających statusu ZPCHR i wynika z przepisu art. 26a ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, (Dz.U. z 2023 r., poz. 100, ze zm.) – wskazana pomoc publiczna dotyczy każdego pracodawcy.

Zał. - Zlecenie współpracy z SOLID; którego treść w żaden sposób nie potwierdza wartości przyjętych w wyjaśnieniu ceny swojej oferty.

Odnosząc się do poszczególnych elementów wyjaśnień przystępującego, odwołujący wskazał, że:

1) przystępujący przedstawił zamawiającemu tabelę obrazującą koszty płacy skierowanych do realizacji zamówienia osób, przy zachowaniu warunków umowy o pracę i przy zapewnieniu pracownikom ustalonego minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od dnia 01 stycznia 2024 r., przy czym oświadczył, że do realizacji zamówienia zamierza skierować łącznie 9 osób posiadających orzeczone stopnie niepełnosprawności, tj.

- 5 osób z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności,
- 3 osoby z orzeczoną umiarkowaną stopniem, ze schorzeniami specjalnymi,
- 1 osobę z orzeczoną znaczną stopniem niepełnosprawności.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie przedstawił w wyjaśnieniach szczegółowych kosztów płacy poszczególnych pracowników, zważywszy na fakt, że do wynagrodzenia tych osób przysługują inne wartości dofinansowania, co do których przystępujący nie przedstawił wystarczająco szczegółowych wyjaśnień. I tak, w tabeli poniżej wykonawca Dogmat wskazuje na następujące koszty płacy:

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę, że do wynagrodzenia osób posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności przysługuje dofinansowanie w wysokości 1 350 zł, to rzeczywisty koszt płacy tych pracowników jest wyższy od ceny zaoferowanej w ofercie przez przystępującego.

W ocenie odwołującego zaoferowana przez przystępującego stawka (27,24 zł), nie pokrywa kosztu zatrudnienia pracownika posiadającego umiarkowany stopień niepełnosprawności, który wynosi odnosząc się do przedstawionych przez wykonawcę wyliczeń: 29,19 zł (do dnia 30.06.24 r.) i 29,70 zł (od dnia 01.07.24 r.).

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę przedstawione przez przystępującego zbiorcze i ogólne wyliczenia dofinansowania, należy zaznaczyć, że pomoc w postaci dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, jest pomocą udzielaną indywidualnie, tj. przysługującą na podstawie obowiązujących przepisów na konkretną osobę

posiadającą określony stopień niepełnosprawności. Pracodawca występuje do Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych poprzez złożenie imiennej „Miesięcznej informacji o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych” (DRUK INF-D-P), która dotyczy imiennie jednego i konkretnego pracownika. Nie można kwoty dofinansowania przysługującej imiennie jednej osobie przepisywać do innej osoby, tj. nie można – zgodnie z obowiązującymi przepisami – pokrywać kosztów płacy jednego pracownika, otrzymanym wyższym dofinansowaniem innego pracownika o wyższym stopniu niepełnosprawności. Innymi słowami mówiąc, pomoc publiczna, która udzielana jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, (Dz.U. z 2023 r., poz. 100, ze zm.), dotyczy konkretnie wskazanego we wniosku INF-D-P pracownika i kategorycznie nie może pokrywać kosztów płacy innych zatrudnionych osób.

Odwolujący wskazał, że zamawiający na stronie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie dotyczącym wymagań w zakresie zatrudnienia osób, określił wprost, że „wszystkie osoby wykonujące czynności z Zakresem 1 były zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę”.

W ocenie odwołującego zaoferowana przez przystępującego stawka dla Zakresu Nr 1 w wysokości: 27,24 zł netto za jedną roboczogodzinę, wg przedstawionych wyliczeń kosztów płacy, nie pokryje nawet kosztu zatrudnienia osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, nie mówiąc już o pozostałych kosztach realizacji zamówienia.

Odwolujący podniósł, że przystępujący uwzględnił nieprawidłowy wymiar urlopu – w wymiarze 36 dni. W ocenie odwołującego należy mieć na względzie przysługujący pracownikowi dodatkowy urlop z powodu siły wyższej w wymiarze 2 dni roboczych lub 16 godzin, płatnych 50% - zgodnie z art. 148¹ Kodeksu pracy, obowiązujący od dnia 26 kwietnia 2023 r. Prawidłowy zatem wymiar urlopu powinien wynosić 37 dni, a przedstawione przez przystępującego wyliczenia dotyczące wymiaru 36 dni winny być uznane za nieprawidłowe.

Odwolujący podniósł, że przedstawiona przez przystępującego kalkulacja kosztów płacy jest niespójna i błędna w zakresie miesięcznej ilości roboczogodzin i jednocześnie zawyża koszty zakładanej pomocy publicznej, to jest:

- Zamawiający określił dla Zakresu nr 1 łączną ilość roboczogodzin w wymiarze: 15 700h, co oznacza, że w rozliczeniu miesięcznym do realizacji jest 1 309 h.

- zakładając średnią miesięczną normę czasu pracy, jaką przedstawił przystępujący: (167,33 h) to wynika, że do realizacji zamówienia należy skierować 8 osób (konkretnie 7,82 etatu), (miesięcznie 1309h/167,33h etat);

- przystępujący przedstawił tabelę obrazującą dofinansowanie, jakie planuje otrzymać, ale uwzględni w niej 9 osób, a nie jak powinien prawidłowo przyjąć: 8.

Odwolujący stwierdził, że jeżeli odejmiemy się tą jedną (za dużo policzoną) osobę, nawet tę z najniższym dofinansowaniem 1 350 zł (stopień umiarkowany), to tabela otrzymanej przez przystępującego pomocy publicznej powinna wyglądać następująco:

Odwolujący podniósł, że wskazany przez przystępującego „Łączny koszt płac” wynoszący: 590 320,00 zł

Pomniejszony o łączne dofinansowanie dla 8 osób: 174 600 zł

Da łączny koszt płacy pracowników: 415 720 zł.

Dodając do niego: koszty wykonania zamówienia wraz z zyskiem, jaki został przez konsorcjum przedstawiony zamawiającemu:

To łącznie da to kwotę: 415 720 zł (koszt wynagrodzeń) + 28 074,00 zł (koszt wykonania Zamówienia) = daje łączną kwotę: 443 794 zł netto.

Odwolujący podniósł, że łączna ilość roboczogodzin w przedmiotowym zamówieniu to: 15 700h, a więc 443 794 zł /podzielone przez 15 700h, da koszt: 28,27 zł netto za jedną roboczogodzinę, podczas gdy przystępujący, zaoferował w swojej ofercie stawkę: 27,24 zł netto. Jest to stawka poniżej kosztu płacy minimalnej.

Odwolujący wskazał, że przedstawiona przez odwołującego tabela z wyliczeniem kosztów realizacji zamówienia uwzględni wskazane pozycje:

Odwolujący stwierdził, że przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów w powyższym zakresie. Wskazując na koszty badań i szkoleń (1 500 zł), stwierdził, że wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na fakt, chociażby obowiązującej umowy z Zakładem Medycyny Pracy oraz stawek za badania okresowe i wstępne, jakie jego obowiązują.

W ocenie odwołującego brak też jakichkolwiek dowodów, że wszyscy pracownicy, jakich przystępujący zamierza skierować posiadają aktualne badania lekarskie oraz że w okresie realizacji zamówienia nie pojawi się konieczność zapewnienia takich badań. Odwołujący wskazał na możliwą rotację pracowników ochrony, skutkującą koniecznością przeprowadzenia stosownych badań.

W ocenie odwołującego, jeżeli chodzi o pozycję „mundury” (6 750 zł), to w tym zakresie nie ma żadnych przeciwskażeń, aby wykonawca udowodnił przy pomocy odpowiednich dowodów fakt posiadania umundurowania, chociażby faktury zakupu umundurowania. Odwołujący stwierdził, że przystępujący nie udowodnił także posiadania umundurowania na stanie, a zamawiający przyjął, jako gołosłowne, jedynie poprzez wskazanie, jako pozycja w tabeli kosztów. W ocenie odwołującego należy również wziąć pod uwagę naturalne zużycie umundurowania, co wiąże się z koniecznością jego wymiany na nowe, co powinno być sfinansowane z przedmiotowego kontraktu. Co do pozostałych wymienionych kosztów, odwołujący zauważył, że przystępujący w żaden sposób ich nie wyliczył, w związku z czym nie można jednoznacznie stwierdzić, czy wskazane kwoty są wystarczające na ich pokrycie.

Ponadto odwołujący nie zgodził się z argumentacją przystępującego, że:

- „koszty związane z ubezpieczeniem firmy, administracją i innymi pochodnymi, są kosztami, które konsorcjum już poniosło, stąd nie uwzględniono ich w kalkulacji”,

oraz że:

- „wszelkie koszty związane z realizacją kontraktu, a nie przewidziane w przedstawionej kalkulacji realizowane będą z przewidzianego zysku”.

Odwołujący zauważył, że wymienione przez przystępującego koszty będą musiały być wbrew twierdzeniom wykonawcy ponoszone podczas realizacji zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, którego oferta i złożone wyjaśnienia stoją w sprzeczności z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w szczególności określonych w pkt 10 oraz pkt 15. b SIWZ, które uniemożliwiają prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia, odwołujący wskazał, że z udzielonych przez przystępującego wyjaśnień wynika, że do realizacji przedmiotowego zamówienia zamierza skierować m.in.:

- 3 osoby z orzeczoną umiarkowanym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi, oraz
- 1 osobę z orzeczoną znacznym stopniem niepełnosprawności;

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie uwzględnił składanych przez odwołującego na etapie prowadzonego postępowania wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia osobami z wyżej wskazanymi stopniami niepełnosprawności – zgodnie z zapisami specyfikacji i dał wiarę wyjaśnieniom złożonym przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał na art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2023 r., poz. 100, ze zm.), zgodnie z którym do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się „osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji”. Odwołujący stwierdził, że osoby z orzeczoną znacznym stopniem niepełnosprawności nie mogą samodzielnie wykonywać pracy w nocy.

Odwołujący wskazał na art. 26a ust. 1b ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2023 r., poz. 100, ze zm.), zgodnie z którym zwiększa się kwoty należnego dofinansowania w odniesieniu do osób zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, z tzw. schorzeniami specjalnymi, tj.: dla osób, u których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidome.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę wymogi specyfikacji, nie jest możliwa prawidłowa realizacja zamówienia, poprzez skierowanie do jej realizacji osób, posiadających ww. schorzenia. Osoby posiadające orzeczoną znaczny stopień niepełnosprawności oraz posiadający tzw. schorzenia specjalne nie spełniają wymagań zamawiającego. Wbrew twierdzeniom przystępującego, jakie złożył on zamawiającemu, nie jest to kwestia dyskryminacji osób niepełnosprawnych, ale braku realnej możliwości prawidłowego wykonania zamówienia poprzez osoby posiadające tak poważne schorzenia, nie wspominając o tym, że miejsce pracy i warunki socjalnobytowe nie są przystosowane do zatrudnienia takich osób. Z opisu przedmiotu zamówienia jasno wynika, jakie obowiązki należy wykonywać i z pewnością osoba upośledzona umysłowo, posiadająca całkowite zaburzenia rozwojowe, padaczkę lub niewidoma nie jest w stanie

zagwarantować rzetelnie wykonanej usługi. Istnieją różne stopnie niepełnosprawności i istotnie zamawiający nie zakazał wprost realizacji zamówienia poprzez osoby niepełnosprawne, ale przedmiotowe zamówienie dotyczy usług ochrony osób i mienia na rozległym terenie i rodzaj posiadanego stopnia niepełnosprawności musi odpowiadać realnej możliwości danej osoby do podjęcia pracy przy takim zadaniu.

Odwolujący zauważył, że przystępujący nie przedstawił zamawiającemu żadnych dowodów w zakresie dysponowania osobami, wobec których orzeczono wskazane stopnie niepełnosprawności, wobec czego nie spełnił obowiązku, jaki na nim ciążył i w żaden sposób nie uprawdopodobnił możliwości realizacji zamówienia takimi osobami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 marca 2024 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzućcenie oferty przystępującego, zawierającej rażąco niską cenę, zamawiający wskazał, że w realiach niniejszej sprawy kwota ceny wskazanej przez przystępującego to 657 026,64 zł. Nie odbiega ona znacząco od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w wysokości 688 757,00 zł. Nadto ww. cena nie jest mniejsza o co najmniej 30% od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jest mniejsza o 6% od ww. średniej, a zatem należy stwierdzić, że cena wskazana przez przystępującego jest bardzo zbliżona do ww. średniej. Nadto należy wskazać, że cena przystępującego jest również bardzo zbliżona do oferty odwołującego, ponieważ jest niższa od niej jedynie o niecałe 8%. Nadto oferta przystępującego jest również niewiele niższa od średniej arytmetycznej dwóch pozostałych ofert (jest mniejsza o 9% od ww. średniej).

Zamawiający podkreślił, że przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26 lutego 2024 r. wskazał, że do realizacji zamówienia zamierza skierować łącznie 9 osób posiadających orzeczone stopnie niepełnosprawności, tj. 1) 5 osób z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, 2) 3 osoby z orzeczonym umiarkowanym stopniem, ze schorzeniami specjalnymi, 3) 1 osobę z orzeczonym znacznym stopniem niepełnosprawności. Zamawiający stwierdził, że przyjmowanie do pracy w ochronie osób ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności jest powszechnie przyjęte na rynku ochroniarskim, dopuszcza to też ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 44)5. Podniósł ponadto, że uzasadniając cenę zaoferowaną w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego okresu jego realizacji, a w konsekwencji - także zysk z realizacji zamówienia. Wykonawca winien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją. Nadto w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę odnośnie zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej ceny, wykonawca musi wykazać koszty odnoszące się do realizacji danego przedmiotu zamówienia, a nie całej jego działalności gospodarczej. W ocenie zamawiającego za całkowicie niezasadne należy uznać twierdzenia odwołującego o rzekomej konieczności pokrycia kosztu zatrudnienia pracownika przez dofinansowanie na tego konkretnego pracownika. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że przystępujący w swoich wyliczeniach uwzględnił nieprawidłowy wymiar urlopu, tj. w wymiarze 36 dni. Stwierdził, że urlop z tytułu zdarzenia losowego (16 godzin płatnych 50%) jest dniem fakultatywnym, a nie obligatoryjnym, nie ma co do niego roszczeń i nie przechodzi na następny rok, podobnie jak 2 dni opieki na dzieckiem z art. 188 Kodeksu pracy. Pracownik może z niego skorzystać, ale nie musi. Urlop wypoczynkowy pracownik musi wykorzystać i jest to prawo niezbywalne. W dalszej kolejności zamawiający zakwestionował wyliczenia odwołującego na str. 10 – 11 odwołania. Odwołujący pominął, że w skali roku do wykorzystania urlopu wypoczynkowego jest 36 dni x 9 pracowników, tj. 324 dni. Dzieliąc 324 dni na 12 miesięcy uzyskujemy 27 dni urlopu miesięcznie, co przemawia za tym, iż 8 pracowników nie zdołaloby wypracować niezbędnych 1309 godzin: $1309 + 27 \times 8 = 1\,525 \frac{1}{8}$ pracowników = 190,62 h $1525/9$ pracowników = 169,44 h. Wyliczenie biorące pod uwagę zatrudnienie 9 pracowników jest bliższe rzeczywistości, ponieważ wykazany średni nominal w miesiącu to 167,33 h. Nie można również zapomnieć o sytuacji, w której pracownik skorzysta ze zwolnienia lekarskiego. Zamawiający również podniósł, że koszty wykonania zamówienia wskazane w zestawieniach na str. 11 odwołania są wiarygodne i nie ma podstaw do stwierdzenia, że zostały zaniżone przez przystępującego. Wskazał, że przystępujący założył kwotę 4 260,00 zł jako „inne koszty nieprzewidziane”, a mimo to założył zysk w wysokości powyżej 12 tys. zł tylko z Zakresu nr 1 zamówienia. Ponadto stwierdził, że w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę odnośnie zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej ceny, wykonawca musi wykazać koszty odnoszące się do realizacji danego przedmiotu zamówienia, a nie całej jego działalności gospodarczej.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest zarzut naruszenia art. 266 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że przyjmowanie do pracy w ochronie osób ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności jest powszechnie przyjęte na rynku ochroniarskim. Z wymogów SWZ (niezaskarżonych przez żadnego z wykonawców) nie wynika, aby wykonawca już na etapie składania oferty musiał korzystać z określonych osób do realizacji zamówienia. Zgodnie z rozdziałem I pkt 19 SWZ: „Przed zawarciem umowy Wykonawca jest zobowiązany przedstawić następujące dokumenty: 1) dokument potwierdzający ukończony kurs pierwszej pomocy przez wskazanych pracowników; 2) zaświadczenie lekarskie dla pracowników ochrony o braku przeciwwskazań i przeszkód do wykonywania zadań pracownika ochrony zgodnie z warunkami przedmiotu zamówienia; 3) pisemne oświadczenie pracownika ochrony o: niekaralności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu; o tym, iż nie orzeczono zakazu prowadzenia działalności związanej z ochroną, lub obowiązku powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu.” Zamawiający stwierdził, że o tym, czy dana osoba zostanie skierowana do pracy w zamówieniu, ostatecznie zdecyduje lekarz. Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania orzeczeń lekarskich. Zamawiający w dokumentach zamówienia nie zakazał zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym, w stopniu umiarkowanym ze schorzeniami specjalnymi lub w stopniu znacznym. Co więcej, zamawiający wskazał w Rozdziale I pkt 4 SWZ, że w ramach Zakresu 1 nie wymaga posiadania przez pracowników skierowanych do wykonania zamówienia uprawnień kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, M.P., R.K., Biuro Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu, D&S DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Grupa Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu (przystępujący). Przystępujący w piśmie z dnia 18 marca 2024 roku, w którym zgłosił przystąpienie, wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie w tym samym piśmie przystępujący oświadczył, że zastrzega sobie możliwość uzupełnienia argumentacji w toku rozprawy. Przystępujący nie stawiał się na rozprawę, pomimo prawidłowego wezwania ani też nie przedstawił pisemnego stanowiska ze szczegółowym odniesieniem się do zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi: 559 967 zł netto (*dowód: notatka służbowa z 23 stycznia 2024 roku*).

W dniu 12 lutego 2024 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający poinformował, że:

- 1) Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: 688 757,00 PLN brutto.
- 2) Otwarto oferty złożone przez następujących wykonawców:
 - a) Lider: Nord Security Sp. z o. o., Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk, pozostali Wykonawcy: Nord Security Group Sp. z o. o., Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk, cena 706 872,39 zł brutto
 - b) Ekotrade Sp. z o.o., Melomanów 4, 00-712 Warszawa, cena 729267,00 zł brutto;
 - c) Lider: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. (Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. Lindleya 16, 02-013 Warszawa, pozostali Wykonawcy: Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K., Brzozowa 5, 82-300 Elbląg, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o o, Brzozowa 5, 82-300 Elbląg, D&S DOGMAT Sp. z o. o, Domaniews 47/10, 02-672 Warszawa, Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o, Brzozowa 5, 82-300 Elbląg, cena 657 026,64 zł brutto (*dowód: informacja z otwarcia ofert z 12 lutego 2024 roku*).

Pismem z dnia 21 lutego 2024 roku zamawiający, na podstawie art. 224 ust.1 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, w szczególności wskazując:

- 1) w jaki sposób wyliczyli Państwo koszty osobowe w zakresie możliwości realizacji zamówienia z zapewnieniem osobom wykonującym pracę minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej ustalonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024r. (Dz.U. 2023 poz. 1893);
- 2) w jaki sposób uwzględnili Państwo w zaoferowanej cenie pozostałe koszty, jakie należy ponieść, tj. pracownicze plany kapitałowe, koszty szkoleń bhp, badań lekarskich, dodatkowego sprzętu, jaki należy przeznaczyć do realizacji

Zamówienia (rejestratory obchodu, radiotelefony, telefon komórkowy i środki przymusu bezpośredniego), umundurowanie pracowników ochrony oraz wszystkie pozostałe koszty ogólnozakładowe – nadzoru, abonamenty telefoniczne, posiadania polisy OC oraz pozostałe koszty administracyjne (dowód: pismo z dnia 21 lutego 2024 roku).

Pismem z dnia 26 lutego 2024 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na pismo z dnia 21.02.2024 r. wyjaśniamy, iż na wstępie należy zaznaczyć, że nasza oferta w żadnym przypadku nie zawiera znamiona rażąco niskiej ceny. Jest nie niższa niż 30% średniej arytmetycznej złożonych ofert jak i nie jest niższa o 30% budżetu jakim dysponuje Zamawiający.

Niemniej jednak niżej prezentujemy kalkulację zamówienia:

Tabela z wyliczeniem kosztów płac:

	do lipca 2024	po lipcu 2024
Uśredniona wartość roboczogodzin na 1 m-c (15.700rg/12m-cy)	1308,3333333333	1308,3333333333
Ilość m-cy	4	8
Ilość rg 2024	5233,333	10466,667
Stawka średnia	37,26 zł	37,77 zł
Koszt płac	194 994,00 zł	395 326,00 zł
Łączny koszt płac	590 320,00 zł	

Tabela z wyliczeniem kosztów realizacji zamówienia (stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa):

Koszty inne	28 074,00 zł
Dofinansowanie PFRON	190 800,00 zł
Realny koszy	427 594,00 zł
Stawka za rg netto	27,240 zł
Stawka za rg brutto	33,50 zł
Liczba rg	15700
Kontrakt brutto	525 950,000 zł

Z kalkulacji jasno wynika, iż konsorcjum planuje osiągnąć zysk. Nie bez znaczenia jest fakt, iż Konsorcjum planuje osiągnąć większą rentowność przy zatrudnieniu osób z grupami za które przysługuje większe dofinansowanie.

Ponadto informujemy, iż:

Konsorcjum usługę wykona w większości własnymi zasobami, które nie będzie generować znaczących kosztów, a przedstawiona przez Konsorcjum kalkulacja wskazuje, iż Wykonawca osiągnie zysk.

Ponadto wyjaśniamy:

- a) Zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę
- b) Wynagrodzenie na poziomie ustawowo minimalnego wynagrodzenia.
- c) Koszty związane z ubezpieczeniem firmy, administracją i innymi pochodnymi, są kosztami które konsorcjum firm już poniosło, stąd nie uwzględniono ich w kalkulacji
- d) Wszystkie firmy należące do konsorcjum, są czynnymi płatnikami VAT z obowiązującą stawką 23%,
- e) Wszelkie koszty związane z realizacją kontraktu, a nie przewidziane w przedstawionej kalkulacji realizowane będą z przewidzianego zysku.
- f) Wyliczenia kosztów szczegółowych z tytułu, kosztu wynagrodzenia osób realizujących zamówienie, zastępstw, dodatków nocnych,
- g) Wyliczenia zawierają koszty szczegółowe z tytułu wynagrodzenia za pracę w soboty i niedziele. Wykonawca stosuje równoważny system czasu pracy oraz za zgodą Państwowej Inspekcji Pracy rozlicza pracowników w 12 miesięcznym okresie rozliczeniowym,
- h) Wyliczenia zawierają koszty szczegółowe z tytułu przedstawionych składek ZUS pracodawcy,
- i) Wyliczenia zawierają szczegółowe koszty z tytułu zastępstw wraz z kosztami składek ZUS pracodawcy, dodatków nocnych, wynagrodzenia za pracę w soboty i niedziele,

Elementem mającym istotny wpływ na konkurencyjność oferty, czyli „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania

zamówienia dostępne dla Wykonawcy", jest pomoc publiczna otrzymywana z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Z przedstawionej kalkulacji jasno wynika, iż:

- występuje zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- występuje zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- występuje zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Z kalkulacji jasno wynika, iż konsorcjum firm planuje osiągnąć zysk z realizacji kontraktu.

Dowody:

Załącznik 1 – Deklaracja WND – STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA,

Załącznik 2 – Przyznany status ZPCHR – STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA,

Załącznik 3. – zlecenie współpracy z SOLID – STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

(...)

(dowód: pismo z dnia 26 lutego 2024 roku)

Pismem z dnia 4 marca 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, wskazując:

(...) w związku ze złożoną ofertą na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, w nawiązaniu do Państwa wyjaśnień z dnia 26 lutego 2024 r. wzywam Państwa do:

1. Złożenia załącznika nr 2 do ww. pisma, tj. „Załącznik 2 – Przyznany status ZPCHR” – w terminie 3 dni;

2. Wyjaśnienia:

1) Czy i w jaki sposób osoby z niepełnosprawnością o stopniu umiarkowanym ze schorzeniami specjalnymi oraz niepełnosprawnością o stopniu znacznym spełnią wymagania Zamawiającego określone w SWZ, tj. w szczególności będą w „bardzo dobrej kondycji fizycznej pozwalającej na realizowanie zadań będących w zakresie obowiązków w pozycji stojącej, w zmiennych warunkach pogodowych oraz w związku z realizacją obchodów terenu Opery Leśnej”? – w terminie 3 dni.

2) W jaki sposób został ustalony przez Państwa zysk w wysokości 12 724,00 zł (tabela na str. 2), podczas gdy:

a) kontrakt brutto 525 950,00 zł (43 829,16 zł miesięcznie) (wyliczony ze stawki brutto z narzutami x ilość godzin w roku, tj. 33,50 zł x 15700h);

b) łączny koszt płac plus koszty inne minus dofinansowanie PFRON = 427 594,00 zł / 12 m-cy = 35 632,83 zł m-nie, stawka z oferty 27,24 zł x 1309 h = 35 657,16 zł;

c) na fakturze co m-c (koszt 1 pracownika) 6 320,64 x 9 pracowników w m-cu = 56 885,76 zł minus PFRON 15 900 zł, tj. 56 885,76 zł - 15 900 zł = 40 985,76 zł

Zysk → 40 985,76 zł - 35 657,16 zł = 5 328,60 zł miesięcznie

– w terminie 3 dni (dowód: pismo z dnia 4 marca 2024 roku).

Pismem z dnia 6 marca 2024 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na pismo z dnia 04.03.2024 r. w załączeniu przesyłam decyzję Wojewody Warmińsko – Mazurskiego o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej dla D&S DOGMAT Sp. z o. o.

Wyjaśniamy:

1) Osoby z niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym ze schorzeniami specjalnymi oraz niepełnosprawnością w stopniu znacznym spełnią wymagania Zamawiającego określone w SWZ.

Zamawiający nie wykluczył z udziału przy realizacji zamówienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Osoby posiadające orzeczenie nie mogą zostać wykluczane z życia społecznego jak i ich stan zdrowia nie może być barierą wykluczającą z rynku pracy. Na podstawie wieloletniego doświadczenia przy zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, możemy zdecydowanie stwierdzić, iż praca wykonywana przez osoby niepełnosprawne jest efektywna i nie budzi wątpliwości co do jej jakości.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż bardzo wielu pracowników niepełnosprawnych posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, którego otrzymanie uwarunkowane jest między innymi ukończeniem obowiązkowego testu sprawności fizycznej (taki wpis otrzymać może również osoba ze schorzeniami, na które się powołujemy).

Dodatkowo staramy się by dobór pracowników odpowiadał wymaganiom zamawiającego, stąd też Państwa obawy są niezasadne.

2. Informujemy, iż kalkulacja przedstawiająca koszty płac w odniesieniu do 1 pracownika powinna opierać się o stawkę godzinową (tak jak to zostało zaprezentowane w tabelach), a nie jak Państwo wskazali koszty płac miesięczne (etatową). Z państwa wyliczeń wynika, iż łącznie pracownicy powinni wypracować blisko 18.036 rg w skali kontraktu, co nie jest spójne z wytycznymi zamówienia, gdzie wskazana ilość godzin do przepracowania wynosi 15.700 rg. W związku z powyższym podtrzymujemy naszą kalkulację, która jasno wskazuje, iż Konsorcjum planuje osiągnąć wskazany uprzednio zysk (dowód: pismo z dnia 6 marca 2024 roku).

Pismem z dnia 8 marca 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (dowód: pismo z dnia 8 marca 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, zawierającej rażąco niską cenę.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

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. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu Izba wskazuje, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający, na zasadzie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie kosztów osobowych, tj. wynagrodzenia z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a także pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem, tj. pracowniczych planów kapitałowych, kosztów szkoleń bhp, badań lekarskich, dodatkowego sprzętu, jaki należy przeznaczyć do realizacji zamówienia (rejestratory obchodu, radiotelefony, telefon komórkowy i środki przymusu bezpośredniego), umundurowania pracowników ochrony oraz wszystkich pozostałych kosztów ogólnozakładowych – nadzoru, abonamentów telefonicznych, polisy OC oraz pozostałych kosztów administracyjnych. Ponadto wątpliwości zamawiającego wzbudził sposób wyliczenia zysku przez przystępującego. W kolejnym piśmie (z dnia 4 marca 2024 roku) zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia w tym zakresie.

Udzielone przez przystępującego wyjaśnienia zostały zakwestionowane przez odwołującego we wniesionym przez niego odwołaniu. Odwołujący podniósł szereg zarzutów w zakresie – w szczególności – kosztów pracy wykonawcy, w tym: dotyczące otrzymywanego dofinansowania na osoby niepełnosprawne, urlopu, wymiaru pracy, zaoferowanych etatów, kosztów umundurowania itp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż zaoferowana przez przystępującego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, w szczególności nie jest niższa o więcej niż 30% od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia ani też od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, w związku z czym nie zachodziły przesłanki do jej wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba zwraca uwagę, że zamawiający nie zażądał od przystępującego wyjaśnień zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 2, ale ust. 1 ustawy P.z.p. Tym samym podniesioną w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie argumentację zamawiającego Izba uznała za bezprzedmiotową i nieadekwatną wobec podniesionych zarzutów.

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 Pzp 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, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

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 nowej 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 wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w postępowaniu odwoławczym nie podniósł, że wystosowane do przystępującego wezwania były nieuzasadnione. Również przystępujący, po otrzymaniu wezwań do złożenia wyjaśnień, nie zakwestionował ich i podał wymagane przez zamawiającego informacje. Izba nie znalazła zatem podstaw do uznania, że zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał z dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., tym bardziej, że zamawiający zadał przystępującemu konkretne pytania w zakresie, które wzbudziły jego wątpliwości.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, iż pomoc w postaci dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, jest pomocą udzielaną indywidualnie, tj. przysługującą na podstawie obowiązujących przepisów na konkretną osobę posiadającą określony stopień niepełnosprawności i nie można kwoty dofinansowania przysługującej imiennie jednej osobie przepisywać do innej osoby. Odwołujący przedstawił kalkulacje, z których wynika, że – ze względu na różną wysokość dofinansowania dla osób z poszczególnymi stopniami niepełnosprawności – wynagrodzenie tych osób będzie różnić się od tego, jakie podał przystępujący w wyjaśnieniach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ani też w ustnym wystąpieniu na rozprawie w dniu 28 marca 2024 roku nie odniósł się do wyliczeń wskazanych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podkreślił jedynie, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1240/23, iż za niezasadne należy uznać twierdzenia odwołującego o rzekomej konieczności pokrycia kosztu zatrudnienia pracownika przez dofinansowanie na tego konkretnego pracownika.

W ocenie Izby stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przeanalizowała wskazany przez zamawiającego wyrok z dnia 19 maja 2023 roku, sygn. akt KIO 1240/23 i stwierdziła, że jest on nieadekwatny do przedmiotu niniejszego postępowania odwoławczego, jako że został wydany w innym stanie faktycznym, mimo że zarzuty odwołania również odnosiły się do kwestii rażąco niskiej ceny. W szczególności jednak w sprawie rozpoznanej wyrokiem KIO 1240/23 nie miały miejsca dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych, co jest kluczowe dla niniejszej sprawy. Izba podkreśla, że przywoływanie orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dla poparcia swojego stanowiska nie może polegać na bezrefleksyjnym cytowaniu wyrwanych z kontekstu fragmentów uzasadnienia, bez uwzględnienia okoliczności, w jakich wydawany był dany wyrok. Z kolei sporządzona przez wykonawcę kalkulacja ceny, jakkolwiek winna uwzględniać wszelkie istotne w danym przypadku elementy, nie może odbywać się z naruszeniem czy pominięciem powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Jednocześnie Izba stwierdza, że zamawiający nie podniósł żadnych innych argumentów mających wykazać wadliwość stanowiska odwołującego.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 537 ustawy P.z.p. ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Przystępujący, którego oferta została zakwestionowana w odwołaniu, pomimo tego, że przystąpił do postępowania odwoławczego, nie brał udziału w rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej i w żaden sposób nie ustosunkował się do zarzutów, poza ogólnym wnioskiem zawartym w piśmie z dnia 18 marca 2024 roku, o oddalenie odwołania.

Wskazując na powyższe Izba, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p., uznała za przyznane przez przystępującego okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, jako że przystępujący, zrezygnował z obrony swych praw w postępowaniu odwoławczym i nie wypowiedział się co do twierdzeń strony przeciwnej, w przypadku, gdzie to na nim spoczywał ciężar dowodu.

Odwołujący podniósł, że przystępujący uwzględnił nieprawidłowy wymiar urlopu – w wymiarze 36 dni. Należy mieć na względzie przysługujący pracownikowi dodatkowy urlop z powodu siły wyższej w wymiarze 2 dni roboczych lub 16 godzin, płatnych 50% - zgodnie z art. 148¹ Kodeksu pracy, obowiązujący od dnia 26 kwietnia 2023 r. Prawidłowy zatem wymiar urlopu powinien wynosić 37 dni, a przedstawione przez przystępującego wyliczenia dotyczące wymiaru 36 dni winny być uznane za nieprawidłowe.

Zamawiający nie zgodził się z powyższym zarzutem, stwierdzając, że urlop z tytułu zdarzenia losowego jest dniem fakultatywnym, a nie obligatoryjnym, nie ma co do niego roszczeń i nie przechodzi na następny rok. Pracownik może z niego skorzystać, ale nie musi.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. W ocenie Izby wykonawca, kalkulując cenę, winien przyjąć pewne założenia, oceniając jednocześnie prawdopodobieństwo ich wystąpienia. Nie budzi wątpliwości, iż koszty, które wykonawca z pewnością poniesie, powinny zostać przez niego w kalkulacji uwzględnione. Natomiast w sytuacji, w której fakt ich wystąpienia, jest jedynie hipotetyczny i zależny od zdarzenia przyszłego i niepewnego, wykonawcy, który nie uwzględnił ich w kalkulacji, nie powinno zarzucać się błędów czy nieprawidłowości w tym zakresie. Podkreślić należy, że przepisy prawa pracy przewidują również inne usprawiedliwione nieobecności pracownika, które mogą, ale nie muszą się wydarzyć, takie jak urlop okolicznościowy czy dni wolne z tytułu opieki nad dzieckiem. Pozostaje zatem pytanie o to, czy i w jakim zakresie wskazane okoliczności winny być uwzględniane w kalkulacjach. Wydaje się, że w sytuacji, w której odwołujący nie wykazał, iż koszty te zostaną z całą pewnością poniesione przez przystępującego, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił, że przedstawiona przez przystępującego kalkulacja kosztów płacy jest niespójna i błędna w zakresie miesięcznej ilości roboczogodzin i jednocześnie zawyża koszty zakładanej pomocy publicznej. Odwołujący stwierdził, że zakładając średnią miesięczną normę czasu pracy, jaką przedstawił przystępujący (167,33h), przyjąć należy, że do realizacji zamówienia należy skierować 8 osób (konkretnie 7,82 etatu), (miesięcznie 1309h/167,33h etat). Tymczasem przystępujący przedstawił tabelę obrazującą dofinansowanie, jakie planuje otrzymać, ale uwzględnia w niej 9 osób, a nie jak powinien prawidłowo przyjąć: 8.

Zamawiający zakwestionował wyliczenia odwołującego i przedstawił własną kalkulację. Jednocześnie wskazał, że: „wyliczenie biorące pod uwagę zatrudnienie 9 pracowników jest bliższe rzeczywistości, ponieważ wykazany średni nominal w miesiącu to 167,33 h”.

W ocenie Izby stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy, że argumentacja zamawiającego jest oparta na określonych założeniach, które prowadzą zamawiającego do wniosku, iż zatrudnienie 9 pracowników przez przystępującego jest „bliższe rzeczywistości”. Tego rodzaju stwierdzenie nie może stanowić o bezzasadności zarzutu.

Izba ponownie wskazuje, że w przypadku rozpoznawanego zarzutu, ciężar dowodu, zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy P.z.p., spoczywał na przystępującym, który winien był wyjaśnić liczbę przyjętych etatów. Wydaje się zresztą, iż wyłącznie przystępujący posiada wiedzę w zakresie treści własnej oferty i założeniach, które legły u podstaw jej sporządzenia, i tylko on byłby w stanie uzasadnić taką, a nie inną ilość etatów. W sytuacji braku aktywnego uczestnictwa przystępującego w postępowaniu odwoławczym Izba uznała okoliczności wskazane w odwołaniu za przyznane przez przystępującego, a sam zarzut – za uzasadniony.

Jeśli chodzi o pozostałe zakwestionowane w odwołaniu koszty (umundurowanie, wsparcie GI, koszty badań i szkoleń, koszty telefonu / rejestratora obchodu, inne koszty nieprzewidziane, koszty administracyjne, nadzoru, ubezpieczenia i ogólnozakładowe, odwołujący podniósł, iż nie zostały one w żaden sposób udowodnione. W odniesieniu natomiast do kosztów administracyjnych, ubezpieczenia i innych pochodnych oraz kosztów nieprzewidzianych, odwołujący zakwestionował wyjaśnienia przystępującego, iż nie zostały one uwzględnione w kalkulacji, bowiem przystępujący koszty te już poniósł albo będzie je realizował z zysku.

Z kolei zamawiający stwierdził, że koszty wykonania zamówienia wskazane w zestawieniach na str. 11 odwołania są wiarygodne i nie ma podstaw do stwierdzenia, że zostały zaniżone przez przystępującego. Wskazał, że przystępujący założył kwotę 4 260,00 zł jako „inne koszty nieprzewidziane”, a mimo to zakłada zysk w wysokości

powyżej 12 tys. zł tylko z Zakresu nr 1 zamówienia.

Izba uznała stanowisko odwołującego za uzasadnione. Podkreślić należy, że zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wskazanych wyżej kosztów, co oznacza, że wydały mu się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Tym samym przystępujący winien był złożyć wyjaśnienia i poprzeć je stosownymi dowodami, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Wymaganych dowodów przystępujący nie złożył, zatem nie wykazał możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgadza się z cytowanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyrokiem z dnia 12 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1996/22, z którego wynika między innymi, iż *istnieją sytuacje, gdy wystarczającym dowodem będą same udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia, w szczególności gdy odpowiadają wezwaniu, są rzetelne i wyczerpujące i wiarygodniają zaoferowaną cenę*. Niemniej jednak przystępujący w ogóle nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął wysokość wskazanych kosztów. Przystępujący podał jedynie ich wysokość, w żaden sposób ich nie uzasadniając.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał jedynie, iż koszty wykonania zamówienia wskazane w zestawieniach na str. 11 odwołania są wiarygodne i nie ma podstaw do stwierdzenia, że zostały zaniżone przez przystępującego. Zamawiający, poza zacytowanym stwierdzeniem, nie przedstawił w tym zakresie żadnej szczegółowej argumentacji.

Irrelevantna dla rozstrzygnięcia zarzutu jest także okoliczność, że przystępujący założył kwotę 4 260,00 zł jako „inne koszty nieprzewidziane”, a mimo to zakłada zysk w wysokości powyżej 12 tys. zł tylko z Zakresu nr 1 zamówienia. W sytuacji, gdy nie uzasadniono prawidłowości sporządzonej kalkulacji, nie można założyć, iż zysk został wyliczony prawidłowo.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 266 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, iż zgodnie z pkt. 10 SWZ: (...) „Z uwagi na specyfikę obiektu oraz terenu przyległego pracownicy ochrony muszą być w bardzo dobrej kondycji fizycznej pozwalającej na realizowanie zadań będących w zakresie obowiązków w pozycji stojącej, w zmiennych warunkach pogodowych oraz w związku z realizacją obchodów terenu Opery Leśnej”.

Z kolei, w myśl pkt 15. b SWZ: „osoby wykonujące przedmiot zamówienia muszą: a). posiadać stan zdrowia oraz predyspozycje fizyczne, które pozwolą na skuteczną realizację czynnej usługi ochrony i dozoru obiektu, mienia i osób w ramach umowy bez przeciwwskazań i przeszkód, w tym w szczególności realizowania czynności obchodowych w obiekcie Opera Leśna.”.

Zamawiający nie postawił innych warunków w tym zakresie, w szczególności w zakresie posiadania bądź nieposiadania orzeczenia o niepełnosprawności osób wykonujących przedmiot zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 19 SWZ: „Przed zawarciem umowy Wykonawca jest zobowiązany przedstawić następujące dokumenty: 1) dokument potwierdzający ukończony kurs pierwszej pomocy przez wskazanych pracowników; 2) zaświadczenie lekarskie dla pracowników ochrony o braku przeciwwskazań i przeszkód do wykonywania zadań pracownika ochrony zgodnie z warunkami przedmiotu zamówienia; 3) pisemne oświadczenie pracownika ochrony o: niekaralności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu; o tym, iż nie orzeczono zakazu prowadzenia działalności związanej z ochroną, lub obowiązku powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu.”

Z powyższego wynika, że o tym, czy dany pracownik jest zdolny do wykonywania pracy objętej przedmiotem zamówienia decyduje lekarz – specjalista medycyny pracy. Poza kompetencjami Izby leży zatem rozstrzygnięcie, czy osoba legitymująca się orzeczeniem o niepełnosprawności określonego stopnia jest w stanie pracować przy realizacji zamówienia. Odpowiednie zaświadczenie lekarskie wykonawca będzie obowiązany złożyć dopiero przed zawarciem umowy, co wynika ze wskazanych wyżej postanowień SWZ. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z treścią SWZ, mógł ją zakwestionować poprzez wniesienie odwołania w terminie przewidzianym przepisami ustawy P.z.p. Niewniesienie odwołania na postanowienia SWZ powoduje, że jej treść staje się wiążąca dla wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zamawiającego oraz wykonawców.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....