

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Sign 4 Security Sp z o.o., Sign Polska Sp. z o.o., Sign Polska Sp. z o.o. Sp. k., Sign System Sp. z o.o., Ekotrade Sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dom Kultury "Kadr" w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, ul. Rzymowskiego 32, 02-697 Warszawa**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie BASMA SECURITY sp. z o.o., CERBER OCHRONA sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odstąpienie od wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez Konsorcjum w składzie: **BASMA SECURITY sp. z o.o., CERBER OCHRONA sp. z o.o.** jako tajemnica przedsiębiorstwa z wyłączeniem danych osobowych pracowników, odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: **BASMA SECURITY sp. z o.o., CERBER OCHRONA sp. z o.o.** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego: **Dom Kultury "Kadr" w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, ul. Rzymowskiego 32, 02-697 Warszawa**, i:
  - 2.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Sign 4 Security Sp z o.o., Sign Polska Sp. z o.o., Sign Polska Sp. z o.o. Sp. k., Sign System Sp. z o.o., Ekotrade Sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądzić kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Dom Kultury "Kadr" w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, ul. Rzymowskiego 32, 02-697 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Sign 4 Security Sp z o.o., Sign Polska Sp. z o.o., Sign Polska Sp. z o.o. Sp. k., Sign System Sp. z o.o., Ekotrade Sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 223/25

### Uzasadnienie

Zamawiający, Dom Kultury "Kadr" w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) w trybie podstawowym na usługi społeczne w przedmiocie: „Usługa polegająca na ochronie fizycznej gmachu Domu Kultury „KADR” w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy przy ul. W. Rzymowskiego 32 w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2024/BZP 00651025/01 w dniu 13 grudnia 2024 r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 16 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum: **BASMA SECURITY Sp. z o.o., CERBER OCHRONA Sp. z o.o.** (zwanego dalej „Konsorcjum B.”), jako oferty najkorzystniejszej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: **Sign 4 Security sp. z o.o., Sign Polska sp. z**

o.o., Sign Polska sp. z o.o. sp. k., Sign System sp. z o.o., Ekofrade sp. z o.o., wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. utajnieniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum B. dotyczących rażąco niskiej ceny w części dotyczącej szczegółowej kalkulacji kosztów;
2. zaniechaniu wezwania Konsorcjum: MJK sp. z o.o., Małpol Grupa sp. z o.o., Małpol Ochrona sp. z o.o., Małpol Ochrona BIS sp. z o.o. (zwanego dalej „Konsorcjum MJK”) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej w postępowaniu;
3. wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu - oferty złożonej przez Konsorcjum B. i zaniechaniu odrzucenia tej oferty pomimo że złożone wyjaśnienia nie obalały domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
4. błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum B. w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie obalały domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2025;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum B.;
6. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, art. 16 pkt. 1 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”), przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Konsorcjum B. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”;
2. art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum B., poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B., mimo że wykonawca jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska;
3. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum MJK do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny, jaką stanowią koszty pracy pracowników, została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników;
4. art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu - oferty Konsorcjum B., podlegającej odrzuceniu pomimo iż, to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza;
5. art. 16 pkt 1) Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum B. jako najkorzystniejszej, która podlegała odrzuceniu oraz zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum B. jako najkorzystniejszej;
2. odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum B. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień Konsorcjum B. dotyczących ceny rażąco niskiej
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum B. i wezwania Konsorcjum MJK do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp w zakresie opisanym w odwołaniu, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ;
4. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą Pzp ocena ofert złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania i odrzucenia oferty Konsorcjum B., która została oceniona jako najkorzystniejsza, a także po uprzednim wezwaniu do złożenia wyjaśnień oferty Konsorcjum MJK, która również podlega odrzuceniu, oferta złożona przez Odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodne z ustawą Pzp nieodrżucenie ofert Konsorcjum B. i Konsorcjum MJK uniemożliwia Odwołującemu realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne

możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

1. Bezasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 17 stycznia 2025 roku zwrócił się do Zamawiającego o przestanie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania z Konsorcjum B. i Konsorcjum MJK. W dniu 20 stycznia 2025 r. Zamawiający przesłał jedynie korespondencję z Konsorcjum B., w którym zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące kalkulacji ceny w całości oraz zapewne załączniki dotyczące zwolnień sądząc po oznaczeniu w piśmie przewodnim jako „L4 (1)(2)(3)”.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji z wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum B. przytacza w głównej mierze poglądy orzecznictwa oraz ogólnikowe stwierdzenia o istotności informacji zastrzeżonych, co jak wielokrotnie podkreśla KIO nie może być wystarczające dla Zamawiającego. Co więcej, nie wyjaśniono w tym uzasadnieniu dlaczego w całości kalkulacja dotycząca ceny ofertowej wymaga zastrzeżenia, pomimo że część informacji takich jak wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i sposób kalkulacji kosztów pracowniczych (jak składki na ubezpieczenia społeczne) wnikają z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa żadnego z wykonawców.

Odwołujący podniósł, że rola Zamawiającego nie ogranicza się jedynie do sprawdzenia czy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lub go nie ma. Ustawodawca przewidział tu dużo większe zaangażowanie Zamawiającego wymagając od niego krytycznej oceny twierdzeń wykonawców, dając mu narzędzia do nieuwzględnienia wniosku o zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jeśli wykonawca nie sprostą ciężarowi dowodu w tym zakresie. Istotne jest także to, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości.

W związku z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazuje, że skuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji powinno cechować się łącznym wykazaniem spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pożądanym jest podział informacji w składanych przez wykonawców wyjaśnieniach na te, które rzeczywiście posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa i na takie, które są tego przymiotu pozbawione.

Konsorcjum B. częściowo postulat ten spełniło jednak zapewne nie z uwagi na precyzję, ale w ocenie Odwołującego w celu próby ukrycia części informacji o kalkulacji ceny przeniesiono je do części niejawnej, licząc właśnie na brak działania przez Zamawiającego. Co więcej utrudniając przy tym innym wykonawcom uzyskanie dostępu do pełnej treści wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych, bez wyraźnego uzasadnienia. Zdaniem Odwołującego, takie działania Konsorcjum B. prowadzą do tego, że samodzielnie pozbawia on te informacje waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ważniejszym natomiast aspektem jest brak spełnienia przesłanek prawidłowego zastrzeżenia w tym przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec braku uzasadnienia takiej konieczności i sprostania ciężarowi dowodu. Od chwili wejścia w życie nowelizacji skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Literalne brzmienie art. 18 ust. 3 Pzp sugeruje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). W związku z tym, Zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak, w wyroku z dnia 2 marca 2015 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 279/15). Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien zbadać czy rzeczywiście Konsorcjum B. sprostало ciężarowi dowodu wykazania, że informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach w części dotyczącej kalkulacji ceny ofertowej jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają definicję legalną tego pojęcia. Zdaniem Odwołującego w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum B. nie wykazało, że istnieje konieczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji o kosztach osobowych. Brak dostatecznego uzasadnienia przez tego wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu

informacji. Samo bowiem zastrzeżenie informacji niepoparte prawidłowymi wyjaśnieniami nie może być uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co więcej, o braku przygotowania uzasadnienia zastrzeżenia na potrzeby niniejszego postępowania, a tym samym skonkretyzowania i dopasowania rzeczywistych danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa do uzasadnienia świadczy również fakt, że wezwanie do złożenia wyjaśnień Zamawiający skierował do Konsorcjum B. w dniu 30 grudnia 2024 r., natomiast podpisy złożone pod uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały złożone przez A.N. - 22 sierpnia 2024 r. (kilka miesięcy przed ogłoszeniem postępowania) oraz I.Z. - 12 grudnia 2024 r.

Tym samym, złożone przez Konsorcjum B. wyjaśnienia nie zasługiwały na przyznanie im ochrony w postaci uwzględnienia zastrzeżenia zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż jak potwierdza czas złożenia podpisu, są one wzorem stosowanym do każdego postępowania i nie mają nic wspólnego z warunkami niniejszego postępowania, a tym bardziej rzeczywiście zawartymi w wyjaśnieniach informacjami, które hipotetycznie mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

II. Wyjaśnienia Konsorcjum B. nie obalają domniemania, że cena ofertowa jest rażąco niska.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w dokumentacji postępowania jednoznacznie sformułował wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 1 do SWZ — szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) Zamawiający jasno skonkretyzował, że wymaga, sprawowania całodobowej ochrony Domu Kultury wraz z przyległymi terenami a także ochronę znajdujących się w Domu Kultury osób, celem zapewnienia bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej osób tam przebywających oraz celem zabezpieczenia obiektu przed uszkodzeniem, zniszczeniem i utratą mienia.

Każdy z wykonawców w pkt 7 Formularza ofertowego oświadczał, że „Oświadczam(y), że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia, a taEe zmiany obowiązujących przepisów w zakresie wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wchodzących w życie w 2025 r., a Oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy.”

Każdy z wykonawców obowiązany był zatem do uwzględnienia przy kalkulacji kosztów przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 roku, przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Prawo pracy oraz ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych.

Okres realizacji obejmuje okres od dnia 2 lutego 2025 roku do dnia 31 grudnia 2025 roku, z zastrzeżeniem prawa opcji określonej w Rozdziale III ust. 16 SWZ polegającej na wydłużeniu okresu świadczenia usługi o jeden miesiąc (tj. styczeń 2026 roku).

Zamawiający w pkt 4 Formularza ofertowego żądał wskazania łącznej ceny ryczałtowej za realizację zamówienia z wykorzystaniem prawa opcji. Kwoty wskazane w tym punkcie wymienił następnie w informacji z otwarcia ofert.

Nie budzi zatem jakichkolwiek wątpliwości, że prawidłowo skalkulowana oferta powinna obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia w okresie od 2 lutego 2025 roku do dnia 31 stycznia 2026 roku. Kluczowe dla poprawności oceny ofert jest w związku z tym prawidłowe określenie łącznej liczby godzin realizacji zamówienia. Odwołujący przedstawił podział liczby godzin w danym miesiącu realizacji usługi w formie tabeli.

Odwolujący wskazał, że na dzień składania ofert każdy z wykonawców wiedział już, że w roku 2025 Wigilia będzie dniem ustawowo wolnym od pracy, co również należy uwzględnić przy wyliczeniu kosztów zatrudnienia pracowników. Uchwaloną Ustawę z dnia 6 grudnia 2024 r. o zmianie ustawy o dniach wolnych od pracy oraz niektórych innych ustaw przekazano Prezydentowi do podpisu już 9 grudnia 2024 roku, zatem nie ulegało wątpliwości, że w 2025 roku, 24 grudnia będzie dniem wolnym od pracy. Wymiar czasu pracy jest równy dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tymczasem, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum B. w złożonych wyjaśnieniach posługuje się błędnym normatywem wymiaru czasu pracy, który wypracować muszą pracownicy wykonawcy skierowani do realizacji zamówienia w wysokości 168 godzin, zamiast 165,33 godziny. Tylko tak bowiem możliwe jest w ocenie Odwołującego wyjaśnienie kalkulacji stawki wykonawcy.

Odwolujący podniósł, że nawet gdyby uwzględnić wymiar czasu pracy bez miesiąca objętego prawem opcji, to również wówczas normatyw nie wynosiłby 168 godzin, a 165,82 godziny (1827 godz./ 11 miesięcy).

Przed wszystkim oznacza to, że nieprawidłowe są założenia poczynione przez Konsorcjum B. w zakresie wymiaru czasu pracy pracowników i liczbie etatów, które stoją u podstaw wyliczeń przedstawionych w wyjaśnieniach i wpływają na wystąpienie w nich błędów, które przesądzają że wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane za obalające domniemanie, że cena jest rażąco niska, a także stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Bezspornym jest, że minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2025 roku wynosi 4.666,00 zł brutto. Opisany powyżej błąd w normatywie czasu pracy wpływa na fakt, że zaoferowana stawka jest zaniżona. Ten błąd doprowadził do tego, że wszelkie dalsze wyliczenia przedstawione przez Konsorcjum B. są nieprawidłowe. Gdyby Konsorcjum B. wyliczyło prawidłową liczbę etatów, to wówczas koszt wytworzenia usługi przekraczałby wartość oferty złożonej w postępowaniu, a tym samym także brak jest możliwości wykazania uzyskania zysku.

Dla zapewnienia realizacji usługi zgodnej z zapisami SWZ i załącznika wykonawca jest zobligowany do określonej przepisami Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141 ) ilości etatów. Średniomiesięczna norma czasu pracy dla jednego etatu wynosi 165,33 godzin w miesiącu kalendarzowym.

Przekładając powyższe na rzeczywisty stan prawny i faktyczny wykonawca powinien przyjąć w swojej ofercie, że 165,33 godzin usługi w miesiącu = 1 etat; 730,00 godzin usługi w miesiącu =  $(730/165,33) = 4,42$  etatów - rzeczywiste zapotrzebowanie etatowe do realizacji podstawowego zakresu zamówienia. Wykonawca zobligowany jest zatem do zapewnienia 5 kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, z czego 4 z nich zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy i 1 w niepełnym wymiarze godzin.

Ze złożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia a także przede wszystkim z treści wezwania do złożenia wyjaśnień wynika, że Konsorcjum B. planuje skierować do realizacji zamówienia aż 6 pracowników. Tym samym, taką liczbę pracowników powinien uwzględnić w swojej kalkulacji ceny ofertowej oraz przez pryzmat takiego założenia złożyć wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, że wykonawca na etapie składania ofert nie może zmieniać zawartych w nich założeń i zmieniać ich po otwarciu ofert jeśli okaże się, że jednak przedstawione dane nie pozwolą mu na wyjaśnienie ceny i uzyskanie zamówienia.

W związku z rzeczywistym zapotrzebowaniem na pracę w porze nocnej oraz zapewnieniem przez wykonawców ochrony w systemie ciągłym (uwzględniając ewentualne zwolnienia chorobowe pracowników oraz przysługujące im urlopy wypoczynkowe) wykonawca zobligowany jest do uwzględnienia w kalkulacji:

- kosztów pracy w porze nocnej
- kosztów urlopów wypoczynkowych
- kosztów absencji chorobowych.

Wszystkie wyżej wymienione składowe koszty wynagrodzenia określa ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141 )

Odwołujący wskazał przy tym, że Zamawiający nie dopuszcza do realizacji usług osób niepełnosprawnych, w związku z czym nie jest możliwe skorzystanie z ulg w postaci dofinansowani PFRON. Takie wyjaśnienia powinny zostać uznane przez Zamawiającego, jako oferta niezgodna z treścią SWZ i doprowadzić do jej odrzucenia.

Odwołujący załączył do odwołania jako załącznik - Szczegółową kalkulację kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, w której Odwołujący przyjął szczególnie sprzyjające warunki dla pracodawcy, wpływające na obniżenie kosztów pracy, tj.

- a) brak składek na Fundusz Pracy (emeryt)
- b) brak składek na Fundusz GŚP (emeryt)
- c) brak PPK (pracownik nie jest zainteresowany)
- d) urlop tylko 20 dni w skali roku (emeryt, który nie udokumentował pracodawcy min. 10 lat pracy)
- e) zwolnienie chorobowe tylko 1 dzień w skali roku

Odwołujący wyjaśnił, że przedłożona kalkulacja sporządzona została w oparciu o opracowanie przygotowane przez Polski Związek Pracodawców Ochrona (załącznik do odwołania) i została jedynie urealniona do możliwie najbardziej sprzyjających u pracodawcy warunków, mających wpływ na obniżenie kosztów pracy. Jak wynika z ww. kalkulacji, możliwie najniższy koszt zatrudnienia pracownika w ramach 1 etatu wynosi: 6 311,43 zł + 23 % VAT / 1 etat, 38,17 zł + 23 % VAT / 1 roboczogodzina usługi, które to koszty stanowią wyłącznie sam koszt wytworzenia jednego kluczowego elementu usługi, tj. kosztu pracy.

Jak wynika z powyższego, oferta złożona przez Konsorcjum B. jest niższa o kwotę 7.219,12 zł brutto w skali umowy aniżeli główny element kosztotwórczy usługi - koszt pracy pracowników ochrony fizycznej. Oferta Konsorcjum B. już tylko w zakresie samego kosztu pracy jest zaniżona, a oprócz kosztu pracy należy uwzględnić pozostałe elementy kosztotwórcze, jak np. koszt umundurowania, koszt szkoleń BHP, koszt badań lekarskich, koszt monitorowania sygnałów i transmisji sygnałów, koszt łączności, koszt nadzoru nad usługą, koszty administracyjne, koszt ekwiwalentów za pranie odzieży, zysk.

Częściowo oczywiście Konsorcjum B. może wskazać, że posiada już wyposażenie czy umundurowanie dla pracowników i nie ponosi dodatkowych kosztów z tego tytułu. Niemniej takie elementy jak w szczególności zysk nie mogą być pokryte z innego kontraktu czy pominięte, ponieważ wówczas cena zaoferowana Zamawiającemu nie jest niższa, a jest ceną rażąco niską, a nadto cena poniżej kosztów wytworzenia usługi, a to na gruncie prawa zamówień publicznych jest niedopuszczalne.

### III. Zaniechanie wezwania Konsorcjum MJK do wyjaśnienia zaoferowanej ceny

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana także przez Konsorcjum MJK nie pozwala na zaspokojenie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, ponieważ zaoferowana przez tego wykonawcę stawka to 37,50 zł.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W zamówieniach związanych z ochroną fizyczną osób i mienia takich jak w niniejszym postępowaniu niekwestionowaną okolicznością jest, że koszt związany z zatrudnieniem jest najistotniejszym elementem cenotwórczym, który ma wpływ na całkowitą oferowaną cenę.

Ustęp 3 pkt 4 tego przepisu wprowadza normę zgodnie z którą, w szczególności wyjaśnienia mogą dotyczyć 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.

Ponadto, Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6, jeśli zamówienie dotyczy usług, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Odwołujący powołując się na komentarz UZP do ustawy Pzp, wskazał, że zaniechanie wezwania Konsorcjum MJK do wyjaśnień należy traktować jako naruszenie Pzp, a także jako nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na zakończenie, że wskazane w odwołaniu czynności Zamawiającego podjęte zostały z naruszeniem przepisów ustawy i prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu Prawa zamówień publicznych.

W dniu 27 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie BASMA SECURITY sp. z o. o., CERBER OCHRONA sp. z o. o. ogłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 10 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że po szczegółowej analizie wniesionego odwołania, nie uwzględnił zarzutów Odwołującego.

Skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

W zakresie nieujawnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający podniósł, iż sam fakt, że w ocenie Odwołującego wyjaśnienia Przystępującego co do zastrzeżenia informacji są zbyt lakoniczne i nieoparte dowodami, nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku ich ujawnienia. Zamawiający jest zobowiązany do badania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie otrzymanego uzasadnienia zastrzeżenia. Wykonawca może bowiem wykazać za pomocą dowolnych środków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc spełniają przesłanki określone w art. 11 ZNKU (art. 18 ust. 3 PrZamPub). (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. dr hab. Małgorzata Sieradzka). Zgodnie natomiast z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej *w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie* (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 26/21).

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty stanowiące część wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności szczegółową kalkulację oraz informację o korzystaniu z L-4 przez pracowników Przystępującego. Tymczasem w skład tajemnicy przedsiębiorstwa *„mogą więc wchodzić np. technologie, plany techniczne, receptury, metody badawcze, wyniki prac badawczych, rozwiązania techniczne, a także informacje związane z klientelą, źródłami surowców, organizowaniem rynku, zasadami finansowania działalności bądź reklamą. Już na pierwszy rzut oka widać, że wytyczenie ścisłych ram tajemnicy przedsiębiorstwa, ujmowanej jako całość, nie jest możliwe. Jej przedmiotowy zakres jest zróżnicowany zarówno co do ilości informacji, jak i co do ich rodzaju. Istota tajemnicy przedsiębiorstwa tkwi w jej gospodarczej użyteczności i wartości, ze względu na którą przedsiębiorca chce zachować poufność*” (tak Komentarz do ustawy: Zwalczanie nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13-5-2022 (Dz.U. 2022, Nr 113, poz. 1233), red. Katner). Natomiast *„informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości*

przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym" (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1542/14).

Jak wskazało Konsorcjum B. w złożonych wyjaśnieniach, materiały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają „dane dotyczące organizacji pracy i finansowych aspektów działalności Wykonawcy. Jako takie nie mogą być ujawnione osobom trzecim, w szczególności podmiotom konkurencyjnym”. W świetle powyższego, zastrzeżone przez Konsorcjum B. informacje, biorąc pod uwagę ich charakter, stanowią informacje mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto „wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartości. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3248/23). Zatem, informacje, które ujawniają rozmiary działalności gospodarczej, w szczególności informacje z których firmy konkurencyjne mogą wyprowadzić informacje o kosztach prowadzonej działalności, rentowności podmiotu, wysokości marży oraz ewentualnej odporności na walkę ekonomiczną, stanowią informacje o istotnej wartości gospodarczej (tak wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt III OSK 2200/21).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, dostęp do wskazanych informacji mógłby narazić Przystępującego na uszczerbek ekonomiczny, wskutek wykorzystania przez rynkowych konkurentów.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący wykazał również, iż podjęto szeroko rozumiane działania mające na celu zachowanie wskazanych informacji w tajemnicy. Trafnie podkreśla Sąd Najwyższy, że „informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych musi być rozpoznawalna”, (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00).

Ponadto, w doktrynie wskazuje się, iż w celu ochrony tajemnicy „wobec innych osób niż pracownicy (np. kontrahentów i osób trzecich) uprawniony powinien posługiwać się wszelkimi rozsądnymi w danych okolicznościach środkami ochrony, np. wprowadzając do umów klauzule poufności, oznaczając wszelkie materialne nośniki poufnych informacji odpowiednimi ostrzeżeniami, stosując odpowiednie zastrzeżenia w komunikacji itp.” (tak Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. J.S.).

Przystępujący wykazał, iż „informacje są znane jedynie osobom zaangażowanym ze strony Wykonawcy, a także służbom finansowym pracującym w przedsiębiorstwach Wykonawcy. Osoby te zostały zobowiązane do utrzymania ich w tajemnicy jako tajemnicy przedsiębiorstwa”, co wyłącznie potwierdza skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem, Przystępujący wraz z przekazaniem wskazanych informacji, skutecznie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zaś w świetle treści art. 18 ust. 3 ustawy zobowiązywało Zamawiającego do ich nieujawniania.

Rażąco niska cena Konsorcjum B.:

Zgodnie z treścią art 534 ust. 1 Pzp, Zamawiający wyjaśnił sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy formalnej oferty Konsorcjum B..

W pierwszej kolejności wskazał, iż „nie wystarczy, że Odwołujący zakwestionuje cenę ofertową innego wykonawcy i złożone przez niego wyjaśnienia, lecz powinien swoje twierdzenia udowodnić - w tym wypadku obowiązuje bowiem również zasada kontradiktoryjności postępowania i wynikający stąd obowiązek dowodzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne (art. 534 ust. 1 Pzp). Mając na uwadze powyższe, na Odwołującym spoczywa obowiązek udowodnienia, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum B. jest rażąco niska. Tymczasem „skoncentrowanie się tylko na jednej czy dwóch pozycjach kosztorysowych i wykazywanie, że oferta została zaniżona w stopniu rażącym, jest niewystarczające. Decydującą jest zależność pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty. Jeśli pomimo niskiej wyceny jednego czy dwóch elementów całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w takim przypadku nie może być mowy o rażąco niskiej cenie” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1465/22) .

Zamawiający podniósł również, iż wyliczenia przedstawione przez Odwołującego nie zawierają w sobie pozostałych kosztów godziny pracy poza samym wynagrodzeniem, w szczególności sposobu wyliczenia świadczenia urlopowego czy zwolnienia chorobowego. Tymczasem wskazane koszty powodują zdaniem Odwołującego wzrost kosztu roboczogodziny na poziomie około 10 złotych. Natomiast niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie - przykładowo wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu.

Po drugie, wymaga wskazania że zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy z dnia 04 marca 1994 r. 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.” Tym samym, „pracownik traci prawo do świadczenia urlopowego w danym roku, jeśli podzieli urlop w tym roku tak, że żadna z jego części nie będzie stanowiła co najmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych.

*W tym przypadku pracownik nie spełni ustawowego warunku, od którego jest uzależnione przyznanie prawa do otrzymania tego świadczenia.*" (Ł. Chruściel, Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych. Komentarz, Warszawa 2015). W tej sytuacji świadczenie urlopowe nie jest elementem koniecznym kalkulacji wynagrodzeniowej, na co wskazuje orzecznictwo powołujące regułę optymalizacji kosztów związanych z urlopami pracowników, czego nie dopuszcza Odwołujący w swoich wyliczeniach. Tymczasem „Izba uznała za wiarygodne założenie, że nie wszyscy pracownicy w danym roku kalendarzowym będą mieli do wykorzystania pełen wymiar urlopu wypoczynkowego. Bez szczegółowej wiedzy o tym w jaki sposób pracownicy będą korzystali z urlopów nie można stwierdzić, że optymalizacja przy wyliczaniu kosztów nie jest dopuszczalna.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2021 r., KIO 1305/21). Tylko na marginesie należy wskazać, że taka optymalizacja nie narusza przepisów prawa pracy bowiem, jeżeli jednak pracownik wystąpi z kolejnymi wnioskami, które w efekcie doprowadzą do podzielenia należnego mu urlopu wypoczynkowego na części, z których żadna nie obejmuje przynajmniej 14 kolejnych dni kalendarzowych, brak jest podstaw do zastosowania jakiegokolwiek sankcji w stosunku do pracodawcy, który nie stosuje się do wymagań określonych w art. 162 KP. Pod warunkiem zgłoszenia przez pracownika odpowiedniego wniosku pracodawca ma prawo bez obawy przed odpowiedzialnością karnoadministracyjną oraz karą dzielić pracownikowi urlop wypoczynkowy na tyle części, w ilu chce należy urlop wykorzystać zainteresowany pracownik.” (Kodeks pracy. Komentarz prof. dr hab. Andrzej Marian Świątkowski, 2018).

W kontekście powyższego, za niemającą znaczenia dla sprawy należy uznać argumentację Odwołującego o prawie do 20-dniowego urlopu pracowników, albowiem ten argument na gruncie art. 3 ust. 5 w/w ustawy nie musi być brany pod uwagę. Przy tworzeniu wyliczenia na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia wykonawcy mogli bowiem przyjąć założenie, iż część urlopu pracownika zostanie wykorzystana poza okresem realizacji kontraktu. Wówczas dopuszczalne było proporcjonalne kalkulowanie ryzyka zastępstwa urlopowego odpowiadającego takiej części. W granicach, jakie podpowiadają zasadom wiedzy i doświadczenia życiowego, każdy wykonawca uprawniony był uwzględnić ww. okoliczność przy kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności, iż realizacja usługi miała rozpocząć się dopiero z dniem 1 lutego 2025 roku. Ponadto podnieść należy, iż w przypadku pracowników nie pełnoetatowych oraz rozpoczynających pracę wymiar urlopu mógł być zdecydowanie niższy, niż 20 dni, wynikające z przepisów prawa pracy. Ponadto „koszt wynagrodzenia chorobowego co do zasady jest to pewien element ryzyka wykonawcy, oparty na prowadzonej obserwacji absencji pracowników, niemożliwy do jednoznacznego przewidzenia.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021 r., KIO 3594/22). Tym samym, ustalenie braku takiego ryzyka jest tak samo prawidłowe, jak i ustalenie tego ryzyka na wyższym stopniu, co pozostaje pod ochroną własnej obserwowalności oferentów w zakresie zachorowalności ich pracowników w danym przedsiębiorstwie. Tym samym, nie można uznać poczynionego założenia wykonawcy za błędne, tym bardziej, że sam Odwołujący nie wyjaśnił, jaki przyjęty w ofercie poziom absencji byłby jego zdaniem odpowiedni w realiach przedmiotowego zamówienia i dlaczego, a jedynie poprzestał na stwierdzeniu, że jakiś poziom tych kosztów należy uwzględnić w cenie oferty.

Ponieważ stawka zaoferowana przez Konsorcjum B. została w toku badania rażąco niskiej ceny obroniona przez wykonawcę, a dodatkowo nie została przez Odwołującego skutecznie podważona jako nierealna, Zamawiający uznał, iż cena ww. oferty nie jest ceną rażąco niską.

Brak wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Konsorcjum MJK:

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Mając na uwadze powyższe, „Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji. Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże uprawnienia, z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2024 r., sygn. akt KIO 3870/24). Ponadto „wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż oferta Konsorcjum MJK nie odbiega znacząco od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności od oferty Odwołującego, od której jest niższa o zaledwie około 7 500 zł na całej umowie, co daje różnicę na poziomie około 600 zł w stosunku miesięcznym.

Mając na uwadze powyższe, oferty w niniejszym postępowaniu nie odbiegały znacząco od siebie pod względem ceny, a co za tym idzie nie rodziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia i nie obligowały go do skierowania wobec Konsorcjum MJK wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art 552 ust. 1 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, wydanie wyroku musi być bowiem oparte na całokształcie okoliczności faktycznych i prawnych ustalonych w toku całego postępowania, tj. do momentu zamknięcia rozprawy. Z powyższego wynika konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności Zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego" (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2022 r., sygn. akt KIO 2290/22). Mając na uwadze powyższe, w szczególności treść art. 552 ust. 1 Pzp podnieść należy, iż nawet w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać Zamawiającemu wezwania Konsorcjum MJK do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W chwili obecnej ewentualnych wad wobec oferty Konsorcjum MJK nie da się już bowiem naprawić. Termin związania ofertą złożoną przez Konsorcjum MJK minął wraz z upływem 30 dni od dnia otwarcia ofert. Wykonawca mimo skierowania wobec niego wezwania przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie odpowiedział na wezwanie ani samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Tymczasem termin związania ofertą jest terminem prekluzyjnym i zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem „*oferta, co do której nie ma oświadczenia wykonawcy wskazującego na stan związania ofertą, nie może być poddana ocenie i wybrana jako najkorzystniejsza*" (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., KIO 1294/19).

W świetle powyższego, ewentualne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu spowoduje powrót do etapu oceny ofert. Tymczasem niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął. Inna jest bowiem sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy wybranego po upływie terminu związania ofertą, który to bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Po wyczerpaniu przez zamawiającego uprawnienia do zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, obowiązek utrzymania związania złożoną ofertą leży po stronie samego wykonawcy. Nieprzedłużenie tego terminu, zarówno w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jak i w dalszej kolejności - z własnej inicjatywy wykonawcy, jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą" (uchwałą KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., KIO/KU 24/19). Mając na uwadze powyższe należy domniemywać, iż Konsorcjum MJK samodzielnie zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu i ewentualny powrót do etapu badania ofert nie uprawni Zamawiającego do skierowania wobec wskazanego wykonawcy zarówno wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jak i dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, która będzie niezbędna do dokonania ewentualnie kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

**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.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum BASMA SECURITY sp. z o. o., CERBEI OCHRONA sp. z o.o., skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2024 r. wezwał Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że „*Cena zaoferowana przez Wykonawcę dotknięta jest podejrzeniem jej rażącej niskości w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, a w szczególności pozwalający na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku za wykonanie tych prac. Zaoferowane w ofercie wynagrodzenie budzi wątpliwości Zamawiającego w szczególności z uwagi na fakt, iż Wykonawca wskazał, iż do realizacji zamówienia skieruje „6 (słownie sześć osób) osób zatrudnionych na umowę o pracę do świadczenia ochrony fizycznej osób i mienia, w tym koordynator nadzorujący pracę pracowników ochrony w Zamawiającego*". Zamawiający podkreślił, że „*Powyższe rodzi konieczność wyjaśnienia przez Wykonawcę co do możliwości skierowania do realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę w zakresie wszystkich roboczegodzin realizacji Umowy na podstawie umowy o pracę zgodnie z Rozdziałem III ust. 3 SWZ, przy zachowaniu przepisów i praw pracowniczych, a także zapewnienia przez Wykonawcę wszelkich materiałów, narzędzi i urządzeń oraz środków niezbędnych dla prawidłowego wykonywania usługi. W szczególności, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena przy przyjęciu zaoferowanej liczby pracowników, którzy mają zostać skierowani do*

realizacji zamówienia a także wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od stycznia 2025 roku budzi wątpliwości czy wskazana cena jest ceną realną i gwarantującą właściwą jakość realizacji przedmiotu zamówienia. Z tego względu Zamawiający oczekuje wyjaśnienia przez Wykonawcę i udokumentowania sposobu wyliczenia wskazanej ceny i w szczególności wyjaśnienia, czy Państwa oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy (łącznie ze stawkami minimalnego wynagrodzenia zaplanowanymi na rok 2025), a także czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy."

W OPZ Zamawiający postawił wymaganie „Wykonawca przydzieli koordynatora nadzorującego pracę pracowników ochrony w budynku Zamawiającego. Koordynator odpowiedzialny będzie za sporządzanie grafików pracy oraz koordynację pracy pracowników ochrony. Osoba ta zostanie wskazana przez Wykonawcę na piśmie.” Ponadto, „Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzania kontroli pracowników ochrony w budynku Zamawiającego minimum raz na dobę, w tym minimum dwa razy na tydzień w godzinach nocnych oraz w dniach ustawowo wolnych od pracy. Kontrola zostanie potwierdzona wpisem do Książki Służb. Wpis musi zawierać godzinę kontroli, uwagi oraz czytelny podpis osoby kontrolującej.”

Konsorcjum B. złożyło odpowiedź na wezwanie w dniu 7 stycznia 2025 r., która w piśmie przewodnim zawiera informację o przedłożeniu przez Konsorcjum B. w ramach wyjaśnień kalkulacji ceny oferty oraz zastrzeżenie załączników do ww. pisma, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, art. 16 pkt. 1 Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "uznk"), przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Konsorcjum B. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest uzasadniony.

Konsorcjum B., odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2024 r., przedstawiło kalkulację ceny oferty wraz z załącznikami „L4 (1)(2)(3)”, które wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając jednocześnie uzasadnienie objęcia ww. informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum B. oprócz ogólnych poglądów orzecznictwa oraz ogólnikowych stwierdzeń na temat istotności zastrzeżonych informacji, nie odniosło się w żaden sposób do konkretnych informacji, które zostały w tym przypadku zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba podkreśla, że nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa dane zawarte w kalkulacji dotyczące wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, kalkulacja kosztów pracowniczych (jak składki na ubezpieczenia społeczne), które wnikają z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Ponadto, należy wskazać, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek rzetelnie ocenić zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę informacji składanych w postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uniemożliwienie innym wykonawcom uzyskania dostępu do informacji, których zastrzeżenie nie ma uzasadnienia stanowi bezwzględne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu zastrzeżenia wykonawca musi wykazać, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i na tę okoliczność powinien przedstawić rzetelne uzasadnienie, które w sposób konkretny będzie potwierdzało spełnienie przesłanek do uznania konkretnych danych za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 2 uznk, zgodnie z którym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Konsorcjum B. nie wykazało spełnienia przesłanek do uznania, że informacje złożone w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Ograniczenie się przez wykonawcę do przedstawienia poglądów orzecznictwa czy też doktryny, albo ogólnie znanych twierdzeń dotyczących rozumienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, bez odniesienia do konkretnych danych i uwarunkowań ich dotyczących, w kontekście ww. przesłanek, na pozwala na odstępianie od zasady jawności w postępowaniu. Ogólnikowe deklaracje i twierdzenia nie są bowiem wystarczające do wykazania waloru tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. W konsekwencji, w przypadku braku wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy należy

uznać za nieskuteczne.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum B. nie wykazało okoliczności potwierdzających, że konkretne informacje zastrzeżone przez wykonawcę w ramach złożonych w przedmiotowym postępowaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny, czysto blankietowy, nieodnoszący się do konkretnych informacji złożonych na potrzeby tego konkretnego postępowania. Charakter przedstawionego uzasadnienia wskazuje, że zostało ono opracowane w taki sposób, aby mogło być wykorzystywane przez wykonawcę wielokrotnie na potrzeby różnych postępowań. Potwierdza to również fakt, że wezwanie do złożenia wyjaśnień Zamawiający skierował do Konsorcjum B. w dniu 30 grudnia 2024 roku, natomiast podpisy pod uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały złożone przez osoby reprezentujące wykonawcę w dniu 22 sierpnia 2024 r., tj. kilka miesięcy przed ogłoszeniem postępowania oraz w dniu 12 grudnia 2024 r., tj. zanim wykonawca otrzymał w ogóle wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Powyższe okoliczności przesądzają, że złożone przez Konsorcjum B. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane przez Konsorcjum B. w sposób skuteczny. Wobec powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień z wyłączeniem danych osobowych pracowników Konsorcjum B..

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum B., co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B., które nie wykazało, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby, zarzut powyższy jest uzasadniony.

Zamawiający w dokumentacji postępowania określił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym w załączniku nr 1 do SWZ — szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał sprawowania całodobowej ochrony Domu Kultury wraz z przyległymi terenami a także ochronę znajdujących się w Domu Kultury osób, celem zapewnienia bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej osób tam przebywających oraz celem zabezpieczenia obiektu przed uszkodzeniem, zniszczeniem i utratą mienia.

Zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 7 Formularza ofertowego, w cenie oferty musiały być uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia, w tym zmiany obowiązujących przepisów w zakresie wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wchodzących w życie w 2025 r. Zatem wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia w kalkulacji kosztów przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 roku, przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Prawo pracy oraz ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych.

Przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia 2 lutego 2025 r. do dnia 31 grudnia 2025 r., z zastrzeżeniem prawa opcji określonej w Rozdziale III ust. 16 SWZ polegającego na wydłużeniu okresu świadczenia usługi o jeden miesiąc (tj. styczeń 2026 roku). Zamawiający w pkt 4 Formularza ofertowego żądał wskazania łącznej ceny ryczałtowej za realizację zamówienia z wykorzystaniem prawa opcji.

Izba podziela pogląd, że w przypadku usług ochrony osób i mienia najistotniejszym kosztem jest koszt pracy osób zatrudnionych do realizacji zamówienia. Dla prawidłowej wyceny oferty w tym zakresie niezbędna jest wycena odpowiednio wymiaru czasu pracy, w tym z uwzględnieniem dni ustawowo wolnych od pracy, urlopów, zastępstwa w czasie choroby oraz kosztów pracy w porze nocnej.

Konsorcjum B. w złożonych wyjaśnieniach przyjęło normatyw wymiaru czasu pracy, który wypracować muszą pracownicy wykonawcy skierowani do realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego w wysokości 168 godzin, zamiast 165,82 godziny, z uwzględnieniem prawa opcji. W ocenie Izby w tym zakresie Odwołujący przedstawił jasne wyliczenia i wywody.

Z powyższego wynika, że przyjęte przez Konsorcjum B. założenia w zakresie wymiaru czasu pracy pracowników i liczby etatów są błędne, a zaoferowana cena nie uwzględnia prawidłowej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, które od 1 stycznia 2025 r. wynosi 4.666,00 zł brutto.

Dla zapewnienia realizacji usługi zgodnej z zapisami SWZ wykonawca powinien przyjąć w ofercie 4,42 etatów do realizacji podstawowego zakresu zamówienia, a tym samym powinien zatrudnić 5 kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, z czego 4 z nich zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy i 1 w niepełnym wymiarze godzin.

Konsorcjum B. zgodnie z ofertą (oświadczenie zawarte w pkt 6 Formularza ofertowego) planuje skierować do realizacji zamówienia 6 pracowników, co oznacza, że tę liczbę pracowników powinno uwzględnić w kalkulacji ceny oferty, w tym kosztów pracy.

Jak wynika z kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego, możliwie najniższy koszt zatrudnienia pracownika w ramach 1 etatu wynosi: 6 311,43 zł+ 23 % VAT / 1 etat, tj. 38,17 zł + 23 % VAT / 1 roboczogodzina usługi, podczas gdy oferta złożona przez Konsorcjum BASMA jest niższa o kwotę 7.219,12 zł brutto w skali umowy od minimalnego wyliczonego kosztu pracy pracowników ochrony fizycznej, a dodatkowo, uwzględnienie pozostałych elementów kosztotwórczych realizacji usługi zgodnie z SWZ powoduje uznanie, że cena oferty jest zaniżona w stosunku do minimalnych kosztów realizacji zamówienia.

Izba zważyła także, że Konsorcjum B. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2024 r. nie złożyło merytorycznych wyjaśnień w odniesieniu do szczegółowo opisanych przez Zamawiającego w treści wezwania wątpliwości i elementów, których wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający. Samo złożenie kalkulacji ceny oferty w formie tabeli, bez jakiegokolwiek uzasadnienia podanych w tej kalkulacji wartości, nie stanowi wyjaśnienia w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp, w szczególności, gdy wezwanie do złożenia wyjaśnień jest sformułowane w sposób konkretny i szczegółowy. Zamawiający nie może w sposób bezkrytyczny przyjmować za wiarygodną kalkulację, która nie została poparta wyjaśnieniem, w jaki sposób i na jakiej podstawie określone wartości zostały w niej przyjęte. Już tylko biorąc pod uwagę koszt nadzoru przyjęty w ww. kalkulacji przez Konsorcjum B. podważa on wiarygodność podanych wartości, zważywszy na wymagania przyjęte przez Zamawiającego w tym zakresie w SWZ. W OPZ Zamawiający postawił wymaganie *„Wykonawca przydzieli koordynatora nadzorującego pracę pracowników ochrony w budynku Zamawiającego. Koordynator odpowiedzialny będzie za sporządzanie grafików pracy oraz koordynację pracy pracowników ochrony. Osoba ta zostanie wskazana przez Wykonawcę na piśmie.”* Ponadto, zgodnie z postanowieniem SWZ, *„Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzania kontroli pracowników ochrony w budynku Zamawiającego minimum raz na dobę, w tym minimum dwa razy na tydzień w godzinach nocnych oraz w dniach ustawowo wolnych od pracy. Kontrola zostanie potwierdzona wpisem do Książki Służb. Wpis musi zawierać godzinę kontroli, uwagi oraz czytelny podpis osoby kontrolującej.”* Tymczasem niewielka wartość podana przez wykonawcę w tej pozycji, bez jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego musi być uznana za całkowicie oderwaną od rzeczywistych kosztów.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum B. została dokonana przez Zamawiającego w sposób nieuwzględniający wszystkich aspektów i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający, bez uzasadnienia merytorycznego podanych przez Konsorcjum B. kwot w kalkulacji w sposób nieuprawniony uznał je za wiarygodne i uzasadniającą cenę oferty. Złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum B., a tym samym oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum MJK do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników zostały skalkulowane poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników.

W ocenie izby zarzut powyższy potwierdził się, jednak w danych okolicznościach faktycznych i prawnych, naruszenie przepisów nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum MJK nie pozwala na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, ponieważ zaoferowana przez tego wykonawcę stawka wynosi 37,50 zł. Podkreślić należy, jak już zostało to wskazane powyżej, że w zamówieniach związanych z ochroną fizyczną osób i mienia koszt związany z zatrudnieniem jest najistotniejszym elementem cenotwórczym, który ma wpływ na całkowitą oferowaną cenę. Bezwzględny obowiązkiem wykonawcy jest skalkulowanie ceny oferty z uwzględnieniem co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę zatrudnionych pracowników, zgodnie z przepisami obowiązującym w czasie realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ustęp 3 pkt 4 tego przepisu wprowadza normę zgodnie z którą, w szczególności wyjaśnienia mogą dotyczyć 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. Ponadto, ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6, jeśli zamówienie dotyczy usług, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Podejrzanie, że cena oferty może nie uwzględniać minimalnego wynagrodzenia za pracę obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Tym samym, zaniechanie wezwania Konsorcjum MJK do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w powyższym kontekście należy traktować jako naruszenie ww. przepisów ustawy, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając fakt, że Konsorcjum MJK nie przedłużyło terminu związania ofertą i zabezpieczenia oferty wadium, Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania Konsorcjum MJK do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W tym zakresie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 239 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum B., która powinna podlegać odrzuceniu, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie przeprowadzenia rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

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 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 oraz § 7 ust. 1 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: .....**