

Sygn. akt: KIO 3933/23

WYROK
z dnia 22 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R., Aspekt Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 15a/400, 01-651 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Muzyczny im. D.B., pl. Grunwaldzki 1, 81-372 Gdynia**, przy udziale wykonawcy: **NORD SECURITY Sp. z o.o., ul. Partyzantów 76, 80-254 Gdynia** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3933/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K., Biuro Ochrony DOGMAT Sp. z o.o., D&S DOGMAT Sp. z o.o., Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Elblągu;**
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: **NORD SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **NORD SECURITY Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Teatr Muzyczny im. D.B., pl. Grunwaldzki 1, 81-372 Gdynia**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R., Aspekt Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 15a/400, 01-651 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) od zamawiającego: **Teatr Muzyczny im. D.B., pl. Grunwaldzki 1, 81-372 Gdynia** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R., Aspekt Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 15a/400, 01-651 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3933/23

Uzasadnienie

Zamawiający, **Teatr Muzyczny im. D.B.** w Gdyni, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Ochrona fizyczna osób, mienia oraz monitoring obiektów Teatru Muzycznego im. D.B. w Gdyni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2023 r. pod nr 2023/BZP 00516994.

Informacja o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę **NORD SECURITY Sp. z o.o.** jako najkorzystniejsza została przekazana wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2023 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **Konsorcjum** w składzie **TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R., Aspekt Sp. z o.o.** wnieśli odwołanie wobec:

1. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy **NORD SECURITY Sp. z o.o.** (dalej: **NORD**), którego oferta zawiera rażąco niską cenę, przy czym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 224 Pzp nie uzasadniają określonej w ofercie ceny;

2. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty **Konsorcjum**, którego liderem jest **Agencja Ochrony Osób i Mienia**

DOGMAT Sp. z o. o. (dalej: Konsorcjum DOGMAT), którego oferta zawiera rażąco niską cenę, przy czym złożone przez Konsorcjum DOGMAT wyjaśnienia w trybie art. 224 Pzp nie uzasadniają określonej w ofercie ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp oraz wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia rozstrzygnięcia postępowania z dnia 21 grudnia 2023 r.
- ponowną ocenę ofert oraz odrzucenie ofert wykonawców: NORD oraz Konsorcjum DOGMAT jako, że zawierają rażąco niską cenę;
- udzielenia zamówienia Odwołującemu;
- zasądzenie kosztów na rzecz Odwołującego w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Odwołującego, NORD oraz Konsorcjum DOGMAT.

Zamawiający wezwał wykonawców NORD oraz Konsorcjum DOGMAT do wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 224 Pzp.

Wyżej wymienieni wykonawcy złożyli wyjaśnienia, a Zamawiający uznał, że wyjaśnienia te dostatecznie uzasadniają zaproponowaną w ofercie cenę, i w konsekwencji rozstrzygnął postępowanie z uwzględnieniem dwóch wspomnianych ofert.

Zdaniem Odwołującego, powyższe rozstrzygnięcie zostało dokonane z naruszeniem art. 224 ust. 6 oraz 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Oceniając rozstrzygnięcie Zamawiającego jako wadliwe, Odwołujący wskazuje na następujące okoliczności których uwzględnienie winno skutkować odrzuceniem oferty Nord oraz Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę.

I. Cena oferty NORD

Cena oferty NORD za jedną roboczogodzinę wynosi 28, 13 zł netto.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny oferty z dnia 13 grudnia 2023r. wskazał szczegółowo, czego mają dotyczyć wyjaśnienia, tj. między innymi:

- *koszty pracy – wynagrodzeń, dodatków (w tym: za pracę w godzinach nocnych), podatków, ubezpieczeń społecznych, urlopów, PPK (jeśli dotyczy)*
- *koszty grupy patrolowo-interwencyjnej,*
- *koszty sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia,*
- *koszty środków łączności określonych przez Zamawiającego,*
- *koszty umundurowania, prania (odzież letnia i zimowa oraz obuwie dla wszystkich pracowników pełniących dyżury u Zamawiającego),*
- *koszty administracyjne – nadzór, ubezpieczenie, badania okresowe, szkolenia, itp.*
- *zysk firmy.*

Ponadto Zamawiający żądał, zgodnie z dyspozycją art. 224 Pzp, złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, co wyraźnie wyszczególnił w treści pisma.

Odwołujący podniósł, że NORD nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach. Już samo to powoduje, że konstrukcja wyjaśnień ceny oferty jest wadliwa, niezgodna z dyspozycją art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek żądać wyjaśnień wraz dowodami.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*, z kolei art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi: *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Z treści przytoczonych przepisów wynika jednoznacznie, że wykonawca zobowiązany był złożyć wyjaśnienia wraz z dowodami, pod rygorem odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, czego Zamawiający zaniechał, pomimo obowiązujących przepisów w tym zakresie.

W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika co do zasady obowiązek przedkładania stosownych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach oraz fakt, że przedmiotowe wyjaśnienia powinny być szczegółowe na tyle, żeby w sposób dostateczny wyjaśniały cenę: wyrok z dnia 3 kwietnia 2023 r. KIO 780/23, wyrok z dnia 11 kwietnia 2023 r. KIO 824/23.

Odnosząc się do poszczególnych elementów wyjaśnień wykonawcy NORD, Odwołujący wskazał, co następuje:

1) Otrzymywanie dofinansowania z PFRON do pracowników - NORD nie doprecyzował w wyjaśnieniach, czy w ogóle zamierza skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników z orzecznym stopniem niepełnosprawności, a jeżeli tak, to w jakiej liczbie, czy cały zakres usługi NORD będzie realizowało pracownikami z orzecznym stopniem niepełnosprawności, czy tylko jego część. Te informacje są niezbędne dla ustalenia wiarygodności zaproponowanej ceny ofertowej, a brak tych informacji powoduje, że Zamawiający może się co najwyżej domyślać sposobu realizacji zamówienia oraz jego kalkulacji - co w świetle obowiązującego art. 224 Pzp jest

niedopuszczalne. Sama w sobie możliwość otrzymywania dofinansowania z PFRON nie może przesądzać o braku występowania zjawiska rażąco niskiej ceny. Istotnym bowiem aspektem jest, żeby to konkretnie na tę usługę zostali skierowani pracownicy na których można otrzymać dofinansowanie z PFRON gwarantujące realność ceny. Odwołujący nadmieniał, iż niedopuszczalne jest finansowanie danego zamówienia innymi kontraktami, a taka sytuacja miałaby miejsce, gdyby okoliczność dofinansowania z PFRON nie odnosiła się do tego konkretnie zamówienia. Dlatego też wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie są niewystarczające do przyjęcia, że cena oferty wykonawcy NORD nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił brak dowodów potwierdzających okoliczność skierowania pracowników z orzecznym stopniem niepełnosprawności. W okolicznościach niniejszej sprawy, takim dowodem mogłyby być np. zanonimizowane umowy o pracę oraz orzeczenie o niepełnosprawności.

2) Szkolenia BHP – Zamawiający, zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień, wymagał wskazania kosztów administracyjnych, w tym szkoleń jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Wykonawca oświadczył, że z uwagi, iż zatrudnia pracownika odpowiedzialnego za kadry nie ponosi dodatkowych kosztów szkoleń BHP. Z taką argumentacją nie można się zgodzić. Wykonawcy w reżimie zamówień publicznych mają obowiązek alokacji kosztów na poszczególne kontrakty. Innymi słowy muszą w cenie oferty uwzględnić wszystkie koszty, jakie wiążą się z przygotowaniem przedsiębiorstwa do realizacji danego zamówienia, w tym między innymi koszty kadrowe, bhp, i inne koszty administracyjne. Sam fakt zatrudnienia pracownika ds. kadr nie zwalnia więc wykonawcy z wyjaśnienia kosztów w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, że pracownik odpowiedzialny za szkolenia i kadry musi wykonać określoną pracę w celu przygotowania pracowników, poświęcając czas w ramach stosunku pracy. Za wykonaną pracę, wykonawca musi wypłacić określone wynagrodzenie, którego składową jest również praca wykonana na rzecz realizacji kontraktu w ramach niniejszego zamówienia. Nie uprawnione jest więc twierdzenie, że wykonawca nie ponosi dodatkowych kosztów. Koszty te występują i zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem powinny być uwzględnione w ramach kalkulacji ceny oferty. W przeciwnym wypadku wykonawca dopuściłby się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci subsydiowania skrośnego, polegającego na finansowaniu jednego zamówienia innym kontraktem. Reasumując, NORD nie wykazał kosztów, jakie ponosi w związku ze szkoleniami BHP, nie wykazał żadnych konkretnych kosztów administracyjnych.

3) Badania lekarskie - wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na fakt umowy obowiązującej z Zakładem Medycyny Pracy oraz stawek za badania okresowe i wstępne, jakie jego obowiązują. Brak też jakichkolwiek dowodów, że wszyscy pracownicy posiadają aktualne badania lekarskie oraz że w okresie obowiązywania umowy nie pojawi się konieczność zapewnienia takich badań- na co powołał się NORD, jako jedną z okoliczności generującej oszczędność kosztów. Okres realizacji zamówienia ma wynosić 24 miesiące. Już z doświadczenia życiowego wynika, iż mało prawdopodobne jest, żeby w tym okresie nie miała miejsca fluktuacja pracowników ochrony, skutkująca koniecznością przeprowadzenia stosownych badań.

4) Własne umundurowanie - w tym zakresie nie ma żadnych przeciwwskazań, aby wykonawca udowodnił przy pomocy odpowiednich dowodów fakt posiadania umundurowania - brakuje w tym zakresie chociażby faktury zakupu. Wykonawca NORD nie udowodnił posiadania umundurowania na stanie, a Zamawiający przyjął, jako wystarczające głoślowe oświadczenie wykonawcy w tym zakresie. Na marginesie trzeba też wziąć pod uwagę naturalne zużycie umundurowania, co się wiąże z koniecznością jego wymiany na nowy, a to powinno być sfinansowane z bieżącego kontraktu, a nie z innego. W przeciwnym wypadku należałoby przyjąć, że wykonawca zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego.

5) Pozostałe koszty wymienione w pkt 16 ppkt 6, 7, 8 - wykonawca w żaden sposób ich nie wykazał, nie wyliczył. Wskazał tylko na pokrycie ich z bieżącego zysku, który w skali miesiąca według wyliczeń wykonawcy NORD wynosi 1460 zł netto. Z uwagi, iż NORD nie określił tych kosztów nie można jednoznacznie stwierdzić, czy zysk będzie wystarczający na ich pokrycie. Zwłaszcza, że wykonawca oprócz kosztów pracowniczych de facto nie wykazał żadnych innych kosztów, które co do zasady powinien jednak ponieść (jak chociażby koszty bhp, ogólnoadministracyjne). Dlatego też wątpliwe jest, czy planowany zysk dałby możliwość wykonawcy pokrycia kosztów wymienionych w tym punkcie.

Kalkulacja kosztów pracowniczych również zawiera błędy:

1. NORD nie uwzględnił absencji chorobowych pracowników. Z doświadczenia życiowego wynika, że nie jest możliwe, aby przez 24 miesiące pracownicy nie chorowali. Z tym się wiążą dodatkowe koszty zastępstw chorych pracowników, a pracodawca musi ponosić dodatkowe koszty skierowania zdrowego pracownika na dany obiekt.
2. NORD błędnie założył urlop w wymiarze 36 dni - od dnia 26 kwietnia 2023 roku pracownikom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę, przysługuje urlop z powodu działania siły wyższej udzielany wymiarze 2 dni lub 16 godzin w całym roku kalendarzowym, płatny w wysokości 50% wynagrodzenia. Koszty urlopu należy doliczyć do kosztów urlopu wypoczynkowego. Powyższe oznacza, że wykonawca powinien przyjąć 37 dniowy wymiar urlopu zamiast 36 dni.
3. Wykonawca NORD błędnie odlicza kwotę dofinansowania z PFRON. Zgodnie z informacją ze strony <https://www.pfron.org.pl/pracodawcy/dofinansowanie-wynagrodzen/wysokosc-dofinansowania-do-wynagrodzen->

pracownikow-niepełnosprawnych/, w pierwszej kolejności należy zsumować wszystkie koszty pracy i od tej kwoty odjąć dofinansowanie.

4. Z przedstawionej przez NORD kalkulacji wynika, iż podstawą obliczenia kosztów urlopu jest kwota wynagrodzenia pracownika pomniejszona o dofinansowanie z PFRON, co by znaczyło, że pracownik na urlopie zarabia mniej. Odwołujący przedstawił prawidłową kalkulację ceny oferty przy założeniach wymiaru urlopowego w ilości 37 dni oraz z uwzględnieniem absencji chorobowej w wymiarze 10 dni oraz prawidłowego wyliczenia dofinansowania.

W odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum DOGMAT Odwołujący podniósł, że kalkulacja przygotowana przez Konsorcjum DOGMAT jest niezrozumiała, chaotyczna i już chociażby z tego względu Zamawiający nie powinien przyjąć wyjaśnień jako skuteczne.

Konsorcjum w ogóle nie wzięło pod uwagę absencji chorobowych, co podwyższa koszty pracownicze. Konsorcjum nie przedstawiło kalkulacji, w jaki sposób obliczono uśredniony koszt roboczogodzin w tabeli zbiorczej (druga pozycja).

Konsorcjum w pkt 4 pierwszej tabeli uwzględniło zarówno wymiar urlopu 26 dni jak i 36 dni - co sugeruje, że wykonawca zamierza skierować zarówno pracowników z orzecznym stopniem niepełnosprawności oraz bez takiego orzeczenia. W konsekwencji oznacza to, że Konsorcjum może nie otrzymywać dofinansowania z PFRON na wszystkich pracowników delegowanych do realizacji usługi, co znacznie podroży koszty utrzymania personelu.

Powyższe wyliczenie jest sprzeczne z późniejszym oświadczeniem Konsorcjum:

Zgodnie ze specyfikacją i założeniami, pracownicy realizujący zadania ochrony mienia mogą być osobami posiadającą status osoby niepełnosprawnej, co wiąże się z otrzymaniem dofinansowania do wynagrodzenia. Głównym czynnikiem generującym atrakcyjność ceny jest właśnie fakt realizacji zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności minimum w stopniu umiarkowanym. Kalkulacja zakłada zatrudnienie takich osób.

Niespójność wyjaśnień w tym zakresie dyskwalifikuje je pod względem przydatności do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający musi mieć wiedzę, czy wszyscy pracownicy skierowani do realizacji zamówienia posiadają stopień niepełnosprawności, a jeśli tak, to jaki, ponieważ od tych okoliczności zależy wysokość kosztów utrzymania pracowników a w konsekwencji też pułap rentowności kontraktu.

Odwołujący podniósł, że wezwanie do wyjaśnień ceny oferty zawierało precyzyjny zakres informacji, których Zamawiający żądał od wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy było wyliczenie kosztów dla tych wszystkich elementów, które wskazał Zamawiający. Tymczasem wyjaśnienia albo bardzo lakonicznie odnoszą się do wymienionych przez Zamawiającego elementów, albo też Konsorcjum zupełnie pominęło te okoliczności.

Nie można się zgodzić z argumentacją, iż: *Koszty związane z ubezpieczeniem firmy, administracją i innymi pochodnymi, są kosztami które konsorcjum firm już poniosło, stąd nie uwzględniono ich w kalkulacji.* Wymienione przez Konsorcjum DOGMAT koszty będą musiały być wbrew twierdzeniom wykonawcy ponoszone podczas realizacji zamówienia. To wszystko są koszty, których nie jest możliwe skompensować niejako przed kontraktem na przyszłość.

Podsumowując, Odwołujący podkreślił, że zarówno Konsorcjum DOGMAT, jak i wykonawca NORD nie wyjaśnili skutecznie ceny oferty, które uwzględniając prawidłowe wyliczenie kosztu są nierealistyczne zarówno w odniesieniu do jednego, jak i drugiego wykonawcy.

Wykonawca Nord Security Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie dopostępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący, pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wskazał, że jego oferta została skalkulowana prawidłowo, a zaoferowana kwota pozwala na rzetelną realizację przedmiotowego zamówienia. Przedstawione Zamawiającemu wyliczenia są prawidłowe – oparte są na obowiązujących przepisach oraz doświadczeniu wykonawcy, który od 17 lat profesjonalnie zajmuje się wykonywaniem usług ochrony osób i mienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Przystępujący wskazał, że wyliczenia kosztów płacy, z zachowaniem płacy minimalnej zostały przedstawione na podstawie ogólnie obowiązujących przepisów. Zamawiający, w toku badania ceny nie powziął żadnych wątpliwości, co do składanych oświadczeń, które uznał za prawidłowe i wiarygodne. Kalkulując cenę oferty wskazaliśmy Zamawiającemu na uwzględnione przez nas indywidualne czynniki, które w głównej mierze decydowały o wysokości zaoferowanej ceny, za jaką jesteśmy w stanie zrealizować zamówienie. Nasze wyliczenia są szczegółowe i wyczerpują katalog kosztów, jakie są do poniesienia przy realizacji przedmiotowego Zamówienia. Dodatkowym argumentem potwierdzającym prawidłową wysokość zaoferowanej ceny jest fakt, że druga złożona w postępowaniu oferta opiewa na cenę bardzo zbliżoną – jest na podobnym poziomie (nieznacznie wyższa).

Przystępujący podniósł, że jak sam Odwołujący wskazuje, powołując się na wyrok Izby z dnia 3 kwietnia 2023r. (KIO 780/23) – *nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów.* Nie można też przyjąć, że przedstawione Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia bez przedstawienia dodatkowych dowodów (bez wskazywania, o jakie miałyby chodzić) są niewiarygodne. Przystępujący wskazał, że przywołał określone, indywidualne okoliczności, które w pełni uzasadniały zaoferowaną cenę, w tym zostały wymienione wszystkie elementy ceny, które są szczególnie dla

wykonawcy korzystne i pozwalają na skalkulowanie ceny na określonym poziomie. Przedstawione wyliczenia są szczegółowe, konkretne i merytoryczne.

Odnosnie zastrzeżeń w zakresie otrzymywania dofinansowania PFRON, to w założeniach płacowych w tabeli wskazano Zamawiającemu wprost, że do kalkulacji przyjęto osoby, które będą skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia, a które posiadają orzeczoną umiarkowaną stopień niepełnosprawności – i wyłącznie dla takich osób przyjęto wyliczenia, podając konkretną podstawę prawną uzyskania dofinansowania, mianowicie art. 26a ust. 1 pkt 2) 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.). Należy też zaznaczyć, że pomoc publiczna w postaci dofinansowania do zatrudnienia pracownika z orzeczoną stopniem niepełnosprawności przysługuje „każdemu” – nie trzeba posiadać statusu Zakładu Pracy Chronionej, by móc korzystać z tej formy pomocy – w związku z czym nie ma potrzeby przedstawiania dodatkowych dowodów, gdyż nie dają one podstawy to przyjmowania za pewnik, że określona pomoc danemu wykonawcy się należy. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z ogólnie dostępnych publicznych rejestrów wynika, czy dany wykonawca korzysta z określonej formy dofinansowania i jakiegokolwiek dodatkowe dowody nie dają Zamawiającemu dodatkowej wiary – ponad złożone przez wykonawcę oświadczenia. Wszystkie informacje są publicznie dostępne do zweryfikowania poprzez: „*wyszukiwarkę pomocy publicznej otrzymywanej przez beneficjenta*”, dostępnej na stronie: sudop.uokik.gov.pl. Złożone oświadczenie oraz szczegółowe wyliczenie kosztów płacy osoby z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności są wystarczające do przyjęcia, że wykonawca będzie korzystał z takiej formy pomocy.

Niezależnie od powyższych wyjaśnień Przystępujący przedstawił *pismo Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z informacją o kwocie przysługującego dofinansowania za poprzedni okres rozliczeniowy tj. grudzień 2023 r.*

Przystępujący wskazał, że zgodnie z przedstawionym wyjaśnieniem, w firmie Przystępującego funkcjonuje dział kadr, w oparciu o osoby posiadające uprawnienia do przeprowadzenia szkoleń bhp, których to kosztów wykonawca dodatkowo nie ponosi. Zatrudniona w firmie osoba na stanowisku *Specjalista ds. kadr, płac i bhp* przeprowadza niezbędne szkolenia w czasie swojej pracy i w ramach swoich obowiązków. Wykonawca nie ponosi z tego tytułu dodatkowych kosztów, z uwagi na jej stałą pensję i zakres obowiązków. Przystępujący przedstawił Aneks do umowy o pracę Nr 1/2011, na potwierdzenie faktu zatrudnienia w firmie Nord Security Sp. z o.o. osoby na stanowisku *Specjalisty ds. kadr, płac i bhp* wraz z oświadczeniem pracownika nt. przeprowadzanych szkoleń BHP.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących kosztu wstępnych oraz okresowych badań lekarskich na poziomie 100 zł brutto, Przystępujący wskazał, że jest to nieznaczna kwota w całości realizacji zamówienia i w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę wynosi 2 grosze, co zostało wskazane szczegółowo w przedstawionych wyliczeniach i w wyjaśnieniach uwzględnione. Przystępujący przedstawił dwie ostatnie faktury wystawione przez Lekarza Medycyny Pracy, które potwierdzają ww. koszt badań lekarskich.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących umundurowania, Przystępujący wskazał, że szczegółowo przedstawił tę informację Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach i nie można przyjąć, że zostało to przedstawione w sposób nieprawidłowy. Zamawiający na podstawie informacji zawartych w specyfikacji wymagał, aby do realizacji zamówienia skierować osoby legitymujące się odpowiednim, wysokim doświadczeniem w pracy na podobnych obiektach – w związku z czym należy przyjąć, że będą to pracownicy wykonawcy, którzy już pracują u wykonawcy (posiadają na stanie umundurowanie) i zostaną skierowani do pracy u Zamawiającego z innych obiektów, i tym samym zagwarantują odpowiednio wysoki poziom realizowanej usługi. Tym samym należy przyjąć, że skoro są to pracownicy wykonawcy, którzy mają odpowiedni staż pracy i odpowiednie doświadczenie, to nie będą to nowozatrudnieni pracownicy, których trzeba na nowo umundurować i ponosić z tego tytułu pełne koszty. Idąc tokiem rozumowania składającego odwołanie wykonawcy, że to z zysku z tego konkretnego kontraktu należałoby pokryć koszt umundurowania, to żaden wykonawca nie spełni tego warunku, gdyż pierwszy zysk z obiektu Zamawiającego uzyska dopiero po pierwszym miesiącu realizacji zamówienia. Naturalnym i oczywistym jest, że profesjonalnie wykonujący usługi wykonawca, dbając również o swój wizerunek, wyposaży pracowników w czyste, schludne i odpowiednie umundurowanie - natomiast nie ma żadnych regulacji prawnych, które wskazywałyby, że to z tego konkretnego kontraktu wykonawca ma dokonać pokrycia pełnego kosztu umundurowania. Tym bardziej, że do realizacji zamówienia wykonawca skieruje zatrudnionych już u niego pracowników, którzy mają na stanie wydane umundurowanie. Przystępujący przedstawił karty mundurowe pracowników, których zamierza skierować do realizacji zamówienia oraz ostatnie faktury zakupowe, które uzupełniały stan mundurowy, a także dokument obrazujący stan magazynowy sporządzony na dzień 29.12.2023r., świadczący o tym, że wykonawca posiada zasoby mundurowe, które zaspokajają potrzeby realizacji zamówienia.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących kosztów nadzoru, pokrycia pozostałych kosztów – Przystępujący wyjaśnił, że

w wyjaśnieniu ceny wykazano zysk, który wcale nie jest na niskim poziomie, biorąc po uwagę stawki usług ochrony, realizowanych przy podobnych założeniach placowych, należy zatem przyjąć, że jest to średni poziom uzyskiwanego zysku przez firmy świadczące usługi ochrony. Jak wskazano Zamawiającemu, koszt zatrudnienia pracownika, bez uwzględniania jakiegokolwiek pomocy publicznej jest dla każdej z firm biorących udział w przetargu taki sam. Każda z firm biorących udział w przetargu po prostu skalkulowała sobie zysk na różnym poziomie. Lokalna firma Nord Security z siedzibą w Gdańsku być może ma mniejsze koszty utrzymania firmy, stąd też skalkulowała sobie mniejszy zysk. Pozostałe firmy biorące udział w postępowaniu być może mają większe koszty prowadzenia działalności – pensji zarządu czy kierownictwa, stąd też i założony przez te firmy zysk jest dużo większy.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących kalkulacji kosztów płacy Przystępujący wskazał że jest ona prawidłowa i oparta na ponoszonych realnych kosztach płacy. Mianowicie, odnośnie wynagrodzenia chorobowego – to na przestrzeni ostatnich kilku lat, odsetek (ilość) dni chorobowych w skali całego stanu zatrudnienia w firmie Nord Security Sp. z o.o. wyniósł około 1% i w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę całego stanu zatrudnienia wykonawcy – to koszt dni chorobowych w stosunku do ceny jednej roboczogodziny poniżej jednego grosza – i nie ujmuje się go w przedstawianych wyliczeniach – gdyż nie ma ona znaczenia dla wysokości ceny jednej roboczogodziny. Nie można przyjmować, że każdy z zatrudnionych pracowników wykorzysta 10 dni zwolnienia chorobowego, gdyż jest to (zważywszy na poprzednie lata) nierealne i zawyżałoby przedstawiany koszt płacy, jaki rzeczywiście ponosi wykonawca. Należy również mieć na uwadze, że do wynagrodzenia pracownika, przebywającego na zwolnieniu lekarskim również przysługuje dofinansowanie otrzymywane z PRFON w ramach pomocy publicznej do wynagrodzenia osoby niepełnosprawnej i koszt ten jest również niższy.

Odnosnie zastrzeżeń dotyczących zwiększonego wymiaru urlopu, zdaniem Przystępującego należy mieć na uwadze obowiązujące przepisy wskazujące na zwiększony wymiar urlopu, jaki należy jest osobie posiadającej umiarkowany stopień niepełnosprawności, mianowicie: na podstawie *art. 19 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.) należy wskazać, że (...) *Prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności*". Oznacza to, że nie każda osoba posiadająca umiarkowany stopień niepełnosprawności ma prawo do 36 dni urlopu wypoczynkowego. Niektóre osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności nadal mają prawo jedynie do 26 dni urlopu wypoczynkowego. My w naszych wyliczeniach uwzględniliśmy 36 dni dla każdego pracownika, przy czym nie każdy ma tak duży wymiar urlopowy. Podniesiony przez wnoszącego odwołanie argument o braku naliczenia jednego dodatkowego dnia urlopowego z tytułu siły wyższej jest bez znaczenia w obliczu uwzględnienia przez Przystępującego dla każdego z pracowników wymiaru 36 dni urlopu wypoczynkowego. Ponadto, co wynika z doświadczenia Przystępującego – na przestrzeni jedynie ostatnich 4 lat, jakie przeanalizowaliśmy, żaden z pracowników wykonawcy nie korzystał z urlopu tzw. „na żądanie”, który co prawda pomniejsza wymiar urlopu – ale daje to pewien obraz do kalkulacji kosztów, że jest on bez znaczenia w kontekście wyliczania kosztów płacy. Mając na uwadze również konkretnie wskazany przez wnoszącego odwołanie przepis dot. urlopu z tytułu siły wyższej, to od dnia wejścia w życie tego przepisu, nikt z pracowników wykonawcy nie korzystał z tego urlopu i tym bardziej nie można zakładać w przedstawionych wyliczeniach, że miałby z niego korzystać każdy z zatrudnionych pracowników i koszt ten należałoby ująć w przedstawianych wyliczeniach. Abstrahując od powyższych wyjaśnień, to koszt jednego dodatkowego dnia urlopu wobec przedstawionych przez wyliczeń jest kosztem poniżej 10 groszy – w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę, to biorąc pod uwagę przedstawiony w wyliczeniach zysk, jest on bez większego znaczenia dla realizacji niniejszego zamówienia.

Przystępujący wskazał dodatkowo, że korzysta z dofinansowań do wynagrodzeń zatrudnionych osób niepełnosprawnych oraz posiada wewnętrzny, własny dział kadr i płac oraz księgowość. Posiada szczegółową wiedzę i kwalifikacje, aby w sposób prawidłowy wyliczyć ponoszony koszt płacy zatrudnionego pracownika. Koszt należnego pracownikowi urlopu wypoczynkowego oblicza się po koszcie płacy zatrudnionej osoby niepełnosprawnej. Należy jasno odróżnić dwie sytuacje, które myli Odwołujący, mianowicie – jeżeli pracownika przebywającego na urlopie, zastępuje pracownik również posiadający stopień umiarkowany, to koszt jego urlopu liczony jest wg. kosztu płacy osoby niepełnosprawnej, a więc po odjęciu dofinansowania. Tak też zostało to przedstawione w wyjaśnieniach – i jest to prawidłowy sposób wyliczania kosztu urlopu. W przedstawionych przez Zamawiającemu wyliczeniach wskazano, że Przystępujący oparł je wyłącznie na koszcie płacy osób posiadających orzeczony umiarkowany stopień niepełnosprawności, bo takie osoby zostaną skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia.. Biorąc pod uwagę powyższe, chybionym i całkowicie bezpodstawnym jest twierdzenie Odwołującego, że „pracownik przebywający na urlopie zarabia mniej”. Generalnie pracownik, który jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę i osiąga ustalone wynagrodzenie brutto – zawsze „zarabia” tyle samo. To pracodawca jest uprawniony do otrzymania dofinansowania i *a contrario* pracownik, na którego pracodawca otrzymuje dofinansowanie wcale – „nie zarabia więcej”. Jest to błędne wnioskowanie, wprowadzające Izbę w błąd i świadczące o braku wiedzy Wykonawcy w zakresie wyliczania kosztów

placy.

Ponadto, kwestie naliczeń zarówno składek ubezpieczeń społecznych, wymiaru urlopu oraz otrzymywania dofinansowania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych regulują konkretne, przywołane wyżej podstawy prawne i to one są bazą do tworzenia wyliczeń, a nie zakładka na stronie internetowej, którą przywołał Odwołujący.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący w równoległym toczącym się postępowaniu na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty na usługi ochrony osób i mienia Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego (ZP/TP/6/GTS/23) będąc samemu wezwanym do wyliczenia ceny czyni to sposób bardzo uproszczony i lakoniczny. Powyższa sprawa ma o tyle znaczenie, że podważa wiarygodność składającego odwołanie w świetle składanych przez niego zarzutów. Przystępujący wskazał też na treść pisma Odwołującego z dnia 12 grudnia 2023r.

Mając powyższe na uwadze, Przystępujący wyjaśnił, że zaoferowana przez niego stawka jednej roboczogodziny w wysokości: 28,13 zł netto pozwala na rzetelną realizację przedmiotowego zamówienia. Cena oferty została wyliczona w oparciu o obowiązujące *Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024r., (Dz.U. 2023 poz. 1893)*. Pracownicy będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem 4 242 zł brutto do dnia 30 czerwca 2024r. oraz 4 300 zł brutto od dnia 01 lipca 2024r. Firma Nord Security Sp. z o. o. otrzymuje z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych dofinansowanie (pomoc publiczną) do wynagrodzenia zatrudnionego pracownika (posiadającego umiarkowany stopień niepełnosprawności) w kwocie 1 350 zł. Dofinansowanie to pozwala pracodawcy obniżyć koszt zatrudnienia pracownika, co szczegółowo przedstawiamy w załączonych niżej wyliczeniach.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wyjaśnił, że traktuje przedmiotowe zamówienie również jako formę promocji, dzięki której może otrzymać dodatkowe referencje przydatne przy kolejnych przetargach i negocjacjach z innymi instytucjami o charakterze kulturalnym. Teatr Muzyczny w Gdyni jest rozpoznawalną instytucją o wysokiej renomie i dużej rozpoznawalności, co może się przełożyć na kolejne zlecenia. Powyższe twierdzenia potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2542/11), który precyzuje, że pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenie pieniężne, lecz każdy inny rodzaj korzyści, które wykonawca akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia.

Zaoferowana cena nie powoduje ryzyka niskiej jakości usługi. Jest to cena rynkowa, gwarantująca rzetelne wykonanie usługi. Ponadto zaoferowana stawka jest zbliżona do stawek usług ochrony, jakie pojawiają się w przetargach publicznych o świadczenie usług ochrony po 01 stycznia 2024r. Jak obecnie wskazuje orzecznictwo, za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert. W wyroku z dnia 28 marca 2013 r. KIO przyjął, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13).

Przystępujący podkreślił, że Nord Security Sp. z o. o. jest firmą o ugruntowanej pozycji na rynku i działa na terenie województwa pomorskiego od ponad 17 lat. Kapitał firmy nie opiera się jedynie o referencje wykonywanych usług tak jak tego Zamawiający wymagał w przedmiotowym zamówieniu, lecz o faktyczny majątek. Dodatkowo nasza firma ochrania również inne obiekty o dokładnie takich samych wymaganiach dot. realizacji usługi ochrony, za kwotę bardzo zbliżoną i usługi te wykonywane są rzetelnie i w sposób zgodny z zawartą umową. Oferta wykonawcy została skalkulowana rzetelnie w oparciu o rynkowe ceny, które oferowane są przez firmy z branży ochrony w przetargach organizowanych przez podmioty publiczne na rok 2024. Należy mieć też na uwadze, że przez cztery lata świadczyliśmy już usługi ochrony Teatru Muzycznego w Gdyni, przy takich samych założeniach płacowych i usługa ta była wykonywana prawidłowo oraz bez jakichkolwiek uwag. Zaoferowana w ofercie kwota pozwala na rzetelną realizację przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy NORD oraz uwzględnił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum DOGMAT.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wobec wyjaśnień złożonych przez wykonawcę NORD. W jego ocenie brak złożenia dowodów w wyjaśnieniach ceny w tym przypadku nie powinien stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia uwzględniają wymagane elementy składowe ceny oraz obrazują sposób kalkulacji i okoliczności, uwzględnione w oferowanej cenie. Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację kosztów płac na 2024 r. dla pracowników, którzy będą skierowani do realizacji zamówienia. Wykonawca oświadczył, że otrzymuje dofinansowanie z PFRON do wynagrodzenia zatrudnionych pracowników posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności w kwocie 1 350,00 zł na jednego pracownika. W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy NORD są spójne, logiczne i nie wskazują na rażąco niską cenę. Na tej podstawie wykonawca przedstawił w kalkulacji obniżenie kosztów zatrudnienia o przyznaną kwotę dofinansowania.

Odnosząc się do treści wezwania, Zamawiający wskazał, że ocenił wyjaśnienia wykonawcy uwzględniając, że zgodnie z SWZ, kalkulacja ceny oferty miała uwzględniać wskazane w wezwaniu składniki, jednakże nie wynika z tego, że obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, iż każdy z poszczególnych ww. elementów został zakupiony na świadczenie przedmiotowej usługi. W powyższym zakresie nie ulega wątpliwości, iż wykonawcy świadczący usługi dla szerokiego grona odbiorców ponoszą koszty w ramach całego przedsiębiorstwa. W związku z tym Zamawiający nie kwestionuje, iż skoro umundurowanie jest wykorzystywane przez pracowników w ramach innych usług ochrony świadczonych przez wykonawcę do wyposażenia to może być użyte w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający uwzględnił także fakt, że Przystępujący realizował dla Zamawiającego usługi ochrony w poprzednich latach i realizował je zgodnie z umową i nie było w tym zakresie zastrzeżeń. W ocenie Zamawiającego, dowody nie są wymagane w każdym przypadku, a ich brak nie skutkuje automatycznie obligatoryjnym odrzuceniem oferty, co potwierdza orzecznictwo przywołane przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Nord Security Sp. z o. o. do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego w zakresie, w którym zarzuty odwołania dotyczą oferty ww. wykonawcy. Wykonawca Nord Security Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust.4 Pzp z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum DOGMAT, przy jednoczesnym braku przystąpienia ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę Nord Security Sp. z o. o.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę NORD do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 224 ust. 2 Pzp. Zamawiający w wezwaniu wskazał szczegółowo zakres wyjaśnień, których wymagał od wykonawcy:

„Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, w celu ustalenia czy w zaoferowanej przez Państwa cenie roboczogodziny zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w określone przez Zamawiającego w rozdziale XIV pkt 5 SWZ, tj. między innymi:

- *koszty pracy – wynagrodzeń, dodatków (w tym: za pracę w godzinach nocnych), podatków, ubezpieczeń społecznych, urlopów, PPK (jeśli dotyczy)*
- *koszty grupy patrolowo-interwencyjnej,*
- *koszty sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia,*
- *koszty środków łączności określonych przez Zamawiającego,*
- *koszty umundurowania, prania (odzież letnia i zimowa oraz obuwie dla wszystkich pracowników pełniących dyżury u Zamawiającego),*
- *koszty administracyjne – nadzór, ubezpieczenie, badania okresowe, szkolenia, itp.*
- *zysk firmy.”*

Zamawiający zażądał, zgodnie z dyspozycją art. 224 Pzp, złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, co wyraźnie zaznaczył w treści wezwania.

Wykonawca NORD złożył wyjaśnienia pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. W ramach złożonych wyjaśnień wykonawca przedstawił bardzo ogólne oświadczenia o uwzględnieniu w cenie oferty wszystkich elementów składowych świadczenia w celu realizacji zamówienia oraz kalkulację wynagrodzenia w formie tabeli „Koszt płacy 2024 – umowa o pracę”.

Wykonawca nie przedstawił kalkulacji, która zawierałaby wycenę kosztów pozostałych elementów wyszczególnionych w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego, tj. kosztów grupy patrolowo-interwencyjnej, kosztów sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, kosztów środków łączności określonych przez Zamawiającego, kosztów umundurowania, prania (odzież letnia i zimowa oraz obuwie dla wszystkich pracowników pełniących dyżury u

Zamawiającego), kosztów administracyjnych – nadzór, ubezpieczenie, badania okresowe, szkolenia, itp., zysku.

Wykonawca w sposób ogólny wskazał w wyjaśnieniach, że takie koszty, jak koszty ewentualnego podłączenia do własnego centrum nadzorującego sygnałów wychodzących z systemów alarmowych zainstalowanych na obiekcie, wszelkie pozostałe koszty, jakie mogłyby się pojawić w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia zostaną pokryte z wypracowanego zysku.

Ponadto, wykonawca stwierdził, że „wszystkie pozostałe koszty ogólnozakładowe, nadzoru nad realizacją zamówienia oraz koszty patrolu interwencyjnego zostały skalkulowane w oparciu o całość działalności firmy. Koordynator – to zatrudniony w firmie Dyrektor ds. ochrony, który ma stałą pensję związaną z ogólnym nadzorem w firmie i bez względu na to, czy będziemy realizować to zamówienie, to jego pensja nie jest uzależniona od danego obiektu. Dodatkowe koszty związane np. z patrolem interwencyjnym nie uwzględniamy w oparciu o jeden dodatkowy nowy kontrakt, gdyż jego zadania związane są ogólną działalnością firmy i jeden dodatkowy obiekt nie podnosi kosztów jego funkcjonowania”.

W kwestii dodatkowego sprzętu, jaki należy przeznaczyć do realizacji zamówienia, wykonawca NORD wskazał, że należy mieć tu na względzie, iż „niezbędny sprzęt jak i umundurowanie pracowników ochrony zostało już w pełni zamortyzowane i stanowi naszą własność - nie potrzebujemy dokonywać dodatkowych zakupów i ponosić jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tym związanych. Niezbędne wyposażenie pracowników ochrony, jakie trzeba będzie zadysponować stanowi już w pełni naszą własność. Ponadto nasza firma posiada duże zasoby mundurowe, które stanowią już naszą własność – zostały zakupione z zysków z pozostałej działalności firmy w latach ubiegłych i nie będziemy ponosić żadnych dodatkowych kosztów z tego tytułu.”

Jeżeli chodzi o dodatkowe elementy dot. szkoleń bhp itp. – wykonawca NORD wyjaśnił, że *w naszej firmie funkcjonuje dział kadr, w oparciu o osoby posiadające uprawnienia do przeprowadzenia szkoleń bhp, których to kosztów nie ponosimy. Zatrudniona w firmie kadrowa przeprowadza niezbędne szkolenia w czasie swojej pracy i czy trzeba będzie dodatkowo przeszkolić nowe osoby, czy też nie – nie ponosimy z tego tytułu dodatkowych kosztów, z uwagi na jej stałą pensję i jej zakres obowiązków. Dział kadr utrzymywany jest z innej działalności firmy, w szczególności ochrony dużych imprez masowych”.*

W zakresie kosztu badań lekarskich – wykonawca NORD wyjaśnił, że *obecnie pracujący w zasobach naszej firmy pracownicy ochrony posiadają aktualne badania, wydane na okres 2 lat. Firma Nord Security Sp. z o.o. ma podpisaną umowę z zakładem medycyny pracy i koszt jednorazowych badań lekarskich wydawanych na 2 lata to 100 zł. Gdy kwotę tę podzieli się na okres obowiązywania zaświadczenia – 2 lat, to daje to kwotę 4,16 zł miesięcznie, co w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę (4,16/168h) daje to kwotę 0,02 zł. (słownie: dwa grosze), a i tak nie będzie on dotyczył wszystkich pracowników, bo większość ma aktualne badania, których koszt został już przez nas poniesiony.”*

Wykonawca NORD nie przedłożył w załączeniu do wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stan faktyczny i prawny ustalony w niniejszej sprawie, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NORD, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, zważywszy, że złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny. Ocena wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę na okoliczność kalkulacji ceny oferty została dokonana przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy. W ocenie Izby, Zamawiający nieprawidłowo uznał, że powyższe wyjaśnienia dostatecznie uzasadniają zaproponowaną cenę w ofercie wykonawcy NORD.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. To wykonawca ma obowiązek wykazać, że wszelkie twierdzenia i kalkulacje przedstawiane w wyjaśnieniach nie są gołosłowne i w tym zakresie przedstawić stosowne, wiarygodne dowody.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy wykonawca NORD nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach (w formie własnych oświadczeń wykonawcy). Należy zatem stwierdzić, że w tym zakresie wyjaśnienia ceny oferty złożone przez wykonawcę NORD są niezgodne zarówno z dyspozycją art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek żądać wyjaśnień wraz dowodami, jak również nie są zgodne z treścią wezwania, w którym Zamawiający wprost sam wskazał, że oczekuje złożenia przez wykonawcę dowodów.

Przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie

uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z treści przytoczonego powyżej przepisu wynika jednoznacznie, że wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia wraz z dowodami, pod rygorem odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę.

W tym miejscu Izba wskazuje, że dowody przedstawione przez Przystępującego na rozprawie, tj. pismo Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z informacją o kwocie przysługującego dofinansowania za poprzedni okres rozliczeniowy, tj. grudzień 2023 r., Aneks do umowy o pracę Nr 1/2011 wraz z oświadczeniem pracownika nt. przeprowadzanych szkoleń BHP, faktury wystawione przez Lekarza Medycyny Pracy, karty mundurowe pracowników oraz faktury zakupowe, dokument potwierdzający stan magazynowy sporządzony na dzień 29.12.2023 r., Izba uznała za spóźnione. Dowody powyższe powinny być bowiem złożone Zamawiającemu przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2023 r., tak aby Zamawiający mógł je ocenić na etapie badania i oceny wyjaśnień.

Podkreślić także należy, że wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne mają obowiązek uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty, jakie wiążą się z realizacją danego zamówienia. Na przykład, fakt zatrudnienia pracownika ds. kadr nie zwalnia wykonawcy z wyjaśnienia kosztów w zakresie kosztów ponoszonych na szkolenia bhp w związku z realizacją danego zamówienia. Podobnie należy traktować wszystkie inne koszty, które wykonawca musi ponieść jako przedsiębiorstwo proporcjonalnie do zakresu przedmiotu danego zamówienia. Nieuprawnione jest twierdzenie, że wykonawca nie ponosi tych kosztów.

Wykonawca NORD nie wykazał kosztów, jakie ponosi w związku ze szkoleniami BHP, nie wykazał żadnych kosztów administracyjnych, kosztów badań lekarskich, kosztów umundurowania, biorąc pod uwagę naturalne zużycie umundurowania, a także pozostałych kosztów. Podkreślić też należy, że niewiarygodne jest wyliczenie przez wykonawcę kwoty zysku, w sytuacji, gdy w tej kwocie ujęte są jakieś dodatkowe koszty, których wykonawca nie wskazał w przedstawionej kalkulacji, a jedynie uznał je za nieistotne. Nie można przyjąć zatem za wiarygodną kwotę zysku w wysokości 1460 zł netto miesięcznie, wskazaną przez wykonawcę NORD, jeśli z tej kwoty będą sfinansowane koszty, których wykonawca wprost nie wymienił nawet w kalkulacji i nie sprecyzował na etapie kalkulacji oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia uwzględniają wymagane elementy składowe ceny oraz obrazują sposób kalkulacji i okoliczności, uwzględnione w oferowanej cenie. Zgodnie z SWZ, kalkulacja ceny oferty miała uwzględniać wskazane w wezwaniu składniki, a zatem obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, iż konkretny koszt każdego z poszczególnych ww. elementów został skalkulowany w ofercie na świadczenie przedmiotowej usługi. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcy świadczący usługi dla szerokiego grona odbiorców ponoszą niektóre koszty w ramach całego przedsiębiorstwa, co nie oznacza, że koszty te można pominąć przy kalkulacji ceny danej usługi.

Sam fakt, że zaoferowana stawka jest zbliżona do stawek usług ochrony, jakie pojawiają się w przetargach publicznych na świadczenie usług ochrony po 01 stycznia 2024r, nie oznacza, że stawka ta jest prawidłowo wyliczona, biorąc pod uwagę warunki dostępne Przystępującemu. Każda stawka (cena oferty) powinna być skalkulowana w sposób indywidualny, odzwierciedlający możliwości i warunki działania danego wykonawcy.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wykonawca NORD nie wykazał, że zaoferowana w ofercie cena pozwala na rzetelną realizację przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia, w szczególności z pominięciem treści wezwania, które sam sformułował w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NORD Izba uznała za zasadny.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: