

Sygn. akt: KIO 3676/23

WYROK
z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jantar sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. w Słupsku, Sekret sp. z o.o. w Słupsku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **M.S., prowadzącego w Wejherowie działalność gospodarczą pod nazwą S. Security Biuro Ochrony Mienia, Marcin S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jantar sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. w Słupsku, Sekret sp. z o.o. w Słupsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jantar sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. w Słupsku, Sekret sp. z o.o. w Słupsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jantar sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. w Słupsku, Sekret sp. z o.o. w Słupsku** na rzecz **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku** kwotę **3.912 zł 65 gr** (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset dwunastu złotych sześćdziesięciu pięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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 3676/23

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2023 r., nr 2023/S 159-503563.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 6 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jantar sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. w Słupsku, Sekret sp. z o.o. w Słupsku, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny i wybranie jako najkorzystniejszej oferty S. Security Biuro Ochrony Mienia M.S., ul. Obrońców Helu 6a, 84-200 Wejherowo, zwanego dalej również „przystępującym”,

2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę, ponieważ złożone wyjaśnienia z dnia 14 i 22 listopada 2023r. nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,

2) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp,

3) ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że pismem z dnia 13 listopada 2023r. zamawiający na podstawie

art. 224 ust. 1 pzp, w związku z wątpliwościami co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymogami SWZ, poprosił przystępującego o:

1) wypełnienie załączonego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny;

2) potwierdzenie, że pracownicy Wykonawcy, którzy będą wykonywać czynności stałej i doraźnej ochrony fizycznej, monitoringu systemów alarmowych na wyznaczonych posterunkach ochrony oraz interwencji Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę (w liczbie nie mniej niż 35 osób - w przeliczeniu na etaty – 28 etatów) będą wykonywać te czynności na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465), za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę - ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 2207 ze zm.).

Kolejno odwołujący wskazał, że 14 listopada 2023r., wykonawca przesłał zamawiającemu wypełniony kalkulator i potwierdził, że wszyscy pracownicy, którzy będą wykonywać czynności stałej i doraźnej ochrony fizycznej, monitoringu systemów alarmowych na wyznaczonych posterunkach ochrony oraz interwencji, będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

Następnie odwołujący wskazał, że w związku ze złożonymi w dniu 14 listopada 2023r. wyjaśnieniami, zamawiający poprosił przystępującego o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie wypełnionego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny, tj:

1) poz. 7 – w jaki sposób wykonawca obliczył koszty związane z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych oraz wynagrodzenia chorobowego. „Proszę o wyliczenie powyższych kosztów.”

2) poz. 11 – brak wpisanego źródła dotacji lub dofinansowania oraz sposób obliczenia kwoty dotacji. Jest wpisana tylko kwota w wysokości 1.350,00 zł. Proszę o doprecyzowania tego zapisu.

3) poz. 18 – iloczyn poz. 16 i 17 nie odpowiada zaoferowanej kwocie w złożonej ofercie. Wartość netto z oferty to – 4 805 441,55 zł, natomiast z obliczeń w kalkulatorze poz. 18 to – 4.805.180,64 zł. Proszę wyjaśnić skąd ta różnica w wysokości 260,91 zł netto.

Następnie odwołujący wskazał, że pismem z dnia 22 listopada 2023 r. wykonawca przesłał zamawiającemu informację, że wyliczając świadczenie urlopowe pracownika ochrony w skali jednego miesiąca, do wyliczenia przyjął wynagrodzenie minimalne w wysokości 4.242 zł, plus dodatek za godziny nocne w wysokości 283,93 zł oraz składki ZUS w wysokości 893,42 zł. Tak obliczony miesięczny przychód w wysokości 5.419,34 zł podzielił na 21 dni średnio w miesiącu i pomnożył przez 26 dni wymiaru urlopu pracownika, a następnie podzielił przez 12 miesięcy w skali roku, otrzymując kwotę 559,14 zł.

Wykonawca złożył jeszcze dodatkową ogólną informację, że brak godzin nocnych oraz fakt otrzymywania dotacji z PFRONu, pokrywa w istotny sposób koszty wynagrodzeń, w związku z czym do kalkulacji przyjął kwotę o 200,00 zł mniejszą.

Ponadto wykonawca udzielił informacji, że w poz. 11 uwzględnił dofinansowanie do wynagrodzeń z PFRONu w wysokości 1.350,00 zł, tj. stawkę jaka przysługuje osobie ze stopniem umiarkowanym, a dofinansowanie jest otrzymywane co miesiąc i stanowi znaczny udział w przychodach firmy, pozwalając na pokrycie części kosztów związanych z wypłacaniem wynagrodzeniem.

W podsumowaniu wykonawca powołał się na identyczny sposób wyliczenia stawki, który przedstawił w KIO w innej ofercie, która rozstrzygnięta była na korzyść wykonawcy./wyrok sygn. akt KIO 2288/23./

W ocenie odwołującego, udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wskazują, że oferta złożona przez wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a przedmiotowe wyjaśnienia z dnia 14 i 22 listopada 2023 r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ponieważ są niekompletne, ogólne, nierzetelne i zawierające istotne błędy w wyliczeniu ceny oferty i jej istotnych części składowych.

I.I. Istotne błędy w obliczeniu ceny oferty wykonawcy i jej istotnych części składowych.

1. Błędny (zaniżony) wymiar urlopu wypoczynkowego przyjęty przez wykonawcę do obliczenia kosztu związanego z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych.

Odwołujący wskazał, że jednym z elementów składowych oferty wykonawcy oraz kalkulacji załączonej do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 14 i 22 listopada 2023 r. jest informacja, że przy realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca będzie korzystał z dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na każdy z 28 etatów – pracowników w stopniu umiarkowanym. Jednocześnie w kalkulacji, do obliczenia świadczenia urlopowego, wykonawca przyjął urlop w wymiarze podstawowym 26 dni, co jest sprzeczne z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zgodnie z którym osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Zatem kalkulacja zawiera istotny błąd, świadczący

o jej nierzetelności, dotyczący błędnej liczby dni urlopu wypoczynkowego przyjętej do obliczenia kosztu związanego z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych, która powinna wynosić 36 dni, a nie 26 dni.

W ocenie odwołującego, powołanie się przez wykonawcę w wyjaśnieniu z dnia 22 listopada 2023 r., na ogólną informację, że brak godzin nocnych oraz fakt otrzymywania dotacji z PFRONu, pokrywa w istotny sposób koszty wynagrodzeń, co uzasadnia obniżenie świadczenia urlopowego o kwotę 200,00 zł, nie zadośćuczyniło spełnieniu obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 Pzp wyczerpującego i rzetelnego wykazania przez wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego wykonawca nie sprecyzował jaką pomoc publiczną w wysokości akurat 200,00 zł dodatkowo otrzyma, w szczególności uwzględniając fakt, że już raz wykazał pomocy publiczną w poz. 11 kalkulatora w wysokości 1.350,00 zł. W ocenie odwołującego skuteczne powołanie się na pomoc publiczną może zostać dokonane tylko w oparciu o jednoznaczną i konkretną podstawę prawną, z uwzględnieniem sposobu jej wyliczenia.

Odwołujący wskazywał, że wysokość tej części składowej ceny oferty wzbudziła uzasadnione wątpliwości zamawiającego, który ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca obliczył koszty związane z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych oraz wynagrodzenia chorobowego.

Przyjmując do obliczeń wykonawcy prawidłowy wymiar urlopu wypoczynkowego w wysokości 36 dni, koszt świadczenia urlopowego w skali miesiąca powinien być wynosić 774,19 zł/m-c, a nie 359,14 zł/m-c, co wynika z następującego obliczenia: $5.419,34 \text{ zł} / 21 \text{ dni średniomiesięcznie} \times 36 \text{ dni urlopu} / 12 \text{ miesięcy} = 774,19 \text{ zł/m-c}$.

Zdaniem odwołującego wykonawca zupełnie bezzasadnie i bezprawnie, wbrew obowiązującemu przepisowi art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w sporządzonej kalkulacji, zaniżył wartość świadczenia urlopowego dla pracownika niepełnosprawnego z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, o ponad dwukrotną wartość, tj. o kwotę 415,05 zł/m-c, co w istotny i znaczący sposób wpłynęło na nieprawidłowość sporządzonej kalkulacji ceny i ostateczne obliczenie ceny oferty.

2. Brak określenia przez wykonawcę sposobu obliczenia wynagrodzenia chorobowego.

Odwołujący wskazał, że w związku ze złożonymi przez wykonawcę w dniu 14 listopada 2023 r. wyjaśnieniami, zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2023 r. poprosił wykonawcę o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie wypełnionego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny, tj. m.in.:

- poz. 7 – w jaki sposób wykonawca obliczył koszty związane z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych oraz wynagrodzenia chorobowego. „Proszę o wyliczenie powyższych kosztów.”

Zdaniem odwołującego o ile można uznać, że wykonawca w odpowiedzi z dnia 22 listopada 2023 r. wskazał sposób obliczenia kosztu związanego z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych, mimo że w sposób błędny, o tyle całkowicie zaniechał i w ogóle nie przedstawił sposobu wyliczenia kosztu wynagrodzenia chorobowego, co w istotny i znaczący sposób wpłynęło na nieprawidłowość sporządzonej kalkulacji ceny i ostateczne obliczenie ceny oferty.

3. Błędne (w zaniżonej wysokości) naliczenie przez wykonawcę wpłat na PPK.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 2 pkt 1 ppkt 40 w związku z art. 26 ustawy z dnia 04 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, podstawą naliczania wpłat na PPK jest wynagrodzenie rozumiane jako podstawa wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe. Wykonawca w kalkulacji naliczył koszty pracodawcy związane z PPK wyłącznie od kwoty wynagrodzenia zasadniczego, pomijając całkowicie i bezpodstawnie, istotny składnik wynagrodzenia, jakim jest dodatek za godziny nocne – poz. 4 kalkulatora (8 etatów / 28 etatów x 4.242,00 zł x 1,5% = 18,18 zł.). Prawidłowe obliczenie wpłat na PPK powinno wyglądać następująco: $8 \text{ etatów} / 28 \text{ etatów} \times 1,5\% \times (4.242,00 \text{ zł} + 283,93 \text{ zł}) = 19,40 \text{ zł}$.

Zdaniem odwołującego jest to kolejny błąd wykonawcy, który również w istotny i znaczący sposób wpłynął na nieprawidłowość sporządzonej kalkulacji ceny i ostateczne obliczenie ceny oferty.

I.II. Brak uwzględnienia przez wykonawcę kosztów niezbędnych do poniesienia w związku z wykonaniem zamówienia, wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia - dwuosobowych grupy interwencyjnych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca w kalkulatorze uwzględnił wyłącznie składniki cenowe dotyczące zadań pracowników stałej ochrony fizycznej (pkt 2.8.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia). Argumentował, że zgodnie treścią SWZ i Opiszem Przedmiotu Zamówienia przedmiotem zamówienia jest również podejmowanie działań interwencyjnych, dozór obiektów przy wykorzystaniu monitoringu elektronicznych urządzeń, podejmowanie działań grup interwencyjnych, zamykanie i otwieranie określonych obiektów i przekazywanie do depozytu kluczy do obiektów. Wykonawca w kalkulatorze w ogóle nie uwzględnił w/w kosztów, których poniesienie jest niezbędne przy wykonaniu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. W szczególności wykonawca nie uwzględnił:

- 1) kosztu utrzymania stacji monitoringu, łącznie z kosztem zatrudnienia pracowników monitoringu w części przypadającej na obiekty zamawiającego,
- 2) kosztu utrzymania grup interwencyjnych w 16 obiektach na terenie całego województwa pomorskiego, w tym w szczególności kosztu zatrudnienia pracowników patrolu w części przypadającej na obiekty zamawiającego,

- 3) kosztu przesyłu sygnałów do stacji monitorowania z obiektów zamawiającego,
- 4) bezpośrednio związanych z wykonaniem zamówienia i wprost wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, kosztów asystowania pracowników grupy interwencyjnej przy zamykaniu i otwieraniu obiektów oraz odbieraniu i przekazywaniu kluczy do obiektów (pkt. 2.8.2 podpunkt 7,8 opisu przedmiotu zamówienia).

Zdaniem odwołującego należy dodatkowo uwzględnić, że otwarcie/zamknięcie obiektów z dostarczeniem/odebraniem kluczy w asyście patrolu odbywa się w 15 z 16 obiektów zamawiającego, zgodnie z tabelą przedstawioną w pkt 2.3 Opisu przedmiotu zamówienia. Uwzględniając tylko koszty z tym związane należy przyjąć, że minimalny czas konieczny do przeznaczenia dla tej czynności wynosi jednorazowo z dojazdem i powrotem około 15 minut dla jednego obiektu, co przy 2 osobowej załodze patrolu, daje łącznie dla jednego obiektu następującą liczbę godzin dziennie i miesięcznie:

- a) dziennie: 2 osoby x 0,25 h x 2 razy dziennie = 1 h,
- b) dziennie dla wszystkich obiektów: 1 h x 15 obiektów = 15 h
- c) miesięcznie: 15 h x 21 dni = 315 godzin

Przyjmując minimalny koszt 1 godziny na poziomie wynikającym z minimalnego wynagrodzenia (4.242,00 zł + ZUS 17,19%) = 4.971,20 zł / 168 godzin = 29,59 zł/h, nieuwzględniony w kalkulatorze przez wykonawcę, koszt związany z asystą patrolu przy otwieraniu/zamykaniu obiektów z odbieraniem/dostarczaniem kluczy, wyłącznie na poziomie kosztów osobowych wynosi miesięcznie:

29,59 zł/h x 315 godzin = 9.320,85 zł

który w przeliczeniu na jeden etat pracownika ochrony osobowej wynosi: 9.320,85 zł / 28 etatów = 332,89 zł.

Powyższe koszty nie uwzględniają kosztu nabycia pojazdu, paliwa, nabycia (wynajmu) pomieszczenia, umundurowania pracowników itp.

Reasumując, zdaniem odwołującego kalkulacja ceny ofertowej i wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę zawierają n/w błędy i braki, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a więc zawierającej rażąco niską cenę, co oznacza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ:

- 1) błędny (zaniżony) wymiar urlopu wypoczynkowego przyjęty przez wykonawcę do obliczenia kosztu związanego z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych,
- 2) brak sprecyzowania i wyjaśnienia zasadności obniżenia kosztu związanego z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych o kwotę 200,00 zł,
- 3) brak określenia przez wykonawcę sposobu obliczenia wynagrodzenia chorobowego,
- 4) błędne (w zaniżonej wysokości) naliczenie przez wykonawcę wpłat na PPK,
- 5) brak uwzględnienia przez wykonawcę kosztu utrzymania stacji monitoringu, łącznie z kosztem zatrudnienia pracowników monitoringu w części przypadającej na obiekty zamawiającego,
- 6) brak uwzględnienia przez wykonawcę kosztu utrzymania grup interwencyjnych w 16 obiektach na terenie całego województwa pomorskiego, w tym w szczególności kosztu zatrudnienia pracowników patrolu w części przypadającej na obiekty zamawiającego,
- 7) brak uwzględnienia przez wykonawcę kosztu przesyłu sygnałów do stacji monitorowania z obiektów zamawiającego,
- 8) brak uwzględnienia przez wykonawcę kosztów asystowania pracowników grupy interwencyjnej przy zamykaniu i otwieraniu obiektów oraz odbieraniu i przekazywaniu kluczy do obiektów.

Odwołujący wskazał, że wyszczególnienie w/w niezgodności z przepisami prawa i wymogami opisu przedmiotu zamówienia w kalkulacji ceny oferty złożonej przez wykonawcę wraz z prawidłowym obliczeniem pozycji kalkulacyjnych oferty, stanowi tabela stanowiąca załącznik do jego odwołania. Argumentował, że wynik prawidłowych i poprawnych obliczeń wskazuje, że cena oferty wykonawcy powinna wynieść nie mniej niż 5.560.333,92 zł, a nie jak wskazał wykonawca 4.805.180,00 zł.

Zdaniem odwołującego, powyższe nieprawidłowości zawarte w kalkulatorze załączonym do wyjaśnienia ceny ofertowej wykonawcy z dnia 14 i 22 listopada 2023 r., powinny wzbudzić u zamawiającego wątpliwości, czy wykonawca dokonał rzetelnej kalkulacji zgodnej ze stanem faktycznym. W ocenie odwołującego zamawiający powinien na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odrzucić ofertę wykonawcy w wyniku uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, wobec faktu, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 i 22 listopada 2023 r. oraz dołączonym kalkulator są niekompletne, ogólne, nierzetelne, zawierające istotne błędy w obliczeniu ceny oferty i jej istotnych części składowych i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Na marginesie, odnosząc się do informacji wykonawcy, że identyczny sposób wyliczenia stawki, który „przedstawił w KIO w innej ofercie, która rozstrzygnięta była na korzyść wykonawcy (wyrok sygn. akt: KIO 2288/23)”, odwołujący wskazał, że formalnie korzystny dla wykonawcy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, mimo wielu zarzutów zgłaszanych przez odwołującego analogicznych jak w niniejszym postępowaniu, przy jednoczesnych deklaracjach składanych przez wykonawcę na rozprawie o pełnej gotowości do świadczenia usługi na warunkach wskazanych w ofercie, okazał się

całkowicie niewystarczający i nieistotny, ponieważ wykonawca ku ogromnemu zaskoczeniu i zdziwieniu ZUS Oddział w Słupsku, uchylił się od podpisania umowy, pozbawiając jednocześnie ZUS Oddział w Słupsku uprawnienia do zatrzymania kwoty wadium w wysokości kilkudziesięciu tysięcy złotych.

Odwołujący podniósł także, że w związku z wyborem przez zamawiającego oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W konsekwencji jako najkorzystniejsza została wybrana oferta zawierająca rażąco niską cenę, co oznacza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M.S., prowadzący w Wejherowie działalność gospodarczą pod nazwą S. Security Biuro Ochrony Mienia, M.S. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia przystępującego co do ceny ofertowej, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. *Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

2. *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*

- 1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*
- 2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

- 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7) *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- 8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do Umowy. (por. pkt 2.1.1. specyfikacji warunków zamówienia – SWZ)

Ustalono także, że w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do projektu umowy) zamawiający przewidział m.in.:

2.3 Zakres przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku, w tym w szczególności:

1. Zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej pracownikom, klientom, pracownikom firm zewnętrznych wykonującym zadania na podstawie umowy z Zamawiającym oraz gościom przebywającym na terenie obiektów Zamawiającego.

2. Całodobowe zapewnienie ochrony mienia i zasobów, którymi dysponuje Zakład Ubezpieczeń Społecznych w związku z realizacją zadań, w tym ochrona przed kradzieżą, zniszczeniem lub dostępem do nieuprawnionej informacji.

3. Interwencja w przypadku ingerencji osób, zagrażającej naruszenie dóbr osobistych osób przebywających w obiekcie, zagrażającej zniszczeniem mienia lub kradzieżom.

4. Kontrola ruchu osobowo-towarowego na terenie obiektów Zamawiającego.

5. Przeciwdziałanie zakłóceniom porządku publicznego i utrzymanie go w obiektach Zamawiającego.

6. Zamykanie i otwieranie obiektów przez wyznaczonych pracowników Zamawiającego lub pracowników ochrony w asyście pracowników grupy interwencyjnej.

2.4 Liczba osób oraz wymogi dotyczące zatrudnienia pracowników

1. Wymaga się, aby w zakresie stałej ochrony fizycznej przedmiot zamówienia był wykonywany przez co najmniej 28 etatów/ 35 osób w rozbiciu na poszczególne posterunki. Powyższe liczby etatów/osób nie obejmują wzmocnienia ochrony obiektów, w przypadku wprowadzenia stopni alarmowych przez Prezesa Rady Ministrów lub właściwego ministra ds. wewnętrznych.

2. Wykonawca lub Podwykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, z późn. zm.) wszystkich osób uczestniczących w realizacji zamówienia wykonujących czynności bezpośredniej stałej ochrony fizycznej osób i mienia, grupy interwencyjnej, monitoringu systemów alarmowych i monitoringu wizyjnego. Zamawiający nie wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę koordynatora. Wymiar etatu musi odpowiadać czasowi niezbędnemu do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia (w tym wszystkie roboczogodziny pracy posterunków w obiektach w ramach bezpośredniej stałej ochrony fizycznej), świadczonego przez każdego pracownika Wykonawcy lub Podwykonawcy.

4. Zamawiający w zakresie odnoszącym się do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, dopuszcza zatrudnienie na pełen etat oraz w wymiarze nie mniejszym niż 0,5 etatu.

5. Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia stabilnej obsady personalnej i zminimalizowania ewentualnych rotacji kadrowych:

1) wprowadzenia systemu zastępstw dla zapewnienia ciągłości usługi ochrony;

2) w przypadku krótkotrwałej nieobecności pracownika (spowodowanej np. chorobą) Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia na czas zastępstwa personelu przeszkolonego w zakresie realizacji usługi;

3) zmiany personalne są możliwe jedynie w razie wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń losowych (pod tym pojęciem rozumie się również rozwiązanie stosunku prawnego pracownika ochrony z Wykonawcą/Podwykonawcą).

2.8.2 Zadania stacji monitoringu i grupy interwencyjnej

1. Stacja monitorująca, po odebraniu sygnałów alarmowych, powiadamia odpowiednie ze względu na lokalizację osoby upoważnione oraz wysyła grupę interwencyjną.

2. Określa się maksymalnie 3 minutowy czas na odwołanie sygnałów alarmowych przez pracowników ochrony lub osoby upoważnione, po obowiązkowym podaniu wcześniej uzgodnionego hasła.

3. Grupy interwencyjne podejmują działania po otrzymaniu sygnałów alarmowych od pracowników ochrony, stacji

monitorującej bądź od innych osób upoważnionych, w szczególności w ramach odbioru/dostarczania kluczy do wskazanych obiektów Zamawiającego.

4. Do zakresu działań grupy interwencyjnej należy między innymi:

1) powiadomienie odpowiednich osób ze strony Zamawiającego i Wykonawcy ochrony o zaistniałych zdarzeniach;

2) przybycie na alarmujący obiekt w czasie nie dłuższym niż 15 minut w ciągu dnia 10 minut w godzinach nocnych od momentu otrzymania zawiadomienia lub wezwania;

3) podjęcie niezbędnych działań w przypadku stwierdzenia zagrożenia, próby naruszenia dóbr osobistych, materialnych lub innych sytuacji, w szczególności dokonanie obchodu obiektu, ze zwróceniem szczególnej uwagi na stan zabezpieczenia przed niepowołanym dostępem;

4) podjęcie działań mających na celu minimalizację ewentualnych szkód wynikających w szczególności z awarii sieci wodno-kanalizacyjnych oraz centralnego ogrzewania w obiekcie;

5) realizacja działań, o których mowa w pkt 3 i 4, do chwili przybycia przedstawiciela Zamawiającego lub wyznaczonej przez niego osoby;

6) po zakończeniu interwencji złożenie Zamawiającemu notatki służbowej z przebiegu interwencji;

7) asystowanie pracownikom ochrony świadczącym usługę bezpośredniej ochrony fizycznej lub pracownikom Zamawiającego przy zamykaniu i otwieraniu obiektów;

8) odbieranie kluczy od obiektów i przekazywanie ich do depozytu oraz dostarczanie kluczy do obiektów w celu ich otwarcia.

5. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania grupy interwencyjnej raz w miesiącu dla każdego obiektu Zamawiającego w ramach sprawdzenia prawidłowości świadczenia usługi.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) wykonawcy Monster-Group sp. z o.o. z ceną 467 892,00 PLN,

2) konsorcjum Impel Security Solutions sp. z o.o. z ceną 9 591 795,82 PLN,

3) konsorcjum Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z ceną 8 845 786,00 PLN,

4) przystępującego z ceną 5 910 693,11 PLN,

5) odwołującego z ceną 6 197 619,96 PLN,

6) konsorcjum Solid Security sp. z o.o. z ceną 9 450 020,20 PLN,

7) konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT sp. z o. o. z ceną 6 433 912,66 PLN.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 9 187 220,37 zł brutto.

(por. informacja z o ww. kwocie, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2023 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, w związku z wątpliwościami co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymogami SWZ, poprosił przystępującego o:

1) wypełnienie załączonego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny;

2) potwierdzenie, że pracownicy Wykonawcy, którzy będą wykonywać czynności stałej i doraźnej ochrony fizycznej, monitoringu systemów alarmowych na wyznaczonych posterunkach ochrony oraz interwencji Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę (w liczbie nie mniej niż 35 osób - w przeliczeniu na etaty – 28 etatów) będą wykonywać te czynności na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465), za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę - ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 2207 ze zm.).

(por. wezwanie z dnia 13 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 14 listopada 2023 r.

W wyjaśnieniach tych przystępujący potwierdził, że wszyscy pracownicy, którzy będą wykonywać czynności stałej i doraźnej ochrony fizycznej, monitoringu systemów alarmowych na wyznaczonych posterunkach ochrony oraz interwencji, będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Przystępujący przesłał także zamawiającemu wypełniony kalkulator. W kalkulatorze podał następujące informacje:

Lp.	Czynniki cenotwórcze (z uwzględnieniem wszystkich pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia, zarówno przez Wykonawcę, jak i Podwykonawcę, zatrudnionych na umowę o pracę)	Liczba pracowników / koszt lub kwota wyrażone w zł (bez podatku VAT)
1	Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia	35
2	Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia (z poz. 1) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów	28
2a	Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów, w wieku powyżej: -55 lat - kobiety- 60 lat – mężczyźni dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na: Fundusz Pracy- FGŚP (jeżeli dotyczy)	20
3	Koszty dla 1 (jednego) pełnego etatu, z tytułu wynagrodzenia zasadniczego, w ujęciu miesięcznym 1 (z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia zgodnie z obowiązującą ustawą)	4.242,00 zł
4	Koszty związane w Pracowniczymi Planami Kapitałowymi (PPK), w ujęciu miesięcznym 2	Wskazać liczbę pracowników skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, którzy będą uczestniczyć w PPK: wskazać poniżej 8
5	Koszty innych składników wynagrodzenia wypłacanych pracownikom, w ujęciu miesięcznym 2	dodatek za pracę w porze nocnej godziny nadliczbowe inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie)
6	Koszty z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne finansowane przez płatnika, w ujęciu miesięcznym 2	ubezpieczenie emerytalne Ubezpieczenie rentowe ubezpieczenie wypadkowe -wskazać poniżej stopę procentową składki: 0,93% ubezpieczenie na Fundusz Pracy ubezpieczenie FGŚP
7	Koszty związane z zastępstwem pracowników, w ujęciu miesięcznym 2	świadczenia urlopowe wynagrodzenie chorobowe inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie)
8	Koszty wynikające z przepisów BHP, w ujęciu miesięcznym 2	odzież ochronna obuwie Szkolenie BHP środki ochrony osobistej inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie)
9	Koszty z tytułu wyposażenia osobistego pracowników, w ujęciu miesięcznym	umundurowanie środki łączności bezprzewodowej inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie)
10	Koszty administracyjne, w ujęciu miesięcznym 2	30,00 zł
	Koszty nadzoru nad pracownikami, w ujęciu miesięcznym 2	30,00 zł
11	Kwota dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych, w ujęciu miesięcznym 2 (jeżeli dotyczy): 1) źródło dotacji lub dofinansowania (np. PFRON): 2) konkretne i rzeczywiste informacje, z których jednoznacznie będzie wynikało w jaki sposób została wyliczona podana kwota dotacji lub dofinansowania:.....	1 350,00 zł
12	Inne koszty, w ujęciu miesięcznym 2	szkolenia Badania wstępne Badania okresowe inne koszty obsługi zamówienia (wymienić jakie, jeżeli dotyczy)
13	RAZEM koszt realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu, w ujęciu miesięcznym 2 (suma poz.: od 3 do 10 i poz. 12, pomniejszone o poz. 11)	4 751,02 zł
14	RAZEM koszt realizacji zamówienia dla wszystkich etatów, w ujęciu miesięcznym (iloczyn poz. 2 i poz. 13)	133 028,56 zł

15	Kwota zysku, w ujęciu miesięcznym	448,68 zł
16	RAZEM, w ujęciu miesięcznym (suma poz. 14 i poz. 15)	133 477,24 zł
17	Liczba miesięcy realizacji zamówienia(wskazać zgodnie z warunkami realizacji niniejszego zamówienia)	36
18	CENA całkowita oferty bez podatku VAT w zł(iloczyn poz. 16 i poz. 17)	4 805 180,64 zł
19	Liczba wszystkich roboczogodzin przewidzianych dla całego okresu realizacji zamówienia (zgodna z wymogami, określonymi przez Zamawiającego)	168780,5
20	Koszt 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT w zł(iloraz poz. 18 i poz. 19)	28,47 zł

(por. wyjaśnienia przystępującego z dnia 14 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w celu oceny poprawności danych dotyczących kosztów pracy wskazanych w przesłanych przez przystępującego kalkulatorze, Zamawiający powołał biegłego. W dniu 15 listopada 2023 roku biegły wydał opinię, w której biegły stwierdził, że:

Ad. poz. 3 kalkulatora: Koszty dla 1 (jednego) pełnego etatu, z tytułu wynagrodzenia zasadniczego, w ujęciu miesięcznym (z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia zgodnie z obowiązującą ustawą)

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (poz. 1893) minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2024 r. wyniesie 4 242 zł, natomiast od 1 lipca 2024 r. 4 300 zł.

W kalkulacji wskazano kwotę średniego wynagrodzenia zasadniczego w ujęciu miesięcznym brutto przypadającego na 1 pełny etat dotyczący pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zadania w wysokości 4 242 zł. Kwota ta jest tożsama w wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę, które będzie obowiązywało od 1 stycznia 2024 r.

Brak informacji, czy faktyczne wynagrodzenie na 1 pełny etat wyniesie 4 242 zł (wynagrodzenie minimalne), czy zostanie ustalone w innej wysokości. Z uwagi na to, że część pracowników skierowanych do realizacji zadania jest zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy, pozwala to na wyciągnięcie wniosku, że faktyczne średnie wynagrodzenie wyniesie 5 302,50 zł ($4\,242\text{ zł} / 28 * 35$). Jeśli natomiast by przyjąć, że wynagrodzenie na 1 etat będzie ustalone w wysokości wynagrodzenia minimalnego, to średnie wynagrodzenie w przeliczeniu na 28 etatów wyniosłoby 3 393,60 zł.

Bez względu na to wskazane wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego gwarantowanego przepisami prawa.

Ad. poz. 4 Kalkulatora: Koszty związane z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi (PPK) w ujęciu miesięcznym

Zgodnie z art. 26 ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 46 t.j.) wysokość wpłaty podstawowej finansowanej przez podmiot zatrudniający wynosi 1,5% wynagrodzenia. Podstawę naliczenia wpłat do PPK stanowi wynagrodzenie uczestnika PPK. Przez wynagrodzenie należy rozumieć podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, o której mowa w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych.

W kalkulacji wskazano 8 pracowników-uczestników PPK. Podstawa naliczenia wpłat PPK dla tej grupy osób wynosi 33 936 zł ($4\,242\text{ zł} \times 8$) (o ile będą to pracownicy zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy). Wpłata podstawowa pracodawcy wynosi 509,04 zł ($33\,936\text{ zł} \times 1,5\%$). W uśrednieniu na 1 etat pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia (28 et.) daje to kwotę 18,18 zł/et. ($509,04\text{ zł} / 28\text{ et.}$).

Można uznać, że w kalkulacji prawidłowo wskazano kwotę wpłaty podstawowej PPK finansowanej przez podmiot zatrudniający w przeliczeniu na 1 etat pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia.

Ad. poz. 5 Kalkulatora: Koszty innych składników wynagrodzenia wypłacanych pracownikom, w ujęciu miesięcznym-dodatek za pracę w porze nocnej

Zgodnie z przepisami art. 1518 §1 Kodeksu pracy (Dz. U. z 1974 r. Nr 24 poz. 141) pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Z wskazanej kwoty wynika, że kalkulacji dokonano w oparciu o średniomiesięczny czas pracy obowiązujący dla roku 2024 r., który wynosi 2008 h. Średniomiesięcznie daje to czas pracy w wymiarze 167,333 h. Przy przyjęciu wynagrodzenia minimalnego przeciętne wynagrodzenie 1 etat pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia wyniesie 3393,60 zł ($4\,242\text{ zł} / 35 \times 28$).

Kwota dodatku za pracę w godzinach nocnych wyniesie dla 1 et. 20,28 zł ($3393,60\text{ zł} / 167,333\text{ h} \times 20\%$).

W kalkulatorze wskazano więc średniomiesięczny dodatek za pracę w porze nocnej za 14 h w przeliczeniu na 1 etat pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia ($3393,60\text{ zł} / 167,333\text{ h} \times 20\% \times 14$).

Obliczenia wykonano prawidłowo w oparciu o powyższe założenia.

Ad. poz. 6 Kalkulatora: Koszty składek na ubezpieczenia społeczne finansowane przez płatnika w ujęciu miesięcznym

Zgodnie z art. 22 ustawy o systemie społecznym z dnia 13 października 1998 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1230 t.j.) pracodawca finansuje składki na ubezpieczenia emerytalne w wysokości 9,76% podstawy wymiaru, składki na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,5% podstawy wymiaru oraz składkę na ubezpieczenie wypadkowe od 0,40% do

8,12% podstawy wymiaru. Składka na Fundusz Pracy i Fundusz Solidarnościowy wynosi 2,45% podstawy wymiaru a na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 0,10% podstawy wymiaru.

W Kalkulatorze kwoty należnych składek zostały obliczone od prawidłowej podstawy stanowiącej sumę kwot z poz. 3 i poz. 5. Uwagi do poz. 3 wskazano wcześniej.

Kwoty należnych składek na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe wyliczone zostały prawidłowo.

Kwoty należnych składek na FP i FGŚP zostały w uwzględnieniu 20 et. pracowników, za których pracodawca jest zwolniony z obowiązku opłacania składek. Średnią podstawę wymiaru ustalono w przeliczeniu na 1 etat pracownika, za którego istnieje obowiązek opłacania składek w wysokości 1293,12 zł (4525,93 / 28 x 8). Od tak ustalonej podstawy prawidłowo ustalono kwoty składek.

Należy uznać, że wyliczeń dokonano prawidłowo.

Ad. poz. 7 Kalkulatora: Koszty związane z zastępstwem pracowników w ujęciu miesięcznym

Brak informacji, co uwzględniono w pozycji świadczenia urlopowe i czy wskazana tam kwota powinna stanowić postawę wymiaru składek wyliczonych w poz. 6. Brak również informacji w jaki sposób skalkulowano kwotę wskazaną w pozycji wynagrodzenie chorobowe.

W związku z powyższym nie ma możliwości odniesienia się co do prawidłowości wskazanych kwot w poz. 7.

Reasumując, wyliczenia wskazane w poz. 3-6 Kalkulatora zostały przeprowadzone prawidłowo. Brak wystarczających danych uniemożliwia odniesienie się do poz. 7.

Pojawiają się jedynie wątpliwości, co do kwoty wskazanej w poz. 3 (czy nie powinna zostać tam wskazana wartość 3393,60 zł), tym bardziej, że wyliczenia w poz. 5 oparte są właśnie o średnie wynagrodzenie w przeliczeniu na 1 etat przy uwzględnieniu wynagrodzenia minimalnego dla pełnego etatu. Ewentualnie niższa przyjęta kwota w poz. 3 wpłynęłaby na obniżenie kwoty w poz. 6 i ostatecznie na obniżenie całkowitego kosztu. Jednakże brak szczegółowych danych uniemożliwia stwierdzenie tego z całkowitą pewnością.

(por. opinia biegłego K.L. z dnia 15 listopada 2023 r. znajdująca się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że pismem z 16 listopada 2023 r., zamawiający poprosił przystępującego o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie wypełnionego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny, tj:

1) poz. 7 – w jaki sposób wykonawca obliczył koszty związane z zastępstwem pracowników z tytułu świadczeń urlopowych oraz wynagrodzenia chorobowego. „Proszę o wyliczenie powyższych kosztów.”

2) poz. 11 – brak wpisanego źródła dotacji lub dofinansowania oraz sposób obliczenia kwoty dotacji. Jest wpisana tylko kwota w wysokości 1.350,00 zł. Proszę o doprecyzowania tego zapisu.

3) poz. 18 – iloczyn poz. 16 i 17 nie odpowiada zaoferowanej kwocie w złożonej ofercie. Wartość netto z oferty to – 4 805 441,55 zł, natomiast z obliczeń w kalkulatorze poz. 18 to – 4.805.180,64 zł. Proszę wyjaśnić skąd ta różnica w wysokości 260,91 zł netto.

(por. wezwanie z dnia 16 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył w dniu 22 listopada 2023 r. wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych przystępujący wskazał, co następuje:

1. Poz.7, z kalkulacji wynagrodzeń kosztów płacowych pracowników ochrony rok 2024, biorąc pod uwagę pierwsze półrocze wynika następujące wyliczenie świadczenia urlopowego pracownika ochrony w skali jednego miesiąca: 4242,00 minimalne wynagrodzenie plus 283,93 godziny nocne plus 893,42 zł składki ZUS. Daje miesięczny przychód w wysokości 5419,34 zł.

5419,34 przychód: 21 dni średnio w miesiącu x 26 dni wymiaru urlopu pracownika: 12 miesiącu w skali roku = 559,14.

Z uwagi jednak na fakt, że nie wszyscy pracownicy będą pracować w porze nocnej, a dodatek nocny jest wliczony do wszystkich godz. przy ustaleniu stawki za roboczogodzinę.

Brak godzin nocnych oraz fakt otrzymywania dotacji z PFRONu, pokrywa w istotny sposób koszty wynagrodzeń do kalkulacji w związku z tym przyjęto kwotę o 200,- zł mniejszą.

2. Poz.11 -uwzględniono dofinansowanie do wynagrodzeń z PFRONu w wysokości 1350,00 zł tj stawka jaka przysługuje osobie ze stopniem umiarkowanym. Dofinansowanie jest otrzymywane co miesiąc i stanowi znaczny udział w przychodach firmy, pozwalając na pokrycie części kosztów związanych z wypłacanym wynagrodzeniem .

3. Poz.18-Różnica 260,91 zł netto wynika z tego, że nie można wprost przenieść z naszej kalkulacji kwot na Państwa kalkulator, stawka netto jest w obu kalkulacjach taka sama.

4. Identyczny sposób wyliczenia stawki przedstawiono w KIO w innej ofercie, która rozstrzygnięta była na naszą korzyść./wyrok syg. Akt. KIO 2288/23./

(por. wyjaśnienia przystępującego z dnia 22 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez

zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że zamawiający ponownie wystąpił do biegłego o wydanie opinii w przedmiocie oceny poprawności dotyczących kosztów pracy wykazanych w Kalkulatorze do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty. W opinii z dnia 23.11.2023 roku biegły wyjaśnił, że:

Ad. poz. 7 Kalkulatora: Koszty związane z zastępstwem pracowników w ujęciu miesięcznym

Na podstawie art. 3 ust. 5 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych świadczenie urlopowe, o którym mowa w ust. 4, wypłaca pracodawca raz w roku każdemu pracownikowi korzystającemu w danym roku kalendarzowym z urlopu wypoczynkowego w wymiarze co najmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych. Przepisy prawa regulujące wypłacanie świadczeń urlopowych nie określają ich dolnej granicy. Wskazują natomiast, że maksymalnie dodatek z okazji urlopu wypoczynkowego może wynosić równowartość odpisu na fundusz socjalny obowiązujący w danym roku kalendarzowym. Z kolei wysokość odpisu zależy od wysokości przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w drugim półroczu roku poprzedniego.

Zakładając, że wysokość świadczenia urlopowego odpowiada wysokości odpisu podstawowego na ZFŚS, to od 1 lipca 2023 r. pracownikowi zatrudnionemu w normalnych warunkach przysługuje ono w wysokości maksymalnej 1914,34 zł (na pełny etat).

W związku z tym, że pracodawca ma prawo sam określić wysokość świadczenia urlopowego, jakie przyzna zatrudnianym pracownikom i nie jest ona zależna ani od stażu pracy danego pracownika, ani od jego sytuacji materialnej czy rodzinnej to przedstawione wyliczenia należy uznać za prawidłowe.

(por. opinia biegłego K.L. z dnia 23 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 27 listopada 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

(por. zawiadomienie z dnia 27 listopada 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę, ponieważ złożone wyjaśnienia z dnia 14 i 22 listopada 2023 r. nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znalazło odzwierciedlenie w przepisach art. 69 aktualnie obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że:

1. Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.

3. Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2.

4. Jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwa, może odrzucić taką ofertę na tej podstawie jedynie po konsultacji z oferentem, gdy oferent nie jest w stanie udowodnić w wystarczającym terminie wyznaczonym przez tę instytucję zamawiającą, że pomoc ta była zgodna z zasadami rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 107 TFUE. W przypadku gdy instytucja zamawiająca odrzuca ofertę w takich okolicznościach, powiadamia o tym fakcie Komisję.

Powyższe wymagania dyrektywy i orzecznictwa Trybunału znalazły odbicie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”. Znalazło to także odbicie w przepisie art. 224 ust. 6 Pzp, który definiuje, kiedy oferta podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi bowiem, 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.

Na obowiązek poprzedzenia ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej prawidłowym postępowaniem wyjaśniająco-dowodowym, prowadzonym w trybie art. 224 Pzp, wskazuje się także w piśmiennictwie.

Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Ponadto przepis wprowadza m.in.: obligatoryjny wymóg wezwania o wyjaśnienia, w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp oraz otwarty katalog okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia itp. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jeśli zamawiający nie przeprowadzi postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 Pzp. Podobnie, fikcyjnie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające, np. w sposób, w którym zamawiający wyznaczy nieracjonalnie krótki termin na przedłożenie wyjaśnień i przekazanie dokumentów (uniemożliwiający rzeczywiste odniesienie się do uwag), nie może stanowić podstawy do późniejszego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający, żądając wyjaśnień, zobowiązany jest ponadto wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, a jeżeli wątpliwości dotyczą składowych ceny lub kosztu, powinien wskazać te składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które aspekty jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego. (por. Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 720-721).

Przed wszystkim zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl musi być poprzedzone wyczerpaniem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 224 ust. 4 PrZamPubl. Procedura wyjaśniająca nie może być pominięta przez zamawiającego (tak wyr. TSUE z 22.6.1989 r., w sprawie C-103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano, Legalis). Podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu stosowania rażąco niskiej ceny jest możliwe jedynie, gdy:

1) wykonawca nie złożył wyjaśnień lub

2) dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. art. 224 ust. 6 PrZamPubl).

W sytuacji gdy wykonawca przedstawi obiektywne przyczyny stosowania ceny kwalifikowanej przez zamawiającego jako rażąco niskiej lub rażąco niskiego kosztu, które następnie zostaną zaaprobowane (przyjęte) przez zamawiającego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty. (por. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, dr hab. Małgorzata Sieradzka, komentarz do art. 224, za Legalis).

Zdaniem Izby, treść wezwania zamawiającego nie odpowiadała wymaganiam z art. 224 ustawy Pzp. Jakkolwiek w swym piśmie z dnia 13 listopada 2023 r. zamawiający wprowadził powołanie się formalnie na przepis art. 224 ust. 1 Pzp, jednakże równocześnie ograniczył się do poproszenia przystępującego jedynie o:

1) wypełnienie załączonego kalkulatora określającego istotne części składowe ceny;

2) potwierdzenie, że pracownicy Wykonawcy, którzy będą wykonywać czynności stałej i doraźnej ochrony fizycznej, monitoringu systemów alarmowych na wyznaczonych posterunkach ochrony oraz interwencji Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę (w liczbie nie mniej niż 35 osób - w przeliczeniu na etaty – 28 etatów) będą wykonywać te czynności na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465), za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę - ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 2207 ze zm.).

Dostrzeżenia wymagało, że treść wzoru kalkulatora, jaki zamawiający narzucił wykonawcy, została skonstruowana w ten sposób, że zamawiający wymagał jedynie podania niektórych kwot, z wyłączoną lub ograniczoną możliwością wyjaśnienia, w jaki sposób te kwoty wyliczono. Ponadto, co istotne, po wpisaniu niektórych wartości kwotowych, kalkulator automatycznie generował kolejne wartości, uniemożliwiając wykonawcy wpisanie niektórych

rzeczywiście przyjętych przez siebie kwot, a także swobodne wyjaśnienie odrębności w kalkulowaniu poszczególnych pozycji, wynikające z indywidualnych warunków dostępnych wykonawcy.

Przykładowo jedynie można było wskazać, że przystępujący w swym piśmie procesowym ujawnił, że naliczenie kosztów z tytułu PPK w kalkulatorze wyliczało się wg określonego algorytmu, który podstawia się automatycznie wg wcześniej podanych danych. W trakcie rozprawy przystępujący oświadczył, że składając ofertę oszacował jej cenę dokonując własnych kalkulacji na podstawie swych założeń. Oświadczył też, że w przypadku kalkulatora zamawiającego nie było swobody jego wypełniania. Przykładowo wskazał, że założył, iż przy realizacji zamówienia przyjął, iż 4,5 etatu jest zatrudnionych w godzinach nocnych, pozostałe 23,5 etatów jest zatrudnionych w obiektach, gdzie praca nie będzie wykonywana w godzinach nocnych. Twierdził, że w cenie oferty skalkulował koszty na podstawie średnich stawek wynagrodzenia z godzinami nocnymi i bez godzin nocnych, ale w niektórych pozycjach kalkulatora był zmuszony uwzględnić koszty jak dla godzin nocnych do wszystkich etatów. Następnie zaś został zmuszony skorygować dalsze obliczenia.

Zaniechania zamawiającego przy procedurze wyjaśniająco – dowodowej spowodowały, że brak było możliwości ustalenia, czy wykonawca skalkulował prawidłowo koszty związane z PPK. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że przystępujący koszty pracodawcy związane z PPK naliczył wyłącznie od kwoty wynagrodzenia zasadniczego, pomijając istotny składnik wynagrodzenia, jakim jest dodatek za godziny nocne – poz. 4 kalkulatora (8 etatów / 28 etatów x 4.242,00 zł x 1,5% = 18,18 zł.). Zdaniem odwołującego prawidłowe obliczenie wpłat na PPK powinno wyglądać następująco: 8 etatów / 28 etatów x 1,5% x (4.242,00 zł + 283,93 zł) = 19,40 zł.

Jednakże powyższe założenie odwołującego byłoby trafne tylko wtedy, gdyby do pracy nocnej zostali skierowani ci pracownicy, którzy należą do PPK. Wskutek jednak zaniechań zamawiającego i lakonicznej treści wezwania, wykonawca nie był zobowiązany ujawnić czy do pracy w godzinach nocnych zostaną skierowani pracownicy należący do PPK. Wyjaśnienia przystępującego nie poddawały się w tym zakresie weryfikacji. Jednakże nie można było się zgodzić z odwołującym, że tym samym przystępujący nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. O obowiązku obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny i konsekwencjach związanych z niewykazaniem realności ceny można byłoby mówić tylko i wyłącznie w takiej sytuacji, gdyby wykonawca został prawidłowo wezwany do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 Pzp.

Przystępujący oświadczył także w trakcie rozprawy, że koszty utrzymania stacji monitoringu, koszty utrzymania grup interwencyjnych, koszty przesyłu sygnałów do stacji monitorowania z obiektów zamawiającego, koszty asystowania pracownikom grupy interwencyjnej przy zamykaniu i otwieraniu obiektów oraz odbieraniu i przekazywaniu kluczy do obiektów uwzględnił w pozycji kalkulatora zatytułowanej „zysk”. Jakkolwiek można było się zgodzić z odwołującym, że w przypadku tego rodzaju kosztów, można było je uwzględnić w pozycji 12 kalkulatora „inne koszty obsługi zamówienia”, to jednak w sytuacji, gdyby rzeczywiście wykonawca te koszty uwzględnił w cenie oferty, a jedynie omyłkowo wpisał w pozycji „zysk”, a nie pozycji 12, to takie działanie nie mogłoby zostać kwalifikowane jako zaoferowanie zaniżonej ceny, a co najwyżej za niestaranne wypełnienie kalkulatora.

Z uwagi jednak na to, że zamawiający nie pozostawił wykonawcy możliwości swobodnego wypowiedzenia się co do sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji kalkulatora, przy takim przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej nie było możliwości ustalenia, co tak naprawdę kryje się pod pozycją 15 kalkulatora przystępującego zatytułowaną „zysk”. Tymczasem, nawet przyjmując hipotetycznie w ślad za odwołującym, że koszty te należy oszacować na poziomie 332,89 zł miesięcznie, okazałyby się one mniejsze od zysku oszacowanego w pozycji 15 kalkulatora przystępującego „zysk” w wysokości 448,68 zł miesięcznie.

Pomimo braku szczegółowych i przekonujących wyjaśnień ze strony przystępującego w obszarach sygnalizowanych odwołaniem, nie można było się zgodzić z odwołującym, że tym samym przystępujący nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. Jak już wcześniej wskazano, o obowiązku obalenia tego domniemania i konsekwencji związanych z niewykazaniem realności ceny można byłoby mówić tylko i wyłącznie w takiej sytuacji, gdyby wykonawca został prawidłowo wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 Pzp.

W stanie faktycznym analizowanej sprawy należało dojść do wniosku, że odwołujący jak i zamawiający nie znali zatem de facto szczegółowych wyjaśnień przystępującego i jego realnych założeń, a jedynie wypełniony kalkulator, który wykonawca zmuszony był wypełnić zgodnie z narzuconym wzorem, posługując się uproszczeniami i nie będąc zobowiązanym do wyjaśnienia przyczyn wpisanych tam kwot.

Nie ulegało wątpliwości Izby, że zakres i uproszczony sposób kalkulacji wymaganej przez zamawiającego nie

pokrywał się z zakresem procedury wyjaśniającej z art. 224 ustawy Pzp, która jest o wiele obszerniejsza. Jak wynika bowiem z art. 224 ust. 3 Pzp, wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto kolejną, zasadniczą różnicą jest to, że w ramach procedury z art. 224 Pzp, zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawców do złożenia nie tylko wyjaśnień, ale także dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Procedura z art. 224 Pzp jest zatem procedurą wyjaśniająco-dowodową.

Zdaniem Izby zgodzić należało się z odwołującym, że przystępujący nie sprecyzował jaką pomoc publiczną w wysokości akurat 200,00 zł uwzględnił. W ocenie odwołującego skuteczne powołanie się na pomoc publiczną mogło zostać dokonane tylko w oparciu o jednoznaczny i konkretny podstawę prawną, z uwzględnieniem sposobu jej wyliczenia. Jednakże negatywnych skutków zaniechania przystępującego w przedstawianiu dowodów na wysokość pomocy publicznej nie można było w analizowanej sprawie przypisać temu wykonawcy. Uszło bowiem uwadze odwołującego, że w wezwaniach swych zamawiający, wbrew treści art. 224 ust. 1 Pzp, nie nałożył na przystępującego obowiązku złożenia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

W zaistniałej sytuacji, prawidłowym działaniem odwołującego powinno być zatem postawienie zamawiającemu w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia wobec przystępującego prawidłowej procedury wyjaśniająco-dowodowej uregulowanej w tym przepisie i wnioskowania do Izby o nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Jednakże takiego zarzutu w odwołaniu odwołujący nie przedstawił. Zgodnie natomiast z przepisem art. 555 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu*. Odwołujący w odwołaniu utrzymywał zaś, że procedura zastosowana przez zamawiającego była prawidłowa i żądał automatycznego odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaniechania obalenia domniemania zaferowania rażąco niskiej ceny. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, wobec niewszczęcia przez zamawiającego wobec przystępującego prawidłowej procedury z art. 224 ustawy Pzp, po stronie przystępującego nie zaktualizował się do momentu wyrokowania w sprawie jakkolwiek obowiązek obalenia domniemania zaferowania rażąco niskiej ceny..

Jak wskazano wcześniej, w świetle przepisów a także orzecznictwa niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 ustawy Pzp. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wezwał prawidłowo przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny wraz z dowodami. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało ocenić jako chybione. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

W konsekwencji chybiony okazał się także zarzut art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, gdyż odwołujący upatrywał naruszenia tych przepisów z w związku z wyborem przez zamawiającego oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny. Jak wskazano jednak powyżej, oferta przystępującego, z przyczyn wskazanych wcześniej, nie podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba działając na podstawie art. 541 Pzp oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości co do wyliczania kosztów płac/wynagrodzeń na okoliczność nieprawidłowego wyliczenia kosztów przez przystępującego z uwzględnieniem zastrzeżeń wskazanych w treści odwołania oraz z uwagi na okoliczność, że wyjaśnienia przystępującego nie obaliły domniemania zaferowania rażąco niskiej ceny, uznając, że

dowód ten został powołany dla zwłoki. Stosownie do art. 541 Pzp *Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.*

Izba, co nie wymagało wiadomości specjalnych, stwierdziła już wcześniej, że wyjaśnienia przystępującego w obszarach kwestionowanych odwołaniem nie były szczegółowe, konkretne, nie poddawały się częściowo weryfikacji. Jednakże, jak wskazano powyżej było to wynikiem uchybień zamawiającego popełnionych przy prowadzeniu procedury wyjaśniającej. Wobec zaś zaniechania przez zamawiającego wszczęcia prawidłowej procedery wyjaśniająco-dowodowej z art. 224 ustawy Pzp, wykonawca nie miał obowiązku obalenia przez swe wyjaśnienia i dowody domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wnioskowany dowód okazał się zatem zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w kwocie 312,65 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów i rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b 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:.....