Sygn. akt: KIO 1007/25

WYROK

Warszawa, dnia 09 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Mołdawskiej 9 (02-127 Warszawa) i „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Mołdawskiej 9 (02-127 Warszawie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 28 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Siedlcach przy ul. Witolda Pileckiego 5 (08 – 110 Siedlce)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Serwis FM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty dla Zadania 7, z uwzględnieniem ceny jednostkowej za jedną roboczogodzinę.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz zamawiającego 28 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Siedlcach w części 1/2 i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawiei „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawiei „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego 28 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Siedlcach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   3.2. zasądza od zamawiającego 28 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Siedlcach kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
   3.3. znosi wzajemnie pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zamawiającym 28 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Siedlcach koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów 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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1007/25

UZASADNIENIE

28 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Siedlcach (zwany dalej: „Zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pn. „Ochrona fizyczna osób i mienia, realizowana przez SUFO, na rzecz jednostek wojskowych", nr postępowania: W/128/2024 (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 października 2024 r., pod numerem 639202-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach

wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „PZP" lub „ustawą Pzp").

W dniu 17 marca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP" spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP - OCHRONA" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie zadania 7, polegających na:

1. unieważnieniu czynności wezwania z dnia 28 lutego 2025 r., do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny dla zadania 7, Wykonawcy – Konsorcjum w składzie Ekotrade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Ekotrade Serwis FM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej jako konsorcjum Ekotrade), mimo, że po dniu wezwania do złożenia wyjaśnień nie zaistniały żadne przyczyny obiektywnie uzasadniające unieważnienie czynności wezwania, a nadto cena zaoferowana przez Konsorcjum Ekotrade, w tym cena jednostkowa za 1 rbh, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uzasadnia skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, a następnie odrzucenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekotrade, a w następstwie uzyskania od Konsorcjum Ekotrade informacji o błędnym obliczeniu ceny, polegającym na nieskalkulowaniu wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia, w tym właściwej obsady oraz wymaganego wyposażenia, co doprowadziło do złożenia oferty z rażąco niską ceną,
3. zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekotrade w zakresie zadania 7, w następstwie uzyskania od Konsorcjum Ekotrade informacji o błędnym obliczeniu ceny, polegającym na nieskalkulowaniu wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia, w tym właściwej obsady oraz wymaganego wyposażenia,
4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ekotrade, z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 224 ust. 1 Pzp poprzez unieważnienie czynności wezwania z dnia 28 lutego 2025 r. Konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny dla zadania 7, mimo, że po dniu wezwania do złożenia wyjaśnień nie zaistniały żadne przyczyny obiektywnie uzasadniające unieważnienie czynności wezwania, a nadto cena zaoferowana przez Konsorcjum Ekotrade, w tym cena jednostkowa za 1 rbh, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uzasadnia skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekotrade i zaniechanie jej odrzucenia, mimo że:
   a) Konsorcjum Ekotrade potwierdziło pismem z dnia 6 marca 2025 r. brak możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, wskazując na brak skalkulowania wszystkich kosztów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, co świadczy o złożeniu przez tego Wykonawcę oferty z rażąco niską ceną,
   b) oferta złożona przez Konsorcjum Ekotrade zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdziły również wątpliwości Zamawiającego wyrażane w wezwaniu Konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

   - co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Ekotrade,

   ewentualnie – w przypadku uznania, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty jest przedwczesny:

   nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes wyraża się w tym, że złożył ofertę z zakresie zadania 7 przedmiotowego postępowania. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący ma więc interes w

uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w związku z wyborem oferty wykonawcy, mimo, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 01 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego i Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę fizyczną osób i mienia, realizowaną przez SUFO, na rzecz jednostek wojskowych.

Odwołujący i Zamawiający prawidłowo przedstawili stan faktyczny, nie zachodziła więc konieczność jego powtarzania.

Porządkowo jedynie Izba przytoczyła:

a)treść wezwania sporządzonego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 28 lutego 2025 r. skierowanego do konsorcjum Ekotrade:

Zamawiający – 28 Wojskowy Oddział Gospodarczy wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień potwierdzonych dowodami w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny dla zadania 7, z uwzględnieniem kosztów osobowych, kosztów wyposażenia i utrzymania, kosztów operacyjnych, takich jak obsługa kadrowa, księgowa, nadzór administracyjny czy rezerwy na nieprzewidziane wydatki.

Wezwanie spowodowane jest tym, iż cena zaoferowana przez Państwo budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia, a biorąc pod uwagę newralgiczny charakter zamówienia, do naruszenia bezpieczeństwa ochranianego obiektu będącego przedmiotem postępowania. Nadmieniam, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2020 r. (KIO 2974/20) w przypadku gdy cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to Zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień

W związku z tym iż Państwa oferta stanowi:

- 89,55 % - wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania;

Oraz złożonych ofert:

- 90,51% - oferty nr 3 złożonej przez Konsorcjum: „STEKOP" Spółka Akcyjna, ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „STEKOP – OCHRONA" Sp. z o.o., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa;

- 89,92% - oferty nr 6 złożonej przez Solid Security Sp. z o.o. ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa Solid Sp. z o.o. ul. Walerego Sławka 3, 30-633 Kraków.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny z uwzględnieniem jej części składowych min:

- kosztów osobowych;

- kosztów wyposażenia i utrzymania

- kosztów operacyjnych, takich jak obsługa kadrowa, księgowa, nadzór administracyjny;

- rezerwy na nieprzewidziane wydatki."

b)treść pisma z dnia 06 marca 2025 r. złożonego do Zamawiającego przez konsorcjum Ekotrade:

„W związku z informacją o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty, uprzejmie informuję, złożona przez nas oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny i nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Przede wszystkim, błędnie obliczyliśmy liczbę etatów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Założyliśmy jedynie 68 etatów pracowniczych i jest to liczba, która nie pozwoli nam skutecznie zrealizować usługę. Błąd w kalkulacji wynika z błędnej analizy opisu przedmiotu zamówienia pod względem wymaganej zmianowości na posterunkach.

Ponadto, w kalkulacji uwzględniliśmy potrzebę zapewnienia tylko jednego pojazdu dla pracowników ochrony. Nie jesteśmy w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia jednym pojazdem a zbyt niskie wynagrodzenie nie pozwala nam na zagwarantowanie drugiego.

Nie doszacowaliśmy również zapotrzebowania na broń palną, kamizelki kuloodporne i hełmy, których będziemy potrzebować znacznie więcej aniżeli założyliśmy w kalkulacji ceny ofertowej. Ponadto, obecnie bardzo trudno dostać na rynku tego typu wyposażenie z uwagi na toczący się konflikt zbrojny za wschodnią granicą kraju. Dostawcy nie są w stanie zapewnić nam dodatkowych egzemplarzy w wymaganym terminie, gdyż w głównej mierze eksportują je do Ukrainy.

W trosce o własną opinię, zdecydowaliśmy w ogóle nie odpowiadać na Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny oferty. W sytuacji anulowania tegoż wezwania, za konieczne uznaliśmy przyznać się do popełnionych błędów, celem umożliwienia Państwu rozważenia zasadności podjętych czynności."

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a w pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania jako przedwczesne.

Zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 1 ustawy - 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, należy podkreślić, że każdorazowo to po stronie Zamawiającego leży rozważanie i analiza czy zachodzą podstawy do żądania takich wyjaśnień, a obowiązek ten materializuje się dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską (por: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). To Zamawiający samodzielnie decyduje, w oparciu o wymagania stawiane przez siebie w postępowaniu, w oparciu o dane realia rynkowe uwzgledniające specyfikę danej usługi i wreszcie w oparciu o analizę treści złożonej przez wykonawcę oferty, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Zamawiającemu musi wydawać się, że zaoferowana cena jest rażąco niska lub musi budzić jego wątpliwość co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę.

Dostrzec należy, że użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie Zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywizmu. Przepisy ustawy Pzp. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jednakże jeśli okoliczności danej sprawy wskazują na wystąpienie takich wątpliwości na podstawie dostępnych przez Zamawiającego informacji, w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku czy ceny innych ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający powinien zwrócić się z wezwaniem do wykonawcy o wyjaśnienie czy jego cena nie jest ceną rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe rozważania ogólne, jak również uwzględniając zgromadzony materiał dowody Izba doszła do przekonania, iż cena zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade powinna skłonić Zamawiającego do przeprowadzenia analizy tak złożonej oferty, a tym bardziej pismo złożone przez konsorcjum Ekotrade z dnia 06 marca 2025 r., pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Skład orzekający uznał, ż e Odwołujący wykazał, że w przedmiotowym przypadku zmaterializowały się przesłanki uzasadniające skierowanie takiego wezwania do konsorcjum Ekotrade.

Przedmiotem zamówienia w rozstrzyganej sprawie jest usługa polegająca na ochronie fizycznej osób i mienia. Specyfika tego rodzaju usług, wskazuje na to, że podstawowym elementem zaoferowanej ceny są koszty pracy osób skierowanych do realizacji takiego zamówienia. Koszty związane z zatrudnieniem pracowników mają największy wpływ na cenę oferty, a stawka za 1 roboczogodziny, stanowi istotną częścią ceny oferty danego wykonawcy. Jak argumentował Odwołujący, przewidziana przez konsorcjum Ekotrade stawka za 1 roboczogodzinę przy uwzględnieniu kosztów osobowych wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wymogów określonych dokumentacją postępowania, nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazana stawka nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia, a co za tym idzie, tym bardziej nie pokrywa

pozostałych kosztów wynikających z realizacji umowy. Następnie Odwołujący przedstawił obliczenia i przy poczynionych założeniach (m.in., iż obowiązujące w 2025 r. minimalne wynagrodzenie brutto wynosi 4.666 zł) wskazując, że minimalne koszty zatrudnienia pracownika w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę wynoszą 39,99 zł. Wskazana kwota, zdaniem Odwołującego stanowi minimum kosztów, które będzie musiał ponieść wykonawca w związku z realizacją zamówienia.

Wskazać należy , że Zamawiający zgodnie z postanowieniami SWZ wymagał, aby osoby skierowane do realizacji umowy były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Poszczególni wykonawcy ustalając koszty zatrudnienia pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, musieli uwzględnić wymagania wskazane w postanowieniach SWZ, jak również i to, że wynagrodzenie pracowników musi by równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Co za tym idzie kwota oferty zaoferowana Zamawiającemu powinna uwzględniać wszystkie obligatoryjne składniki wynagrodzenia, jak i takie, które mogą wystąpić w trakcie realizacji umowy (np. prawo do urlopu wypoczynkowego). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że koszt jednej roboczogodziny wynagrodzenia pracownika przedstawiany przez Odwołującego obejmuje tylko wyliczenia teoretyczne. Argumentował, że Odwołujący przesłał „jakieś" wyliczenia, jednakże nie przedstawił algorytmów tych wyliczeń, a jedynie same ich wyniki. To według Zmawiającego dyskwalifikuje takie wyliczenia, ponieważ nie można dokonać prawidłowości tych obliczeń. Zamawiający również podniósł, że kalkulacja Odwołującego oparta jest wyłącznie o jeden model zatrudnienia i nie przedstawia możliwych wariantów zatrudnienia, które można było przyjąć na potrzeby kalkulacji jak np. krótsza absencja chorobowa, krótsze urlopy, inna wysokość stawek wypadkowych czy zatrudnienie osób z niepełnosprawnościami dofinansowanymi z PEFRON. Izba jednak nie podziela tej argumentacji. Odwołujący w odwołaniu wyraźnie wskazał, co uciekło uwadze Zamawiającego, że kwotę jednej roboczogodziny wyliczono przy przyjęciu następujących założeń: urlop pracownika w wymiarze 26 dni w 2025 r., jeden dzień zwolnienia chorobowego pracownika, miesięczna norma czasu pracy przy uwzględnieniu założeń Zamawiającego wynosi 166,90 h miesięcznie.

Oczywistym jest to co podnosił Zamawiający, że może być inny model zatrudnienia i przy przyjęciu innych złożeń stawka za roboczogodzinę będzie inna. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy kalkulując cenę oferty mogą skorzystać z różnych rozwiązań optymalizacyjnych, które ostatecznie przekładają się na cenę. Jednakże uwzględniając materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, iż nie jest oczywistym, że konsorcjum Ekotrade takie uwarunkowania optymalizacyjne zastosował, tym bardziej mając na uwadze pismo Ekotrade z dnia 06 marca 2025 r., nie są znane założenia jakie przy wyliczeniu stawki za roboczogodzinę przyjęło Konsorcjum Ekotrade. Stawka za roboczogodzinę wskazana przez Odwołującego, przy założeniach poczynionych przez niego z jednej strony może wskazywać na możliwość zaoferowania przez konsorcjum Ekotrade rażąco niskiej stawki za roboczogodzinę, ale nie musi. Wskazuje, że cena jednostkowa za jedną roboczogodzinę zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade nie pokrywa kosztów osobowych realizacji przedmiotu zamówienia, nie mówiąc już o tym, że cena oferty powinna obejmować swoim zakresem oprócz kosztów pracy związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę, także inne koszty wynikające z realizacji zamówienia, które niewątpliwie wykonawca będzie ponosił i nie muszą to być wszystkie inne koszty wykonania zamówienia wskazane w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie miał wątpliwości, aby oferta konsorcjum Ekotrade zawierała rażąco niska cenę. Podkreślił, że cena zaoferowana pozwala na wykonanie zamówienia i jest ceną realną, nie wykazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, a wręcz przeciwnie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Izba uznała to stanowisko jako gołosłowne. Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która by to stanowisko potwierdzała. Izba nie była w stanie z tak prezentowanego stanowiska Zamawiającego posiąść wiedzy na podstawie czego i jakich wyliczeń Zamawiający był stanie stwierdzić, że cena zaproponowana przez konsorcjum Ekotrade pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, a dodatkowo nawet na wygenerowanie zysku. Tym bardziej powyższemu przeczy pismo, które otrzymał Zamawiający od konsorcjum Ekotrade z dnia z dnia 06 marca 2025 r., gdzie zostało wskazane, że oferta złożona przez konsorcjum Ekotrade zawiera błędy w obliczeniu ceny i nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim konsorcjum wskazało, że błędnie obliczyło liczbę etatów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Założono jedynie 68 etatów pracowniczych i jest to liczba, która, jak sam podkreślił Ekotrade, nie pozwala skutecznie zrealizować usługę. Błąd w kalkulacji wynika z błędnej analizy opisu przedmiotu zamówienia pod względem wymaganej zmianowości na posterunkach. Ponadto, w kalkulacji konsorcjum Ekotrade uwzględnił potrzebę zapewnienia tylko jednego pojazdu dla pracowników w ochrony, a jednym pojazdem konsorcjum Ekotrade nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, ponieważ zbyt niskie wynagrodzenie nie pozwala na zagwarantowanie drugiego. Ekotrade nie doszacował również zapotrzebowania na broń palną, kamizelki kuloodporne i hełmy, które będą potrzebne znacznie większej aniżeli zostało to założone w kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający wskazywał, że pismo od konsorcjum Ekotrade, o tym że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny wpłynęło już po dokonaniu wybory oferty najkorzystniejszej. Izba wskazuje, iż fakt

ten jest irrelewantny wobec powyższych rozważań, ponieważ postępowanie nie zostało zakończone, a Zamawiający na każdym etapie prowadzonego postępowania może dokonać weryfikacji swoich decyzji np. poprzez ich zmianę, nawet po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej

Izby nie mogły również w tym zakresie przekonać dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego, w postaci opisu przedmiotu zamówienia oraz oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym przez 32 WOG w Zamościu na usługę ochrony fizycznej przez Odwołującego, która ma być realizowana od kwietnia 2025 r. do grudnia 2026 r. Zamawiający przedstawił te dowody na okoliczność, że warunki realizacji umowy w tamtym postępowaniu są takie same jak w postępowaniu rozstrzyganym oraz na okoliczność, że w tamtym postępowaniu Odwołujący złożył w ofercie cenę za 1 roboczogodzinę na poziomie 38,85 zł. Skład orzekający wskazuje, iż dokumentacja ta dowodzi jedynie, że w postępowaniu prowadzonym przez 32 WOG w Zamościu, Odwołujący złożył ofertę cenową na tak wyliczoną stawkę roboczogodziny. Postępowanie było prowadzone przez innego Zamawiającego, z uwzględnieniem odmiennych okoliczności i cena zaoferowana przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez 32 WOG w Zamościu nie może dowodzić tego, że cena zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade w rozpatrywanej sprawie nie jest cena rażąco niską.

Dodatkowo jak podnosił Zamawiający, do pisma z dnia 06 marca 2025 r. nie zostały załączone żadne dowody czy kalkulacje, które by uprawdopodabniały twierdzenia wykonawcy. Izba doszła do przekonania, iż sama treść pisma już powinna wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości do co tego, że cena oferty Ekotrade nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a dowody jeśli by były złączone to mogły by jedynie bardziej uwiarygodnić stanowisko Ekotrade. Również podnoszona przez Zamawiającego na rozprawie argumentacja, że pismo Ekotrade uznał jako dokument prywatny i oświadczenie to, zdaniem Zamawiającego nie ma żadnej mocy dowodowej, został uznana przez Izbę za chybioną. Podkreślić należy, że pismo złożone zostało w trakcie trwającego postępowania, jest skierowane do Zamawiającego i zostało wystosowane przez wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu.

Dlatego też Izba doszła do przekonania, że Zamawiający mając na uwadze powyższe, wymagania wskazane przez siebie w SWZ, jak również treść pisma z dnia 06 marca 2025 r., powinien dostrzec i powziąć wątpliwości analizując złożoną w postępowaniu ofertę przez konsorcjum Ekotrade, iż wskazana przez niego cena kwalifikuje się do wezwania do jej wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę, z uwzględnieniem ceny jednostkowej za jedną roboczogodzinę.

Przechodząc następnie się do zarzutu 2 wskazanego w petitum odwołania tj. odnoszącego się do zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Ekotrade pomimo, iż jak podnosił Odwołujący wykonawca ten potwierdził pismem z dnia 6 marca 2025 r. brak możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, wskazując na brak skalkulowania wszystkich kosztów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, co świadczy o złożeniu przez tego Wykonawcę oferty z rażąco niską ceną, Izba nie przychyliła się do tej argumentacji uznając, iż pisma z dnia 06 marca 2025 r. nie można było uznać jako wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba tym samym podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania 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 znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że *„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”.* Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez Zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że Zamawiający unieważniając w dniu 04 marca 2025 r. swoją czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w postępowaniu na ochronę fizyczną osób i mienia, realizowaną przez SUFO nr postępowania W/128/2024 skierowanego do konsorcjum Ekotrade, której dokonał w dniu 28 lutego 2025 r., ostatecznie nie wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne. W tym stanie rzeczy zarzut ten podlegał oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574
oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz

§ 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2 (2 zarzuty z odwołania,
z czego 1 zarzut został uwzględniony, 1 zarzut oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty Zamawiającego w wysokości 3 600 zł poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego
a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, znosząc przy tym wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników.

Przewodnicząca …….