

## WYROK

z dnia 15 grudnia 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **13 grudnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 listopada 2023 r.**

przez wykonawcę: **Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi ochrony w Akademii Mazowieckiej w Płocku* (DA.MP.232.51.2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Akademia Mazowiecka w Płocku** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**

**1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

**2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Akademia Mazowiecka w Płocku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usługi ochrony w Akademii Mazowieckiej w Płocku* (DA.MP.232.51.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 lipca 2023 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S\_142 pod poz. 453233.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

21 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez: Impel Security Solutions sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum” lub „Przystępującym”}.

27 listopada 2023 r. Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej: „Agencja” lub „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 ustawy pzp zaniechując odrzucenia oferty Konsorcjum, którego wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty: 1) są nierzetelne, ogólnikowe, lakoniczne i nieudowodnione, a tym samym nie stanowią uzasadnienia ceny tej oferty, 2) nie uwzględniają kosztów zadeklarowanego podwykonawstwa w zakresie grup interwencyjnych, 3) zaniżają koszty wynagrodzeń pracowników oraz koszty roboczogodziny, wobec braku wykazania przysługiwania na każdego z ośmiu niepełnosprawnych kwalifikowanych pracowników ochrony dofinansowania z PFRON w kwocie 1350 zł, 4) nie uwzględniają w kalkulacji innych niezbędnych kosztów, 5) zaniżają koszt wynagrodzenia urlopowego przez jego wyliczenie dla zaniżonej liczby dni urlopu przysługujących pracownikowi w ciągu roku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownej oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum.
4. Wyboru oferty Agencji jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania powyższy zarzut został następująco sprecyzowany odnośnie wypunktowanych w jego ramach aspektów.

{ad 1) ogólność wyjaśnień i brak stosownych dowodów}

Odwolujący zarzucił, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia nie tylko nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie, ale wynika z nich, że rażąco niska jest zarówno cena oferty, jak i istotne jej część składowa, tj. koszt wynagrodzeń pracowników mających wykonywać usługę.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów potwierdzających prawidłowość złożonych wyjaśnień.

Odwolujący wywiódł, że o ile zamawiający co do zasady nie może wymagać, aby wykonawca składał dowód na każdą kwotę przewijającą się w wyjaśnieniu o tyle jest to niezbędne w zakresie pozycji, które wskazują na obniżenie kosztów w stosunku do standardowych kosztów wykonania usługi np. co do dofinansowania z PFRON.

{ad 2) –nieuwzględnienie podwykonawstwa w zakresie grup interwencyjnych}

Konsorcjum w pkt 6 formularza oferty oświadczyło, że zobowiązuje się realizować zamówienie za pomocą grupy interwencyjnej działającej na terenie administracyjnym miasta Płocka, składającej się z pracowników zatrudnionych przez podwykonawcę – nie dysponuje własną grupą interwencyjną.

Odwolujący zarzucił, że pomimo tego Konsorcjum nie uwzględniło w kalkulacji kosztów podwykonawstwa w tym zakresie.

{ad 3) – zaniżenie kosztów zatrudnienia o dofinansowanie z PFRON }

Odwolujący zarzucił, że złożone wyjaśnienia są niewiarygodne, gdyż Konsorcjum nie wykazało, że zatrudnia osoby, na które przysługuje średnio dofinansowanie w kwocie 1350 zł, a które jednocześnie: 1) są kwalifikowanymi pracownikami ochrony, 2) są niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym, 3) nie są emerytami mundurowymi. Według Odwołującego konieczność wykazania tych okoliczności wynika z wyjątkowości możliwości zatrudnienia osób spełniających wszystkie powyższe kryteria.

W szczególności uzyskanie przez pracownika niepełnosprawnego pozytywnego wyniku badań uprawniających do wpisu na listę kwalifikowanych pracowników jest sytuacją wyjątkową. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia kwalifikowani pracownicy ochrony wykonują czynności w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych oraz wchodzi w skład zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne. Z kolei według art. 26 ust. 3 pkt 7 tej ustawy na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła. Ponadto zgodnie z art. 32 tej ustawy badania te są weryfikowane co 3 lata, a także po każdym okresie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą trwającą dłużej niż 6 miesięcy. Z kolei rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej określa bardzo szeroko zakres tych badań, które w szczególności obejmują ogólne badanie stanu zdrowia, w tym ocenę narządu słuchu i równowagi, układu krążenia, układu ruchu i układu nerwowego oraz specjalistyczne badania okulistyczne.

Konsorcjum w kalkulacji uwzględniło dofinansowanie z PFRON w zakresie każdej godziny świadczenia usług przez ośmiu pracowników, jednakże nie przedstawiło dowodów potwierdzających, ani zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym przez cały okres realizacji zamówienia (np. zaświadczenia o stopniu niepełnosprawności, orzeczenia o niepełnosprawności, badań lekarskich), ani uzyskiwanie takiego dofinansowania (np. decyzji, zaświadczenia lub przelewów potwierdzających uzyskanie wsparcie).

Natomiast Konsorcjum przedstawiło jedynie wnioski o uzyskanie dofinansowania z PFRON.

{ad 4) – nieuwzględnienie kosztów monitoringu}

Odwolujący zarzucił, że Konsorcjum nie uwzględniło w kalkulacji kosztów przewidzianego w opisie przedmiotu tego zamówienia monitoringu.

{ad 5) – zaniżenie kosztów rezerwy urlopowej i chorobowej}

Konsorcjum podało w wyjaśnieniach (w rama załączonej jako dowód nr 1 kalkulacji) wartość rezerwy urlopowej i chorobowej bez przedstawienia, w jaki sposób została ona wyliczona.

Odwolujący zarzucił, że wyjaśnienia w tym zakresie należy uznać za niewiarygodne. Natomiast ewentualne przedstawienie stosowanych wyliczeń dopiero na etapie postępowania odwoławczego należałoby uznać za spóźnione.

Konsorcjum na potrzeby kryterium pozacenowego wskazało (w załączniku nr 9), że dziesięciu pracowników ma co najmniej 5-letnie doświadczenie jako kwalifikowani pracownicy ochrony

Zasadą jest przysługiwanie pracownikom z 10-letnim stażem, do którego wlicza się okres nauki adekwatnie do posiadanego wykształcenia (średnie ogólnokształcące – 4 lata, średnie zawodowe – 5 lat, policealne – 6 lat, wyższe – 8 lat), 26 dni (niepełnosprawni dodatkowe 10 dni) urlopu rocznie.

Odwolujący zarzucił, że niemożliwe jest, aby kwalifikowanemu pracownikowi ochrony z 5-letnim stażem przysługiwało jedynie 20 dni urlopu (pracownik pełnosprawny), a nie 26 dni. Tym bardziej niemożliwa jest sytuacja, w której taki kwalifikowany pracownik ochrony z 5-letnim stażem jest niepełnosprawny i przysługuje mu 30 dni urlopu, a nie 36 dni.

Odwolujący podał, że podstawowe koszty pracodawcy związane z zatrudnianiem osób Niepełnosprawnych wynikające z ustawy o rehabilitacji zawodowej przedstawiają się następująco. Po pierwsze, z art. 20 ust. 1 tej ustawy wynika, że osoba o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia: 1) w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku (z zastrzeżeniem art. 10f ust. 1 pkt 2); 2) w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy. Po drugie, obowiązkowe wpłaty na Fundusz Rehabilitacji z art. 21 ust. 1 tej ustawy..

Odwolujący zarzucił, że wyliczenie kosztów pracy przedstawione przez Konsorcjum nie uwzględnia tych dodatkowych kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 grudnia 2023 r. wniósł o jego oddalenie, co w szczególności następująco uzasadnił.

Zaznaczył, że w wezwaniu z 1 września 2023 r. żądał udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów tylko co do wyliczenia stawki roboczogodziny pracownika ochrony, gdyż w tym zakresie powziął wątpliwości.

W odpowiedzi 6 września 2023 r. Konsorcjum udzieliło szczegółowych, rzetelnych i spójnych wyjaśnień oraz złożyło dowody w zakresie, jaki uznało za istotny. Przede wszystkim w załączniku pn. „Dowód nr 1 Szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania usługi oraz ceny za 1 roboczogodzinę – Tabeli a oraz Tabela C (Prawo opcji) Formularza cenowego” przedstawiło szczegółowe wyliczenia oraz wyjaśniło również, że w ramach zamówienia w okresie 12 miesięcy do wypracowania przez pracowników ochrony jest 30658 roboczogodzin. Zatem usługę wykona w ramach 15,21 etatu (30658 rbg / 12 miesięcy / 168 godzin normatywu etatu), kierując do realizacji 16 osób zatrudnionych na umowę o pracę, z czego 8 osób będzie osobami pełnosprawnymi w ramach 7,21 etatu a 8 osób na pełny etat będzie z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, przy czym wszyscy pracownicy będą kwalifikowanymi pracownikami ochrony z doświadczeniem do 10 lat. Konsorcjum zwróciło uwagę, że przyjęte założenia są zgodne z wyjaśnieniami treści SWZ z 21 sierpnia 2023 r., w których Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 dopuścił realizację usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, pod warunkiem, że nie może być tego stopnia, aby powodowała utratę zdolności fizycznej lub psychicznej do wykonywania zadań. Konsorcjum wyjaśniło również, że w ramach podanego harmonogramu posterunków do wypracowania w porze nocnej średniomiesięcznie będą 244 godziny, za które zostanie doliczony dodatek za pracę w porze nocnej (21:00-7:00), który wynosi 4,33 zł za godzinę nocną. Zatem w kosztach pracy ujęto dla każdego etatu po 16,04 godziny nocnej (244 godziny nocne/15,21 etatu tj. 16,04). Konsorcjum podało również, że w kalkulacji ceny uwzględniono znane na dzień składania ofert minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości średniomiesięcznej w kwocie 3600 zł brutto oraz obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne. W kalkulacji ceny uwzględniono również obowiązkową rezerwę na zastępstwa urlopowo-chorobowe, przy czym w przypadku osób z niepełnosprawnością w umiarkowanym stopniu przyjęło rezerwę na zastępstwa urlopowe (20 dni+10 dodatkowych dni urlopu rehabilitacyjnego dni) i chorobowe miesięcznie 564,97 zł. Konsorcjum przedstawiło także wyliczenie miesięcznego kosztu wyposażenia wymienionego w opisie przedmiotu zamówienia. Wyjaśniło, że w ramach zamówienia w okresie 12 miesięcy do wypracowania przez pracowników ochrony w ramach opcji jest 3700 roboczogodzin. Zgodnie z przedstawionymi wyliczeniami koszt roboczogodziny pracy wraz z wyposażeniem zarówno dla zamówienia podstawowego, jak i zakresu opcjonalnego został wyliczony na 25,72 zł.

Z kolei 15 listopada 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o wyjaśnienie dwóch kwestii: 1) przyjętego w kalkulacji założenia 20 dni urlopu rocznie pracowników ochrony, 2) wyliczenia kosztów działania grupy interwencyjnej.

W odpowiedzi 20 listopada 2023 r. Konsorcjum wyjaśniło, że do realizacji zamówienia zamierza skierować osoby z doświadczeniem powyżej pięciu lat, ale też nieprzekraczającym dziesięciu lat, a zgodnie z art. 154 § 1 Kodeksu pracy wymiar urlopu wypoczynkowego wynosi wtedy 20 dni. Ponadto przedstawiło szczegółowe wyliczenie rezerwy urlopowej oraz kosztów miesięcznych zastępstwa.

Odnośnie kosztów podwykonawstwa w zakresie działania grupy interwencyjnej, Konsorcjum wyjaśniło, że zgodnie z formularzem cenowym – Tabela B, uwzględniło koszt gotowości do podjęcia interwencji przez grupę interwencyjną wraz z dokonaniem pięciu interwencji (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia) na podstawie rozeznania cenowego wśród stałych podwykonawców. We własnym zakresie Konsorcjum zapewni monitorowanie

sygnałów alarmowych z lokalnych systemów sygnalizacji włamania dla ośmiu lokalizacji (oraz ośmiu central alarmowych) oraz montaż nadajnika napadowego w jednym z obiektów oraz demontaż po zakończeniu usługi. Miesięcznie, wliczając narzut na koszty podwykonawcy w zakresie grup interwencyjnych, koszt został oszacowany netto na 1.668,83 zł, co po powiększeniu o marżę w wysokości 163,56 zł daje 1832,39 zł wskazane w formularzu ofertowym.

Zamawiający podkreślił, że nie żądał złożenia imiennego wykazu kwalifikowanych pracowników ochrony z podaniem ich doświadczenia, stopnia niepełnosprawności i uprawnień do świadczeń emerytalnych. Według Zamawiającego odwołanie polega na zarzucaniu braku w wyjaśnieniach Konsorcjum określonych dowodów bez brania pod uwagę zakresu wezwań. Tymczasem Konsorcjum odpowiednio do zakresów wezwań udzieliło szczegółowych, rzetelnych i spójnych wyjaśnień, przedstawiło szczegółowe wyliczenia (kalkulacje) orazложиło dowody w takim zakresie, jakie uznało za istotne dla wyliczenia ceny roboczogodziny jednego pracownika ochrony. Jednocześnie w ocenie Zamawiającemu nigdzie w odwołaniu nie została podważona prawidłowość wyliczeń przedstawionych przez Konsorcjum.

W zgłoszeniu przystąpienia z 4 grudnia 2023 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, argumentując w sposób zbieżny z treścią odpowiedzi na odwołanie, w tym przedstawiając treść złożonych na oba wezwania wyjaśnień co do przyjętych założeń i sposobu wyliczenia poszczególnych cen składowych, o które został zapytany przez Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko, a Przystępujący poparł Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym odwołaniem zaniechaniem odrzucenia wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

#### **Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:**

Nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących przebiegu badania przez Zamawiającego ceny oferty złożonej przez Konsorcjum, gdyż adekwatnie został on przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast w odwołaniu pominięto w szczególności drugi etap tej procedury, dotyczący akurat kosztów, których pominięcie (grupa interwencyjna, monitoring) lub niewystarczające wyjaśnienie (rezerwa urlopowo-chorobowa) było zarzucane.

Reasumując, wyjaśnienia złożone Konsorcjum w pełni czyniły zadość wezwaniom Zamawiającego, zarówno co do poziomu ich szczegółowości, jak i co do treści, która wystarczająco uzasadnia cenę złożonej oferty.

Natomiast kwestionowanie tego faktu w odwołaniu zasadza się na wybiórczym prezentowaniu okoliczności oraz nieuprawnionym w świetle omówionych poniżej przepisów ustawy pzp utożsamieniu należytego uzasadnienia ceny z udowodnieniem treści wyjaśnień załączonymi do nich dowodami.

Podkreślić należy, że rachunkowa poprawność i kompletność wyliczeń zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum nie była kwestionowana. Z kolei kwestionowanie przyjętych przez Konsorcjum założeń co do osób przewidzianych do wykonania zamówienia sprowadza się w uzasadnieniu odwołania do powtarzania tezy, że są one nierealne, co nie zostało w żaden sposób wykazane.

Przy czym Izba nie wzięła pod uwagę pisma procesowego i oddaliła dowody wnioskowane na rozprawie w takim zakresie, w jakim zmierzały one do doprecyzowania tego zarzutu już po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania.

#### **W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.**

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, która miałaby zawierać rażąco niską cenę z tego względu, że złożone wyjaśnienia dotyczące tej ceny rzekomo nie były wystarczająco konkretne i udowodnione.

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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie

przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn.

akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w oczywisty sposób nie sprostał temu, gdyż *de facto* nie podważył treści wyjaśnień pod względem merytorycznym, a ograniczył się głównie do kwestionowania ich waloru dowodowego.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Odwołujący, przyjmując skrajnie formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie twierdzi, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie oferty pod kątem realności ceny. Zdaniem Izby prawidłowa, a zatem pogłębiona analiza treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, które obejmują kalkulację istotnych składowych ceny oferty, prowadzi do wniosku, że nie jest ona rażąca w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego zakresem tego zamówienia. Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanej sprawie stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sądu Zamówień Publicznych) z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Reasumując, zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień, co miałyby obligować go do odrzucenia oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą, nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzonego złożoną fakturą VAT), stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) obciążono nimi Odwołującego.