

Sygn. akt: KIO 2177/23

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 7 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Silesia Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzką i Miejską Bibliotekę Publiczną im. Josepha Conrada - Korzeniowskiego z siedzibą w Gdańsku** przy udziale wykonawcy **MSA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy MSA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć odwołującego i zamawiającego w 1/2 części, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 758,50 zł. (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

3.3. znosi wzajemnie koszty stron postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2177/23

UZASADNIENIE

Wojewódzka i Miejska Biblioteka Publiczna im. Josepha Conrada #x200e- Korzeniowskiego z siedzibą w Gdańsku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi ochrony mienia oraz dozoru dla Wojewódzkiej i Miejskiej Biblioteki Publicznej w Gdańsku; sygn. sprawy: ZAMPUB.2610.3.2023 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00270421/01.

W dniu 25 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Silesia Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** (dalej „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności polegającej na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MSA Security Sp. z o.o. z siedzibą

w Gdańsku (dalej: „MSA” lub „przystępujący”) oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MSA.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MSA w sytuacji, gdy nie udźwignął on ciężaru udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie oferty MSA.

Odwołujący, na potwierdzenie swoich zarzutów przywołał następującą argumentację.

W pierwszej kolejności przypomniał, że zamawiający w dniu 4 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę MSA do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, która zdaniem zamawiającego wydaje się rażąco niska. Podkreślił przy tym, że skierowane wezwanie było bardzo szczegółowe. Zamawiający przytoczył zarówno fragment treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jak również otwarty katalog kosztów, które MSA powinien szczegółowo uzasadnić i udowodnić. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, działając w zgodzie z obowiązującymi przepisami, wyraźnie wskazał, iż oczekuje przedstawienia wyjaśnień, ale również dowodów potwierdzających ich prawidłowość. Zamawiający wielokrotnie wskazywał właśnie na konieczność udowodnienia twierdzeń przez MSA. Dość powiedzieć, że na ostatniej stronie wezwania zamawiający wprost wskazał, że obowiązkiem MSA jest złożenie wyjaśnień w sposób wyczerpujący, aby mogły one rozwiązać wszelkie ewentualne wątpliwości zamawiającego.

Tymczasem MSA, mimo bardzo czytelnego w swym przekazie wezwania, nie przedstawił zamawiającemu żadnych, nawet najprostszyc dowodów, na potwierdzenie okoliczności opisanych w wyjaśnieniach. W opinii odwołującego, brak przedstawienia przez MSA jakichkolwiek dowodów powinien być traktowany jak nieudzielenie wyjaśnień w ogóle. Tym samym powinno być to podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Na poparcie swego stanowiska odwołujący przedstawił szereg tez z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt KIO 2426/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1012/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1058/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1166/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 600/21).

W ocenie odwołującego, niezależnie od zaprezentowanych powyżej zastrzeżeń, MSA zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę, która jest nierealna, nierynkowa i nie dająca w najmniejszym stopniu gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Deklaracje składane przez MSA mają jedynie charakter czysto matematyczny oraz nie uwzględniają skali koniecznego zaangażowania wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia. Kalkulacja, którą przedstawił MSA, ma na celu zbudować fikcję zgodności jej elementów ze złożoną przez niego ofertą, bez uwzględnienia realnych potrzeb zamawiającego oraz postawionych przez niego wymagań.

Odwołujący w treści odwołania odniósł się kolejno do wybranych elementów wyjaśnień, zwracając w pierwszej kolejności uwagę, że MSA wskazał na specyficzną strukturę zatrudnienia pracowników ochrony. Wykonawca ten, opierając się na własnych doświadczeniach, nabytych podczas prowadzenia działalności a dotyczących aspektów: wieku zatrudnianych osób oraz historii i sposobu ich zatrudnienia w przeszłości, przyjął następujący rozkład zatrudnienia: mężczyźni poniżej 60 roku życia i kobiety poniżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 26 dni - 5%; mężczyźni poniżej 60 roku życia i kobiety poniżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 20 dni - 15%; mężczyźni powyżej 60 roku życia i kobiety powyżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 26 dni - 5%; mężczyźni powyżej 60 roku życia i kobiety powyżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 20 dni - 75%. Odwołujący zauważył, że tak chirurgiczna precyzja w opisie struktury zatrudnienia wskazuje, że MSA dysponuje konkretnym personelem, który zamierza skierować do realizacji zamówienia. Jeżeli tak rzeczywiście jest, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wraz z wyjaśnieniami ceny wykonawca ten złożył dowody potwierdzające wyjątkowe przymioty pracowników. Podkreślił, że bardzo nietypowe jest, aby osoby w wieku powyżej 60 lub 55 lat posiadały prawo tylko do 20 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku. W końcu prawo do 26 dni urlopu wypoczynkowego nabywa się już po uzyskaniu 10 lat stażu pracy, w który to okres wlicza się czas pobierania nauki, co potwierdza przepis art. 155 § 1 kodeksu pracy. Założenia przedstawione przez MSA zdają się wzajemnie wykluczać.

Również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że tak specyficzne założenia kalkulacji koniecznie muszą znaleźć potwierdzenie w dowodach złożonych wraz

z wyjaśnieniami ceny oferty. Przywołał, na poparcie swoich twierdzeń, między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2833/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2773/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1277/22.

Ponownie zaznaczył, że MSA założył, że aż 75 % pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia będzie w wieku odpowiednio powyżej 60 lat lub 55 lat, i jednocześnie będzie miało prawo tylko do 20 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku. Nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie dysponowania takimi pracownikami, tymczasem jest to kluczowe zagadnienie dla możliwości zweryfikowania ceny jego oferty.

W przypadku, gdy MSA takimi osobami nie dysponuje, to nie będzie w stanie zrealizować zamówienia w sposób należyty, gdyż zaoferowana przez niego cena nie pozwoli pokryć kosztów realizacji zamówienia - potwierdza to nawet własna kalkulacja MSA przygotowana dla osób, którym przysługuje 26 dni urlopu, gdzie same koszty pracy bez dodatku za pracę

w porze nocnej obliczono na 28,70 zł./ rbg (co razem z dodatkiem za pracę w porze nocnej da powyżej 30 zł./ rbg, podczas gdy MSA zaoferował realizację zamówienia za 29,92 zł./ rbg bez VAT). Tak kluczowa możliwość optymalizacji cenowej powinna być udowodniona przez wykonawcę, tymczasem zamawiający bezrefleksyjnie przyjął za wiarygodne same oświadczenia MSA. Zdaniem odwołującego MSA przyjął także nierealne założenie, że żaden

z pracowników ochrony nie skorzysta z ani jednego dnia zwolnienia chorobowego w trzyletnim okresie realizacji zamówienia. Potwierdza to pozycja „miesięczna rezerwa chorobowa” w przedstawionych kalkulacjach, przy której wskazano koszty na poziomie 0 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt jednego dnia zwolnienia chorobowego jednego pracownika to ok. 60 zł. Przy bardzo niskim zysku kalkulacyjnym założonym przez MSA (tylko 631,62 zł. na cały trzyletni kontrakt), już 11 dni nieprzewidzianego zwolnienia chorobowego

w trzyletnim okresie realizacji zamówienia, skutkować będzie utratą rentowności kontraktu i nienależytym wykonaniem zamówienia. W kalkulacji rezerwy urlopowej MSA uwzględnił jedynie wynagrodzenie zasadnicze brutto pracownika, pomijając dodatek za pracę w porze nocnej oraz składki ZUS. W takiej sytuacji nie będzie w stanie pokryć pełnych kosztów zastąpienia pracownika przebywającego na urlopie, gdyż osobie zastępującej trzeba zapłacić dodatek za pracę w porze nocnej oraz składki ZUS. W konsekwencji wykonawca dopuści się nienależytej realizacji przedmiotu zamówienia. Prawidłowo obliczone koszty rezerwy urlopowej dla osoby w wieku poniżej 60 lat w przypadku mężczyzn i poniżej 55 lat w przypadku kobiet, którym przysługuje prawo do 26 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku (czyli

w rzeczywistości dla zdecydowanej większości pracowników) wynoszą około 480 zł. miesięcznie. MSA oszacował te koszty na poziomie tylko około 370 zł. miesięcznie.

Odwołujący przypomniał, że na ostatniej stronie wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty, zamawiający wskazał jakie elementy wyceny ofertowej powinny zostać uwzględnione w wyjaśnieniach. MSA składając je pominął koszty dysponowania całodobowym centrum monitorowania, koszty osoby nadzorującej pracę pracowników ochrony, koszty szkoleń pracowników, koszty ogólnozakładowe. Ewentualne uwzględnienie ich wszystkich pod enigmatyczną pozycją „koszty administracyjne” wydaje się mało prawdopodobne, bowiem koszty z tego tytułu oszacowano na tylko 421,08 zł. w całym trzyletnim okresie realizacji zamówienia. Taka kwota nie wystarczy nawet na pokrycie kosztów pracy osoby nadzorującej pracę pracowników ochrony, bowiem z dokumentów zamówienia wynika, że zamawiający oczekuje minimum dwóch kontroli pracowników w skali tygodnia, czyli 312 w całym okresie realizacji zamówienia. Niemożliwym jest przeprowadzenie jednorazowej kontroli pracowników za cenę około 1 zł (421 zł./ 312 kontroli = 1,35 zł.).

W podsumowaniu swojego stanowiska odwołujący wskazał na ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami oraz nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo - jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (tak między innymi w wyroku KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16; wyroku KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10; wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05; wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. między innymi wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Zaznaczył, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, oznacza przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe wynika wprost z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślił jednocześnie, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego, udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. Z kolei brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15).

Zdaniem odwołującego MSA, odpowiadając na wezwanie, przedstawił jedynie ogólną metodologię szacowania kosztów, nie popartą żadnymi wiarygodnymi dowodami. Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu, w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem.

Zarówno mając na względzie brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jak i treść wezwania do wyjaśnień z 4 lipca 2023 r., nie budzi wątpliwości, że zamawiający wymagał przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w treści wezwania wręcz kilkakrotnie podkreślał obowiązek złożenia dowodów, tymczasem MSA nie złożył żadnych dokumentów uwiarygadniających przedstawioną kalkulację pomimo, iż obiektywnie miał taką możliwość. Wyjaśnienia MSA opierają się w zasadzie wyłącznie na przedstawionej kalkulacji, która stanowi li tylko oświadczenie wykonawcy o sposobie skalkulowania ceny, która nie została poparta żadnymi dodatkowymi wyjaśnieniami uwiarygadniającymi, z czego wynika przyjęcie określonych kosztów na wskazanym poziomie i na potwierdzenie której nie przedstawiono żadnych dowodów.

Sam Urząd Zamówień Publicznych wskazuje w komentarzu do ustawy Pzp, że: Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia.

W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami. Tymczasem MSA nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, potwierdzających okoliczności, które rzekomo pozwoliły mu na obniżenie ceny swojej oferty. MSA nie sprostował obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż ograniczył się do złożenia lakonicznych oświadczeń i pozostawił domysłem zamawiającego wpływ określonych okoliczności na możliwość obniżenia ceny swojej oferty do bardzo niskiego poziomu, odbiegającego od cen rynkowych.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że na podstawie złożonych wyjaśnień, zamawiający nie był uprawniony do uznania, że potwierdzają one okoliczność, iż cena zaoferowana przez MSA nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie są kompletne, podczas gdy MSA powinien odpowiedzieć na wezwanie w sposób pełny i wyczerpujący. Wyjaśnienia powinny zawierać opis takich zobiektywizowanych okoliczności, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować prawidłowość wyjaśnień,

a w szczególności, aby możliwe było dokonanie oceny czy doszło do zaoferowania ceny

na rażąco niskim poziomie. Analiza wyjaśnień MSA nie daje podstaw do uznania,

że uwiarygadniają one realność zaoferowanej ceny i jej adekwatność do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy złożone wyjaśnienia, jako niepełne, lakoniczne i nie poparte dowodami, nie dawały zamawiającemu możliwości potwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,

o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **MSA Security Sp. z o.o. z siedzibą w**

Gdańsku.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie - pismo z 3 sierpnia 2023 r., wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadne.

Odwołujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, w piśmie procesowym z 4 sierpnia 2023 r., odnosząc się do twierdzeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i wykonawcy MSA, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta odwołującego, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, uplasowała się na drugiej pozycji. Tym samym uwzględnienie odwołania oraz odrzucenie oferty MSA, poprzedzającej odwołującego w rankingu ofert, miałoby bezpośrednio wpływ na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Gdyby oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, miałby on możliwość zrealizować zamówienie i osiągnąć z tego tytułu zysk.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w SWZ, jest wykonywanie bezpośredniej ochrony fizycznej mienia Wojewódzkiej i Miejskiej Biblioteki Publicznej w Gdańsku oraz ochrona elektroniczna w formie monitoringu, polegającego na dozorze sygnałów z urządzeń alarmowych w budynku głównym WiMBP przy Targu Rakowym 5/6 realizowane poprzez: dozоровanie obiektu przez pracowników wykonawcy, całodobowe monitorowanie wewnętrznego systemu alarmowego.

Termin wykonania zamówienia: od dnia 30 września 2023 r. godz. 12:00 do dnia 30 września 2026 r. godz. 15:00 - 36 miesięcy.

Zamawiający zastrzegł ponadto, że ze względu na specyfikę ochranianego obiektu, konieczność obsługi centrali ppoż., powierzchni budynku, konieczność sprawdzania przyczyny włączania się czujek dymu (łącznie ilość 220 szt.) w określonym czasie, aby wszystkie osoby skierowane do realizacji Umowy posiadały aktualne badania lekarskie, brak jakichkolwiek ograniczeń psychofizycznych, uszkodzonego narządu ruchu w jakimkolwiek stopniu. Zamawiający wykluczył możliwość zatrudnienia osób, co do których wydane zostało orzeczenie o niepełnosprawności. Osoby te muszą być gotowe do podjęcia działań interwencyjnych o charakterze ochronnym w przypadku zaistnienia stanu bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia albo uszkodzenia mienia. Ponadto wymagał aby osoby te były zatrudnione na podstawie stosunku pracy, na zasadach określonych w projekcie Umowy (Załącznik nr 1 do SWZ). Zamawiający jednocześnie nie dopuścił możliwości, aby ewentualne godziny nadliczbowe, wykraczające poza miesięczny wymiar etatu, mogły być wypracowywane w ramach umów cywilno - prawnych.

Skład orzekający ustalił, że w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert w postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców. Wykonawca MSA złożył ofertę za cenę 775 336,81 zł. brutto, z kolei

odwołując zaproponował za realizację zamówienia cenę brutto 792 518,89 zł.

Zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 902 042,97 zł. brutto.

Pismem z 4 lipca 2023 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawców (w tym MSA) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w zakresie:

(i) 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; (ii) zgodności

z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający przypomniał wymagania, jakie zawarł w treści SWZ odnośnie osób skierowanych do realizacji zamówienia, w tym dotyczące obowiązku ich zatrudnienia

na umowę o pracę, niezależnie od tego, czy prace te będzie wykonywał wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca (tzw. pracownicy fizyczni). Przywołał treść Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r., poz. 1952) przypominając, że od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3 600,00 zł. oraz minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł. Wskazał też, że wykonawca winien dodatkowo uwzględnić, że zgodnie z SWZ zobowiązany jest skierować pracowników ochrony do pełnienia służby w systemie zmianowym w następujących godzinach: (a) poniedziałki, wtorki, środy, czwartki, piątki (w dni powszednie); jedna osoba na zmianie w godzinach 15.00-8:00 (17 h); (b) soboty, niedziele, dni ustawowo wolne od pracy (święta), jedna osoba na zmianie całodobowo (24 h). W treści wezwania wyliczył, że minimalna stawka za 1 roboczogodzinę wynosi 30,60 zł., przy czym obliczona przez niego stawka obejmuje wyłącznie koszty pracy z tytułu zatrudnienia za minimalnym wynagrodzeniem.

Ponadto wykonawca zobowiązany jest do wyznaczenia koordynatorów ochrony do przeprowadzania czynności kontrolnych z wykluczeniem osób świadczących usługę ochrony osób i mienia w budynku zamawiającego. Kontrole jakości usług mają odbywać się raz w tygodniu w godz. 6.00 - 22.00 oraz raz w tygodniu w godz. 22.00 - 6.00. Wykonawca powinien też uwzględnić w swojej cenie pozostałe koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym min.: koszty dysponowania całodobowym centrum monitorowania, koszty osoby nadzorującej i kontrolującej (koordynatora) pracę pracowników ochrony fizycznej, koszty dysponowania zmotoryzowanym patrolem interwencyjnym, koszty umundurowania i wyposażenia, koszty szkoleń pracowników, koszty ogólnego zarządu (koszty ogólnozakładowe), zysk.

Zamawiający zaznaczył, że od złożonych wyjaśnień oraz dowodów zależeć będzie ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Prosimy o złożenie wyjaśnień w sposób wyczerpujący, aby mogły one rozwiązać wszelkie ewentualne wątpliwości zamawiającego.

Jak wynika z akt sprawy, pismem z 10 lipca 2023 r. wykonawca MSA przedstawił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny. W pierwszej kolejności zauważył, że zaoferowana łączna kwota oferty wynosi 630 356,76 zł. netto / 775 338,81 zł brutto, z kolei stawkę za jedną roboczogodzinę przyjęto 29,92 zł netto / 36,83 zł brutto.

Wykonawca przedstawił także wyliczenia stawki wraz z przyjętymi założeniami, w pierwszej kolejności zwracając uwagę, że specyfika przedmiotu zamówienia jakim są usługi ochrony osób i mienia opiera się przede wszystkim na kosztach związanych z zatrudnieniem osób. Zadeklarował, że uwzględnił w swojej ofercie także koszty obsługi kontraktu wymienione w SWZ.

Zaproponowana oferta dotycząca bezpośredniej ochrony fizycznej oszacowana na kwotę 630 356,76 zł netto opiera się na przedstawionych wyliczeniach. Usługi ochrony mienia opodatkowane są w zakresie VAT stawką 23%, co przekłada się na wartość usługi brutto 775 338,81 zł. Wykonawca kalkulując cenę uwzględnił stawki minimalnego wynagrodzenia jakie obowiązywać będą w 2023 r., zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (od 1 lipca 2023 r.).

Na potrzeby kalkulacji przyjął, że w ramach przedmiotu zamówienia przepracowanych zostanie w trakcie 36 miesięcy 21 054 roboczogodzin. Wyliczył powyższe w następujący sposób: 750 dni roboczych x 17 godzin + 346 dni wolnych (soboty, niedziele i święta) x 24 godziny = 21 054 rbg. Przyjęta w ofercie stawka godzinowa za usługę ochrony wynosi 36,83 zł. brutto / 29,92 zł. netto.

Dalej przedstawił strukturę zatrudnienia w jego firmie. Wyjaśnił, iż założył, że osoby pełniące służbę w obiektach stałych będą zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca nie zatrudni do realizacji zamówienia osób z orzeczoną stopniowością o niepełnosprawności. Opierając się na własnych doświadczeniach, nabytych podczas prowadzenia działalności, a dotyczących aspektów wieku zatrudnianych osób oraz historii i sposobu ich zatrudnienia w przeszłości, przyjął następujący rozkład zatrudnienia: (i) mężczyźni poniżej 60 roku życia i kobiety poniżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 26 dni - 5%; (ii) mężczyźni poniżej 60 roku życia i kobiety poniżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 20 dni - 15%; (iii) mężczyźni powyżej 60 roku życia i kobiety powyżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 26 dni - 5%; (iv) mężczyźni powyżej 60 roku życia i kobiety powyżej 55 roku życia, które nabyły uprawnienia do urlopu w ilości 20 dni - 75%. Ponadto, wykonawca załączył do wyjaśnień szczegółową kalkulację kosztu 1 roboczogodziny dla wymienionych powyżej wariantów zatrudnienia dla stawek obowiązujących od 1 lipca 2023 r.

Wyliczając uśrednioną stawkę 1 rbg wykonawca użył formuły, która odpowiada dokonanyemu założeniu dotyczącemu struktury zatrudnienia: $28,70 \text{ zł} \times 5\% + 28,08 \text{ zł} \times 15\% + 28,09 \text{ zł} \times 5\% + 27,49 \text{ zł} \times 75\% = 27,67 \text{ zł netto}$. W ten sposób całkowity, uśredniony koszt 1 rbg wynosi: 27,67 zł netto.

Wyjaśnił, że w przedstawionych wyliczeniach nie uwzględnił składki PPK z uwagi na zaobserwowany u pracowników brak zainteresowania przystąpieniem do programu.

Z kolei dodatek nocny został przyjęty zgodnie z obowiązującym Kodeksem Pracy. Dodatek do każdej godziny nocnej z uwzględnieniem kosztów pracodawcy wynosi średnio 5,10 zł. Wykonawca wyliczył dodatek nocny do 1 godziny stawki w ujęciu miesięcznym następująco: średnia ilość godzin nocnych w miesiącu: 243,3 rbg (8 rbg x 365 dni / 12 miesięcy); koszt dodatku nocnego w miesiącu: 243,3 rbg x 5,10 zł = 1 240,83 zł.; średnia ilość godzin pracy w miesiącu: 585 rbg (21 054 rbg / 36 miesięcy); dodatek nocny do 1 godziny pracy pracownika w ujęciu miesięcznym: $1 240,83 \text{ zł} / 585 \text{ rbg} = 2,12 \text{ zł/1rbg}$.

Ponadto wskazał, że uwzględniając: posiadanie własnej stacji monitorowania, zapasy umundurowania i sprzętu wynikające z wymagań innych kontraktów, ilość koordynatorów, którymi dysponuje do zarządzania i nadzoru nad usługą, własnym działem technicznym, posiadaną i opłaconą polisą OC - wyliczył dodatkowe koszty związane z obsługą kontraktu, uwzględniając je w oferowanej stawce godzinowej. Prezentując swoje wyliczenia wskazał, iż przyjął następujące składniki, kalkulując cenę oferty: (i) uśredniona stawka 1 rbg - 27,67 zł. netto; dodatek nocny - 2,12 zł. netto; koszty administracyjne - 0,02 zł. netto; koszty grupy interwencyjnej - 0,05 zł. netto; wyposażenie i umundurowanie - 0,03 zł. netto; zysk - 0,03 zł. netto. Łącznie koszt netto: 29,92 zł. Zaoferowana przez wykonawcę stawka jest zgodna z wyliczoną powyżej, tj. 29,92 zł. netto za 1 rbg pracownika.

Podsumowując swoje wyjaśnienia wskazał, że przedstawił szczegółowo założenia i sposób wyliczenia ceny. Wykazał zgodność przyjętej wysokości stawki, która uwzględnia koszty pracy po stronie pracodawcy (dodatek za pracę w porze nocnej, składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, w tym emerytalna, rentowa, wypadkowa, fundusz pracy, fundusz GŚP, wyliczenie świadczenia urlopowego w skali 1 m-ca), z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. uwzględniając jej wzrost od 1 lipca 2023 r. Wykonawca uwzględnił również pozostałe koszty takie jak: administracyjne, ubezpieczenie, załogę interwencyjną, prowadzenia dokumentacji i zgodności z przepisami oraz zysk.

Wykonawca wykazał, że jego oferta została wyliczona rzetelnie, zgodnie z prawem, wyjaśniając szczegółowo kalkulację kosztów. Wykonawca wyjaśnił, że wrażenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bezpodstawne w przypadku jego oferty.

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy MSA, z czym nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołania do Prezesa KIO w dniu 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części tj. w zakresie, w jakim odwołujący wskazywał na dokonanie wadliwej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, co spowodowało także częściowe uwzględnienie zarzutu dotyczącego dokonania nieprawidłowego rozstrzygnięcia postępowania. Niemniej, skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie takie żądanie należało uznać za przedwcześnie.

W pierwszej kolejności skład orzekający pragnie zaznaczyć, że KIO w ramach postępowania odwoławczego nie ocenia działań wykonawcy, podejmowanych w toku postępowania, ale czynności zamawiającego. W tym przypadku, w zakresie podnoszonych

w odwołaniu zarzutów, istotą oceny składu orzekającego w tej sprawie była weryfikacja tego, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, ażeby uznać, że złożone przez MSA wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były wystarczające z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, jak też w świetle treści wezwania zamawiającego, skierowanego do tego wykonawcy oraz, czy zamawiający trafnie, dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznał, że wyjaśnienia te w sposób pełny odpowiadają na sformułowane przez niego w piśmie wątpliwości lub też czy należy uznać, że w świetle złożonych wyjaśnień zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu jego oferty, jako zawierającej cenę rażąco niską.

Odpowiadając na powyżej sformułowane pytania zauważyć należy, iż wyjaśnienia, składane przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są sformalizowaną instytucją prawną uregulowaną w art. 224 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wyjaśnienie tych kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego i o które ten pyta w piśmie skierowanym do wykonawcy. Wynika to z treści przepisu, zgodnie z którym, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z kolei zamawiający, oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22).

Należy też przypomnieć, że w myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przy czym, zgodnie z poglądem zaprezentowanym w doktrynie: W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...) Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.).

Celem zatem procedury badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, czy podlega odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jak też w kontekście skierowanego do wykonawcy wezwania. Przypomnienia również wymaga, że podstawą odrzucenia oferty jest zaofferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame (zwracał na powyższe uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21).

W przepisach prawa i orzecznictwie, nie istnieje jeden ugruntowany wzorzec, który precyzuje w jaki sposób zamawiający ma przygotować wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zależy to bowiem od wielu okoliczności i zmiennych, takich jak przedmiot zamówienia, sposób rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w końcu też wątpliwości jakie ma zamawiający w związku z zaprezentowaniem ceny w ofercie w określony sposób. Nie ma też przyjętego powszechnie, ogólnego wzorca sposobu sporządzenia takich wyjaśnień przez wykonawcę wezwanego do ich przedłożenia. Nie oznacza to oczywiście zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że powinny być one spójne i przekonujące, a także niepozostawiające wątpliwości co do rzetelności przygotowanej wyceny prac. Z treści przepisów ustawy Pzp wynika bowiem, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien przedłożyć zatem takie wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Nie zmienia to faktu, że zamawiający w wezwaniu kierowanym do wykonawcy powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień a także określić konkretne wątpliwości, odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny tj. w jakim zakresie, czy też jakie elementy kalkulacji budzą jego zasadnicze wątpliwości.

Nie może także umknąć uwadze cel, jaki przyświecał ustawodawcy, który wprowadził do ustawy Pzp przepisy, pozwalające zamawiającemu na wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dotyczących sposobu kalkulacji ceny jego oferty. Celem tym była możliwość eliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia takich wykonawców, którzy oferowali ceny rażąco zaniżone, za które nie byli następnie w stanie zrealizować zamówienia. Rodziło to określone konsekwencje na etapie wykonania umowy, zarówno dla zamawiającego, jak też wybranego wykonawcy, czy też jego podwykonawców. Co za tym idzie, procedura żądania wyjaśnień służy w głównej mierze temu, aby wykonawca, w stosunku do którego zamawiający nabierze podejrzenia, że oferuje cenę nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie danego zakresu prac, miał możliwość wyjaśnienia jakie założenia przyjął, kalkulując cenę swojej oferty. Innymi słowy obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, i to w takich przypadkach zwraca się on do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, na co zwrócił uwagę zamawiający w swoim piśmie procesowym, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie miał obowiązku badania ceny oferty MSA na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (nie była ona niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu) i, jak wyjaśnił, zrobił to wyłącznie z ostrożności (uwzględniając hipotetyczną możliwość zakwestionowania ceny oferty najkorzystniejszej w postępowaniu odwoławczym w przypadku, gdy taki wykonawca nie przystąpiłby do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego). Dodatkowo, zauważyć należy, że cena zaoferowana przez odwołującego jedynie nieznacznie odbiega od ceny zaproponowanej w swojej ofercie przez MSA. Jak wyliczył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie to uwzględniając, że umowa ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy różnica pomiędzy ofertami wynosi miesięcznie zaledwie 477,22 zł., zaś różnica procentowa pomiędzy zadeklarowaną ceną przez odwołującego i przystępującego wynosi około 2 %.

Należy także wziąć pod uwagę, oceniając stawiane zarzuty, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r., poz. 1952) od dnia 1 lipca 2023 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 23,50 zł. Z kolei wykonawca MSA zaproponował w swojej ofercie wykonanie przedmiotu zamówienia za zdecydowanie wyższą stawkę. Stawka tego wykonawcy, przy uwzględnieniu, że w trakcie 36 miesięcy zostanie przepracowanych 21 054 roboczogodzin wynosi 29,92 zł netto (36,83 zł brutto).

Iżba podziela wprawdzie stanowisko odwołującego, że twierdzenia zamawiającego, iż nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, na aktualnym etapie postępowania, są bezprzedmiotowe. Skoro wykonawca takie wezwanie otrzymał, to jego obowiązkiem było udzielenie wyjaśnień i udowodnienie, że złożona oferta faktycznie nie zawiera rażąco niskiej ceny. Po skierowaniu wezwania do wyjaśnień ceny przez zamawiającego nie jest już dokonywana analiza podstawy prawnej czy też kwestia zasadności samego wezwania. Zamawiający formułując wezwanie potwierdził, że poziom zaniżenia wyceny, uzasadnia wątpliwości odnośnie rzetelności kalkulacji. Przystępujący z kolei nie zakwestionował czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, choć miał do tego prawo. Pomimo tego nie może jednakże umknąć uwadze, że treść składanych wyjaśnień ma przede wszystkim dowodzić, że zaoferowana cena nie

jest ceną rażąco niską. Jak podkreśla się w orzecznictwie kryteria, które wskazują, że podana kwota stanowi o cenie rażąco niskiej, są następujące: 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 nieprzystawania do realiów rynkowych.

Takie okoliczności nie miały miejsca w rozpoznawanej sprawie, gdyż cena deklarowana przez MSA nie odbiega w sposób znaczący od tego, co wynika z wyliczeń dokonanych przez samego zamawiającego w treści wezwania, nie różni się też znacznie od cen proponowanych przez innych wykonawców, w tym od tej zadeklarowanej przez odwołującego.

Istotne dla rozpoznania zarzutów jest także to, że analiza treści wezwania skierowanego do odwołującego w dniu 4 lipca 2023 r., w którym zamawiający powołał się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny, prowadzi do wniosku, że zamawiający zainteresowany był uzyskaniem wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Zamawiający wskazał, iż oczekuje, aby przyjęta przez wykonawcę stawka za 1 rbg pracy pracownika była nie niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę, przy czym sam wyliczył tą stawkę na poziomie 30,60 zł./ 1 rbg. Wskazał także, że wykonawca powinien w swojej cenie uwzględnić pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, takie jak koszty dysponowania całodobowym centrum monitorowania, koszty osoby nadzorującej i kontrolującej (koordynatora) prace pracowników ochrony fizycznej, koszty dysponowania zmotoryzowanym patrolem interwencyjnym, koszty umundurowania i wyposażenia, koszty szkoleń pracowników, koszty ogólnego zarządu (koszty ogólnozakładowe), zysk. Taki zakres wezwania wyznaczał z kolei treść odpowiedzi, której udzielił miął wezwany do wyjaśnień wykonawca MSA.

Zamawiający nie sprecyzował przy tym jak szczegółowo, czy też w rozbiciu na jakie elementy, wykonawca powinien swoje wyjaśnienia przedstawić. Jedyne precyzyjne żądanie zamawiającego, wyrażone w treści wezwania, sprowadzało się więc do oczekiwania złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy oraz kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak też elementów dodatkowych, składających się na przedmiot zamówienia, wynikających z zakresu opisanego w SWZ. Zamawiający tylko w odniesieniu do tych elementów sformułował w sposób jednoznaczny, że oczekuje odniesienia się do nich, jako wpływających na cenę oferty. Sam jednak sposób prezentacji tych wyjaśnień, stopień ich szczegółowości, pozostawiono do decyzji wezwanego wykonawcy. Powyższe potwierdza stanowisko zamawiającego, który w końcowym fragmencie wezwania stwierdza: „Prosimy o złożenie wyjaśnień w sposób wyczerpujący, aby mogły one rozwiązać wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego”. Jeśli więc, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, wezwanie wystosowane do MSA nie precyzowało jednoznacznie jaki powinien być stopień szczegółowości składanych wyjaśnień oraz w jaki sposób wyliczenia ceny należało przedstawić - wykonawca ten przedłożył w postępowaniu wyjaśnienia, w ramach których odniósł się do oczekiwań zamawiającego wyartykułowanych w treści wezwania tj. wyjaśnił w jaki sposób kalkulował koszty pracy oraz wskazał i wyliczył jak kalkulował w cenie pozostałe koszty, związane z realizacją tego zamówienia. Przy tym uczynił to w taki sposób jaki, w jego ocenie, jawił się jako pełny i wyczerpujący, przedstawiający rozbicie poszczególnych kosztów oraz pokazujący w jaki sposób odwołujący doszedł do obliczonej przez siebie ceny ofertowej.

Izba uznała w konsekwencji, że w świetle treści wezwania wyjaśnienia złożone w postępowaniu przez MSA uznać należało za wystarczające, biorąc pod uwagę wyartykułowane w nim oczekiwania zamawiającego. Tym samym nie można przyznać racji odwołującemu, który domaga się odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stwierdzając, że przedstawione wyjaśnienia były ogólne, niepełne i nie odpowiadające treści wezwania do wyjaśnień. Należy zwrócić uwagę, że w świetle cytowanego przepisu odrzucenie oferty możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca czy to ignoruje treść wezwania lub jego część, nie udziela odpowiedzi na zadane przez zamawiającego, konkretnie sformułowane pytania, czy też składa wyjaśnienia oderwane od tego, czego oczekuje od niego zamawiający. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Skład orzekający uznał, że na sformułowane wezwanie wykonawca MSA odpowiedział, przedstawiając szczegółowe wyliczenia, prezentując je w sposób, jaki wydał mu się odpowiedni, biorąc pod uwagę jego dotychczasową praktykę związaną z udzielaniem wyjaśnień, jak też doświadczenie w realizacji tożsamych usług. I tak, odniósł się do

wszystkich kwestii, które poruszył zamawiający w treści wezwania, opisał w jaki sposób zbudowana i skalkulowana została jego cena ofertowa, przedstawił szczegółowe wyliczenia, odnoszące się do tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny. Nie sposób zatem twierdzić, jak podnosi odwołujący, że złożone wyjaśnienia, w kontekście treści skierowanego przez zamawiającego zapytania są niewystarczające, nie odpowiadają wymogom określonym w przepisach ustawy Pzp, wskutek czego, że ich ocena powinna skutkować uznaniem, że oferta złożona przez MSA w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że zamawiający wzywając do wyjaśnień sam wyliczył cenę za 1 rbg na poziomie 30,60 zł., z kolei stawka przyjęta przez przystępującego jest znacznie wyższa, gdyż została wyliczona na kwotę 36,83 zł. brutto. Należy zatem zauważyć, że jest ona znacznie wyższa od tej, którą wskazał sam zamawiający jako minimalną, za którą możliwa jest realizacja zamówienia. Skoro zatem zamawiający w treści wezwania określa minimalną stawkę na poziomie znacznie niższym, niż oferuje to wykonawca MSA, nie sposób uznać, że ta została przez wykonawcę obliczona i wskazana na poziomie zaniżonym, takim za który zamówienia tego nie da się wykonać. Ponownie w tym miejscu należy też zauważyć, że to zamawiający zobligowany jest do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o zamówienie. Obowiązkiem wykonawcy z kolei jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie. Jeśli zatem główną wątpliwość, którą miał w tym przypadku zamawiający dotyczyła kosztów pracy, a wyliczone przez wykonawcę koszty w tym zakresie znacznie przewyższały założenia zamawiającego - nie sposób uznać, że złożone wyjaśnienia należało uznać za nieodpowiadające treści wezwania, czy niepełne w kontekście oczekiwań samego zamawiającego.

Odnosząc się z kolei do zarzutów odwołującego odnośnie tego, że wykonawca MSA nie załączył do przedłożonych w postępowaniu wyjaśnień żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać prawidłowość sporządzonej kalkulacji, należy zauważyć, że w treści wezwania zamawiający stwierdził jedynie w sposób ogólny, iż żąda złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, odnoszących się do wyliczenia kosztów pracy. Zarówno dobór w zakresie sposobu prezentacji danych, jak też potwierdzających je dowodów, pozostawiono przystępującemu, który złożył szczegółowe wyliczenia kosztów pracy, prezentując swoje założenia, pokazując strukturę zatrudnienia w jego firmie i na tej podstawie dokonując szczegółowych wyliczeń.

Ustawodawca nie sprecyzował pojęcia dowodów, pozostawiając szeroką możliwość kwalifikowania różnych dokumentów jako dowody. Tym samym, w okolicznościach danej sprawy, także przedłożona przez wykonawcę szczegółowa kalkulacja może zostać potraktowana jako dowód, jeżeli wynika z niej dokładna wycena przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy podnieść, że celem przedłożenia dowodów w procesie wyjaśniania rażąco niskiej ceny jest wykazanie tych okoliczności, które miały kluczowy wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty. W tym przypadku skalkulowana cena nie odbiegała od tej, którą wyliczył zamawiający, jako minimalna.

Izba podzieliła jednak ocenę odwołującego, który zwracał uwagę, że niektóre kwestie poruszone i prezentowane w treści złożonych przez MSA wyjaśnień, wymagają doprecyzowania, gdyż nie rozwiewają wątpliwości w zakresie tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny oferty. Przykładem takim są twierdzenia odnoszące się do zakładanej przez przystępującego struktury zatrudnienia i przyjęty, w oparciu o te założenia, wymiar urlopu wypoczynkowego. Należy zgodzić się z odwołującym, że jeśli prezentowany rozkład zatrudnienia wskazuje na to, że aż 75 % pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia będzie odpowiednio w wieku 60 lat mężczyźni i 55 lat kobiety, a jednocześnie wykonawca przyjmuje, że osoby te mają prawo tylko do 20 dni urlopu wypoczynkowego - taka deklaracja powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego i miał on obowiązek wezwać MSA do wyjaśnień w tym zakresie. Kolejnym elementem, który powinien wzbudzić takie wątpliwości jest okoliczność, że z kalkulacji wynika, że wykonawca przyjął określone założenia dotyczące absencji pracowników spowodowanej chorobą. Wynika z nich, że w okresie realizacji kontraktu żaden z jego pracowników nie będzie korzystał ze zwolnienia lekarskiego, gdyż pozycja pn. „miesięczna rezerwa chorobowa” została wyliczona na 0 zł. Należało zatem o ten element również przystępującego zapytać, wzywając go do dodatkowych wyjaśnień. W ocenie Izby zamawiający powinien także, prosząc o dodatkowe wyjaśnienia, poruszyć kwestię sposobu wyliczenia dodatkowych kosztów, związanych z obsługą kontraktu. MSA zadeklarował,

że pewne elementy, takie jak: związane z posiadaną stacją monitorowania, umundurowania, koordynatorów, polisy OC uwzględnił w oferowanej stawce godzinowej. Nie opisał jednak w jaki sposób je skalkulował i jak następnie wyliczył koszty poszczególnych składników w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę.

Chociaż zatem w świetle treści wezwania wyjaśnienia złożone przez MSA uznać należy za wystarczające, to jednak aby w pełni móc ocenić prawidłowość sporządzonej kalkulacji w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, uzyskanie powyższych informacji jest konieczne. Jakkolwiek nie sposób uznać, że powyższy brak winien decydować o tym, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona, to zamawiający w tym zakresie powinien skierować do tego wykonawcy kolejne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień, precyzując w treści wezwania opisane wyżej wątpliwości.

Należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywała na możliwość żądania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień. Treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza bowiem ograniczenia co do możliwości jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności, w oparciu o art. 355 § 2 kodeksu cywilnego, jak też mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, takie wezwanie, co do zasady, należy kierować do wykonawcy jednokrotnie. Jednakże zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień takiego wykonawcę, który biorąc pod uwagę treść skierowanego do niego wezwania, w sposób pełny i rzetelny złożył pierwsze wyjaśnienia, nie uchylając się od udzielenia informacji i przedstawienia dowodów. Jest zatem możliwe powtórne wezwanie, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna i złożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania w kontekście poruszonych w nich zagadnień. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie w części uznając, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, jednakże z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości, nie zaś wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 ustawy Pzp. Sprecyzowanie określonych wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy Pzp, czego w tym przypadku zabrakło. Natomiast sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia wymagają zatem doprecyzowania, z kolei decyzja o odrzuceniu oferty byłaby działaniem nieproporcjonalnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zamawiającego w części 1/2 mając na uwadze, że zarzuty odwołania potwierdziły się w części odnoszącej się do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp tj. w zakresie w jakim uznał, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego uprawniają go do dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Izba nie zgadza się z kolei z odwołującym w zakresie, w jakim twierdził, że wyjaśnienia te są niepełne, niekompletne i potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a w konsekwencji winny spowodować odrzucenie oferty przystępującego. W ocenie składu orzekającego konieczne jest skierowanie do wykonawcy MSA powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Tym samym, mając na uwadze treść przepisu art. 575 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 758,50 zł., tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. W pozostałym zakresie zniósła wzajemnie koszty stron postępowania odwoławczego, poniesione z

tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Przewodniczący:.....