

WYROK
z dnia 12 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MJK sp. z o.o., Matpol Grupa sp. z o.o. oraz Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejską Arenę Kultury i Sportu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, przy udziale:

- 1) wykonawcy Agencji Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, 3 i 4 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - 1.2. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MJK sp. z o.o., Matpol Grupa sp. z o.o. oraz Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zamawiającego – Miejską Arenę Kultury i Sportu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550,00 zł (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych 00/100) stanowiącą po potrąceniu 1/2 sumy kosztów poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Miejska Arena Kultury i Sportu sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający” oraz „MAKiS”) prowadzi na podstawie art. 359 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Świadczenie usługi ochrony fizycznej Stadionu Miejskiego w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej 2, Stadionu Miejskiego w Łodzi przy al. Piłsudskiego 138, Hali Sport Arena w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej 2 oraz obiektu Moto Arena w Łodzi przy ul. 6-go Sierpnia 71” (Numer referencyjny: MAKiS/U/2/2023, dalej: „Postępowanie”).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 14 marca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00134044/01.

23 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MJK sp. z o.o., Matpol Grupa sp. z o.o. oraz Matpol Grupa BIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „Konsorcjum MJK”) wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Konsorcjum Emporio”) pomimo, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio pomimo, iż wykonawca ten nie podał ciężarowi dowodu, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w szczególności nie zawierają jakiegokolwiek uzasadnienia i dowodów na realność przyjętych założeń dla ustalenia ceny, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio pomimo, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia co do wymagania osobistego świadczenia usług całodobowej ochrony obiektów przez osoby wskazane w wykazie stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego bowiem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie odnoszą się do wszystkich osób wskazanych w wyżej wymienionym załączniku, co oznacza, iż wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie;

3)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Emporio, w sytuacji gdy oferta wykonawcy winna podlegać odrzuceniu;

4)art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzućcie oferty Konsorcjum Emporio;

3)ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 petitum odwołania Konsorcjum MJK wskazało, że Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2023 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Emporio, która to czynność została dokonana w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1107/23, w którym Izba nakazała MAKiS wyjaśnienie całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za roboczogodzinę 27,62 zł wraz z dowodami. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Emporio złożyło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jednakże wyjaśnienia te nie zawierają żadnych argumentów na realność i rzetelność podanych wartości. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Emporio w wyjaśnieniach w ogóle nie odniosło się do kwestii, o których mowa w pkt 1- 3 oraz 5 – 8 wezwania oraz nie odniosło się do kosztów pracy w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie. Zdaniem Konsorcjum MKJ kalkulacja sporządzona przez Konsorcjum Emporio jest nieprawidłowa bowiem:

- nie ujęto pełnego zakresu świadczenia usługi tj. nie ujęto minimalnej liczby godzin określonej przez Zamawiającego w czasie obowiązywania umowy;

- przyjęto zaniżone stawki, które miałyby uzasadniać zaoferowaną stawkę za roboczogodzinę na poziomie 27, 62 zł;

- dowody złożone na poparcie wyjaśnień nie są związane z tymi wyjaśnieniami.

Kolejno Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia wykonawcy, iż „przyjęto minimalne średnie wynagrodzenie brutto w wysokości 3600 zł/brutto, należne średnie składki do ZUS 753,83 zł” są co najmniej niewiarygodne. Zdaniem Konsorcjum MJK oświadczenie to nie jest poparte żadnym dowodem. Konsorcjum Emporio nie przedłożyło bowiem żadnego dokumentu np. umowa o pracę osób dedykowanych do realizacji zamówienia (wskazanych w Załączniku nr 1 do Formularza oferty), potwierdzających, iż wartość wynagrodzenia pozostaje na poziomie co najmniej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Odwołujący podkreślił, że wykonawca w Załączniku nr 1 do Formularza oferty wskazał, iż do realizacji zamówienia skieruje 12 osób wymienionych z imienia i nazwiska, które są wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej. Konsorcjum Emporio wskazało przy tym, iż podstawą dysponowania 12 osobami jest umowa o pracę dla każdej z osób. W wyjaśnieniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny wykonawca nie wyjaśnił i nie złożył dowodu co do zawarcia z wszystkimi osobami wskazanymi w Załączniku nr 1 do Formularza oferty, umowy o pracę. W ocenie Konsorcjum MJK umowa o pracę w tym przypadku stanowiłaby dowód, iż kalkulacja cenowa została sporządzona w oparciu i na podstawie tej umowy, z uwzględnieniem wymiaru czasu pracy i wysokość wynagrodzenia danego pracownika. Odwołujący podniósł, że wykonawca nie złożył wyjaśnień oraz nie przedłożył żadnego dowodu co do wysokości wynagrodzenia oraz umów o pracę dla osób wskazanych w poz. od 1 do 10 Załącznika nr 1 do Formularza oferty. Kolejno Konsorcjum MJK wskazało, że prawdopodobnie jedynie dla osób wskazanych w poz. 11 i 12 wyżej wymienionego załącznika, złożył wydruki „miesięczna informacja o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stop-niach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych”. Odwołujący zaznaczył, że treść wydruków wskazuje jedynie imię i nazwisko osób bez danych pozwalających zidentyfikować czy rzeczywiście kwoty wyliczone i wskazane przez Konsorcjum Emporio, są prawidłowe i wydruki stanowią dowód na fakty wskazane przez wykonawcę w zakresie wyliczeń wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Konsorcjum MJK podkreśliło, że z treści Rozdziału XIX ust. 2 pkt 2) Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wynika, iż Zamawiający wymaga osobistego świadczenia usług całodobowej ochrony obiektów osób i mienia oraz monitoringu przez osoby wskazane w wykazie stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza oferty, natomiast złożone wyjaśnienia nie dotyczą osób wskazanych w rzeczonym załączniku. Zdaniem Odwołującego biorąc przy tym pod uwagę, iż część osób zaangażowana jest w realizację innych zamówień na terenie kraju, jak np. pan P.S. i S.Ł., osobista realizacja niniejszego zamówienia jest niemożliwa, a skoro tak to kalkulacja ceny i dowody są nieprawidłowe i nieadekwatne do przedmiotowego zamówienia. Powyższe osoby zostały nadto skierowane do realizacji usługi w Sądzie Rejonowym w Międzyrzeczu w ramach postępowania na „Usługę ochrony osób, mienia i obiektów Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlk., SR w Międzyrzeczu, SR w Strzelcach Kraj, SR w Sulęcinie” Odwołujący podkreślił, że mając na uwadze, iż wyżej wymienione osoby są osobami niepełnosprawnymi, a Zamawiający wymaga świadczenia usługi w trybie 12/24 h, sposób wyliczenia ceny w dalszym ciągu jest nieprawidłowy bowiem wykonawca nie skalkulował kosztów dojazdu tych osób z Międzyrzecza do Łodzi albo z miejsca zamieszkania wspomnianych osób do MAKiS. Konsorcjum MJK podniosło, że wykonawca winien był wliczyć koszty dojazdu dla osób niepełnosprawnych w cenę usługi, z kolei ze złożonych wyjaśnień i dokumentów nie wynika, iż zostały one ujęte w kalkulacji cenowej. Zamawiający wymagał bowiem wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym jest realizowane zamówienie. W ocenie Odwołującego brak wskazania choćby nawet miejscowości zamieszkania osób niepełnosprawnych, potwierdza, iż kalkulacja ceny z uwzględnieniem kosztów pracy osób niepełnosprawnych, ma charakter wyłącznie iluzoryczny. Konsorcjum Emporio stwarza zatem jedynie pozory, iż w kalkulacji cenowej ujęto wszelkie koszty mające znaczenie dla realizacji zamówienia. Ponadto Konsorcjum MJK podniosło, że w świetle tego, iż Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, stawka za pracę na poziomie zaoferowanym przez Konsorcjum Emporio, nie uzasadnia kalkulacji ceny oferty w zakresie dotyczących zapewnienia wartości wynagrodzenia na co najmniej minimalnym poziomie. Odwołujący podkreślił, że wynagrodzenie zostało zaniżone i jego dalsze utrzymywanie oznaczać będzie je-dynie stratę na poziomie ponad 20 tys. zł w skali roku. Zdaniem Konsorcjum MJK, biorąc pod uwagę wymagania MAKiS co do realizacji zamówienia przez wysoce wykwalifikowany zespół, jak również wymagania zatrudnienia osób na umowę o pracę, należy przyjąć, iż wykonawca nie przedstawił ani kalkulacji cenowej ani też dowodów dla wykazania, iż przyjął właściwe koszty pracy. W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił kalkulację potwierdzającą zaniżenie wynagrodzenia przez Konsorcjum Emporio, z której wynikało, że wykonawca poniesie stratę (-0,53 zł na 1 rbh), podczas gdy konsorcjum wskazało w swoich wyjaśnieniach, że przewidywany zysk z 1 rbh pracownika ochrony wynosi 0,37 zł netto. W pierwszej kolejności Konsorcjum MJK zakwestionowało prawidłowość wyliczeń Konsorcjum Emporio w zakresie przyjętej miesięcznej ilości godzin pracy: „Konsorcjum wskazało, iż do realizacji zamówienia skieruje 19 pracowników. Z

dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający wymaga, aby każda godzina świadczona była w ramach umowy o pracę. Przyjmuje się 800 godzin w miesiącu świadczenia usługi na każdym z 4 obiektów tj: 800×4 obiekty = 3.200 godzin. Konsorcjum Emporio przyjęło 19 osób x 168 godzin (etat) = 3.192 rbg, a zatem Wykonawca ten nie uwzględnił 8 godzin świadczenia usługi, zaniżając tym samym koszty". Kolejno Odwołujący zaznaczył, że to samo dotyczy obliczeń za dodatek za pracę w porze nocnej ($240 \times 4 = 960$ godzin nocnych) ($960/19$ pracowników $\times 4,29$). Konsorcjum MJK wskazało, że „Konsorcjum Emporio założyło, że usługa świadczona jest 24 godziny na dobę x 30 dni = 730 godzin. 8 godzin dziennie godzin nocnych x 30 dni = 240 godzin nocnych. Natomiast liczba godzin miesięczna świadczenia usługi wynosi 800 godzin na jeden obiekt, co oznacza, iż Wykonawca nie policzył dodatkowych godzin nocnych". Naddo Odwołujący podniósł, że co do świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca dla jednego pracownika (457,26 zł) wykonawca nie przedstawił wyliczeń. Zdaniem Konsorcjum MJK powyższa kwota jest błędnie przyjęta i nie została poparta żadnymi wyjaśnieniami. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Emporio nie uwzględniło w swoich kalkulacjach 26 dni urlopu, ani też nie uwzględniło dodatkowych 10 dni urlopu dla pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 petitum odwołania Konsorcjum MJK wskazało, że rzetelna kalkulacja cenowa winna mieć dla MAKiS szczególne znaczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wiedzę, iż konsorcjum Emporio nie daje wiary należytego wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że powiadomił Zamawiającego, iż oferta Konsorcjum Emporio została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez ZGN w Warszawie z uwagi na niewykonanie zamówienia na rzecz Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim. Jak wynika z pisma z dnia 31 marca 2023 r. „umowa z Konsorcjum Emporio została wypowiedziana ze skutkiem natychmiastowym. Przyczyną wypowiedzenia umowy było rażąco naruszenie postanowień umownych, a także posługiwanie się dokumentami, które były sprzeczne z rzeczywistym stanem faktycznym, a co do których zachodziło uzasadnione podejrzenie ich fałszerstwa. Rażąco naruszenie postanowień umownych dotyczyło niedochowania wymogu zatrudnienia pracowników realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę oraz niezapewnienia pełnej obsady stanowisk, zgodnie z umową”.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny i brak dowodów na poparcie twierdzenia, iż nie jest to cena rażąco niska albo też posługiwanie się dokumentami, które np. z uwagi na niepełne dane, nie mogą być uznane jako dowody, stanowi potwierdzenie, iż Konsorcjum Emporio nie daje wiary należytej realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Na podstawie złożonych wyjaśnień i załączników do wyjaśnień, należy bowiem wskazać, iż Konsorcjum Emporio nie jest w stanie dochować wymogów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę (wymaganie Rozdziału III ust. 8 SWZ), zapewnić pełnej obsady stanowisk zgodnie z dokumentacją przetargową, jak również nie jest w stanie zapewnić realizacji zamówienia przez osoby wskazane w Załączniku nr 1 do Formularza oferty. W dalszej części uzasadnienia Konsorcjum MJK podkreśliło, że Zamawiający oczekując dowodów, ustalił określone reguły dokonywania oceny realności ceny podanej przez wykonawcę. Wykonawca nie dostosowując się do nich nie może uznać, że wypełnił żądanie MAKiS, a tym samym działa zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający akceptując wyjaśnienia Konsorcjum Emporio godzi się na stan, w którym, mimo iż wykonawca nie podał ciężarowi dowodu co do braku ceny rażąco niskiej jest wybrany jako ten, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Ponadto Konsorcjum MJK podniosło, że wadliwość wyjaśnień (ogólnikowość niekompletność i niewyczerpujący charakter) nie mogą być obecnie uzupełnione poprzez złożenie wymaganych dokumentów w toku postępowania odwoławczego. Nie może być także sanowane poprzez powtórne wezwanie do wyjaśnień, gdyż jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nr 3 i 4 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum Emporio winna podlegać odrzuceniu, bowiem zawiera rażąco niską cenę, ale przede wszystkim została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp ponieważ Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

1 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosili: wykonawca Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Przystępujący 1” oraz „Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o.”) - po stronie Odwołującego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący 2”) - po stronie Zamawiającego.

Należy zauważyć, że Zamawiający podczas posiedzenia niejawnego zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Agencji Ochrony Eskort sp. z o.o. wskazując, że wyżej wymieniony wykonawca był trzeci w kolejności w rankingu ofert, a zatem – w ocenie MAKiS – jego interes jest czysto hipotetyczny. Izba działając na podstawie art. 526 ust. 2 i 3 ustawy Pzp postanowiła oddalić opozycję zgłoszoną przeciw wniesionemu przystąpieniu. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego odnośnie szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje dany wykonawca. W doktrynie wskazuje się, że w tym przypadku chodzi o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze (tak: A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba uznała za wystarczające uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę Agencję Ochrony Eskort sp. z o.o. w piśmie z dnia 25 maja 2023 r. odnośnie wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Przystępujący 1 wskazał bowiem, że w jego interesie jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej bowiem dzięki temu otrzyma on możliwość uzyskania zamówienia w toku ponownego badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że zgodnie z Rozdziałem X ust. 3 SWZ „Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”, natomiast z dokumentacji z przedmiotowego Postępowania przekazanej przez MAKiS wynika, że do momentu wniesienia odwołania w zakresie kwalifikacji podmiotowej badane było wyłącznie Konsorcjum Emporio. Mając na uwadze powyższe zasadnym było przyjęcie, że Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SWZ „Przedmiotem zamówienia jest stała, bezpośrednia ochrona fizyczna mienia Obiektów oraz osób na nich przebywających (usługi ochrony wykonywane przez 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu przez kwalifikowanych pracowników ochrony) na obiektach dzierżawionych przez Miejską Arenę Kultury i Sportu sp. z o.o., w które wchodzi:

- a) Stadion Miejski przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi,
- b) Hala Sport Arena przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi,
- c) Stadion Miejski przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi,
- d) Obiekt Moto Arena przy ul. 6-go Sierpnia 71 w Łodzi.

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 4 do SWZ”.

Stosownie do brzmienia Rozdziału III ust. 8 SWZ „Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495) obejmują następujące rodzaje czynności: Zamawiający wymaga zatrudnienia osób wykonujących czynności sprzątania”.

W myśl postanowień Rozdziału XV SWZ: „1. Wykonawca oblicza cenę oferty odpowiednio na Formularzu Ofertowym osobno dla każdego obiektu a następnie podaje cenę za realizację całego przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Wykonawca podaje cenę roboczogodziny dla każdego z obiektów osobno, następnie mnoży przez ilość planowanych godzin. Działania te dadzą informację o maksymalnym zobowiązaniu wynikającym z zawartej umowy. Zamawiający informuje, a Wykonawca przyjmuje bez zastrzeżeń, że podana ilość godzin na poszczególnym obiekcie może ulec zmianie, a cena oferty jest maksymalnym zobowiązaniem finansowym Zamawiającego. 2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. 3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. (...) 6. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia (...)”.

We wzorze Formularza oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający określił szacowaną miesięczną ilość roboczogodzin dla wszystkich czterech obiektów na 800 godzin. Jednocześnie MAKiS wskazał, że szacowana ilość roboczogodzin jest ilością podaną celem dokonania porównania złożonych ofert, natomiast rozliczenie miesięczne dokonywane będzie na podstawie faktycznie zrealizowanej usługi do kwoty wskazanej w ofercie jako maksymalna suma wynagrodzenia. Zamawiający poinformował również, że podana ilość roboczogodzin na poszczególnym obiekcie może ulec zmianie, a cena oferty jest maksymalnym zobowiązaniem finansowym MAKiS.

Zgodnie z §1 ust. 4 Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ wykonawca ma zapewnić ochronę całodobową w okresie trwania umowy, pełnioną przez wszystkie dni tygodnia, przez własnych kwalifikowanych pracowników ochrony.

Zasady obliczenia wynagrodzenia są następujące: stawka za roboczogodzinę pracownika kwalifikowanego x liczba pracowników kwalifikowanych x ilość roboczogodzin wykonanych w okresie objętym rozliczeniem (raportem miesięcznym). Wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z przedstawionego zakresu obowiązków wynikającego z Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) i wszelkich warunków określonych w umowie, a także inne koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia jak: koszty wszystkich materiałów i sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, koszty każdorazowych dojazdów patroli interwencyjnych do budynków podlegających ochronie (§5 ust. 1 i 2 PPU).

W myśl § 13 ust. 1 i 2 PPU „1. Wykonawca zobowiązuje się, że zarówno on jak i jego Podwykonawcy oraz dalsi Podwykonawcy w okresie realizacji umowy będą zatrudniali kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.). Dotyczy to osób, które będą skierowane przez Wykonawcę, Podwykonawcę czy dalszego Podwykonawcę do wykonywania czynności ochrony na terenie obiektów objętych przedmiotem umowy. 2. W dniu zawarcia niniejszej Umowy Wykonawca przedłożył Zamawiającemu wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia, które będą wchodzić w skład obsady personalnej poszczególnych zmian ochrony, który to wykaz stanowi załącznik nr 3 do Umowy. W przypadku zmiany składu personalnego, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie przedłożyć Zamawiającemu zaktualizowany wykaz pracowników wchodzących w skład obsady personalnej, przy czym nie mogą one posiadać kwalifikacji niższych niż osoba, w zamian której będą one zaproponowane. Dotyczy to w szczególności wpisu do rejestru kwalifikowanych pracowników ochrony osób i mienia”.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1107/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy Agencji Ochrony Eskort sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania i nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z 14 kwietnia 2023 r., wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za roboczogodzinę 27,62 zł wraz z dowodami oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

Realizując wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający 10 maja 2023 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym samym dniu działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Emporio do wyjaśnienia całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za robociznogodzinę 27,62 zł wraz z dowodami. Odnosząc się do brzmienia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogą dotyczyć w szczególności okoliczności, o których mowa w wyżej wymienionym przepisie. Ponadto Zamawiający wskazał, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest zobowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie:

- 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 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym jest realizowane zamówienie.

MAKiS pouczył również Konsorcjum Emporio, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Pismem z dnia 15 maja 2023 r. Konsorcjum Emporio udzieliło odpowiedzi na pismo MAKiS przedstawiając wyliczenia dotyczące rażącej ceny. Wykonawca wskazał, że w ofercie zaproponował stawkę w wysokości 27,62 zł/netto i do realizacji usługi planuje zatrudnić łącznie 19 kwalifikowanych pracowników ochrony, w tym 10 z umiarkowanym orzeczeniem o niepełnosprawności z zachowaniem równoważnego czasu pracy. Kolejno Przystępujący zaznaczył: „Koszty zatrudnienia jednego pracownika kształtują się w następujący sposób: przyjęto minimalne średnie wynagrodzenie brutto w wysokości: 3 600 zł/brutto, należne średnie składki do ZUS 753,83 zł. Dodatek za pracę w porze nocnej tj. 4,29 x (960 godzin nocnych w miesiącu na obiekcie/19 pracowników) tj. 218,79 zł/brutto. Średnie koszty wynagrodzenia urlopowego tj. 457,26 zł/brutto (pracownicy ochrony planowani do realizacji zamówienia, a pozostający w zasobach Wykonawcy mają różne wymiary urlopów wraz z zastosowaniem równoważnego czasu pracy). Ekwiwalent za pranie odzieży 21,00 zł/brutto. Średnie koszty wynagrodzenia chorobowego 73,23 zł/brutto. Koszty umundurowania, koszty szkoleń, badania lekarskie, koszty nadzoru, koszty administracyjne, pozostałe koszty przypadające na jednego pracownika: 164,05 zł/netto. Całkowity koszt zatrudnienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynosi 5 288,16 zł/brutto. Wykonawca otrzyma dofinansowanie z PFRON do pracownika ochrony planowanego do realizacji zamówienia, a pozostający w zasobach Wykonawcy zrezygnowali stopniem niepełnosprawności w wysokości 1 350,00 co średnio daje 710,53 zł na każdego pracownika (13 500 zł/19 pracowników). Całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika ochrony po uwzględnieniu dofinansowania wynosi: 4 577,63 zł/netto, co w przeliczeniu na stawkę za 1 rbh daje kwotę w wysokości 27,25 zł netto. Przewidywany zysk z 1 rbh pracownika ochrony wynosi: 0,37 zł/netto. Jednocześnie oświadczamy, że nie zostało uwzględnione PPK z uwagi na fakt, że pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia, a pozostający w zasobach Wykonawcy zrezygnowali z opłacania w/w składki”. Ponadto Konsorcjum Emporio zawarło w wyjaśnieniach tabelę przedstawiającą szczegółowe koszty kalkulacji oferty oraz załączyło wydruki pn. „miesięczna informacja o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych” dla 10 osób z orzecznym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, dwie umowy o pracę, a także pozostałe dowody, w szczególności faktury VAT.

18 maja 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. 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.

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

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

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

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

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których

mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

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

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

Art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...); zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W myśl art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba wskazuje, że w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie ulega więc wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że Przystępujący 2 nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w konsekwencji czego oferta Konsorcjum Emporio powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba uznała, iż wyjaśnienia Przystępującego 2 w zakresie rażąco niskiej ceny są nierzetelne, niekompletne i nieuzasadniające ceny podanej w ofercie. Przede wszystkim należy zauważyć, że – jak słusznie podniósł Odwołujący w uzasadnieniu odwołania – w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za roboczogodzinę 27,62 zł, Konsorcjum Emporio nie ujęło pełnego zakresu świadczenia usługi tj. ilości godzin wymaganej przez MAKiS w dokumentach zamówienia (800 godzin x 4 obiekty = 3 200 godzin) i jest to okoliczność bezsporna. Powyższe zostało bowiem przyznane przez Konsorcjum Emporio w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego (pismo z dnia 26 maja 2023 r.), w którym wykonawca potwierdził, że jako punkt wyjścia dla dalszych obliczeń, w tym dla liczby pracowników przyjmował przeciętną liczbę 730 godzin miesięcznie na jednym obiekcie. Przystępujący 2 tłumaczył, że liczba 800 roboczogodzin miesięcznie wskazana przez Zamawiającego w Formularzu oferty jest wartością szacowaną i wybraną przez MAKiS wyłącznie w celu porównania ofert, ale rzeczywista liczba roboczogodzin wynosi przeciętnie 730 godzin miesięcznie na jednym obiekcie, a zatem przyjęta przez wykonawcę liczba 19 pracowników – w jego ocenie – wystarczy na realizację zamówienia. Tym samym Konsorcjum Emporio przyznało, że złożona przez nie oferta jest nieporównywalna, a przedłożone wyjaśnienia w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny nie uwzględniają pełnej liczby godzin określonej przez MAKiS, co prowadzi do wniosku, że koszty zostały zaniżone. Odwołujący w przedstawionych w odwołaniu wyliczeniach wykazał, że przy pełnym pokryciu 800 godzin na obiekt – co zostało określone przez Zamawiającego jako szacowana ilość roboczogodzin, celem dokonania porównania złożonych ofert – Przystępujący 2 zaniżył koszty wykonania usługi. Odwołujący trafnie wskazał, że w ofercie Konsorcjum Emporio nie uwzględniono kosztów związanych z brakującymi 8 godzinami świadczenia usługi, co miało bezpośrednie przełożenie na cenę usługi i zamiast zakładanego zysku w postaci 0,37 zł w rzeczywistości Przystępujący 2 wykazałby stratę na poziomie 0,53 zł. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że celem instytucji wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Kwestia ta powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1179/22). Biorąc pod uwagę okoliczności rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że wyjaśnienia Konsorcjum Emporio w zakresie rażąco niskiej ceny ukazały przyczynę znaczącej różnicy pomiędzy stawką za roboczogodzinę zaoferowaną przez Przystępującego 2 a pozostałymi wykonawcami biorącymi udział w Postępowaniu. Przyjęcie bowiem do wyliczeń w zakresie stawki 27,62 zł błędnych założeń tj. mniejszej liczby godzin niż wskazana przez MAKiS w Formularzu oferty (800 roboczogodzin na obiekt), którą zobowiązany był ująć każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu celem wyceny oferty – maksymalnego zobowiązania finansowego Zamawiającego pokazało, że Przystępujący 2 nie uwzględniając pełnego zakresu świadczenia usługi *de facto* – działając wbrew wymaganiom MAKiS – postawił się w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców, w konsekwencji czego złożona przez niego oferta jest nieporównywalna. Koniecznym jest podkreślenie, że z postanowień Rozdziału XV ust. 6 SWZ w sposób jednoznaczny wynika, że wyliczona cena oferty brutto, a zatem cena uwzględniająca szacowaną przez MAKiS miesięczną ilość 800 roboczogodzin na każdy obiekt, będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Przedmiotem wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp była całkowita cena oferty, a zatem wartość określająca maksymalne zobowiązanie finansowe Zamawiającego.

Powyższe okoliczności wskazują, że wyjaśnienia Konsorcjum Emporio nie zostały sporządzone w sposób należyty i nie potwierdzają wiarygodności zaoferowanej ceny. Skoro Zamawiający realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1107/23 wezwał wykonawcę do wyjaśnienia całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za roboczogodzinę 27,62 zł, to Przystępujący 2 w odpowiedzi na rzeczne wezwanie powinien uzasadnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia

2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 681/17 stwierdziła, że: „(...) Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (...)” (por. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 190/19). Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.) uznał, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z ugruntowanym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in.: wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. o sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r. o sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. o sygn. akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. o sygn. akt X Ga 127/08).

Odnosząc się w dalszym ciągu do zarzutu nr 1 petitum odwołania Izba wskazuje, że uzasadnienie tego zarzutu opierało się również na przyjęciu, że dowody złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 15 maja 2023 r. nie są związane z tymi wyjaśnieniami. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Emporio nie przedłożyło żadnego dowodu co do wysokości wynagrodzenia oraz umów o pracę dla wszystkich osób wskazanych w Załączniku nr 1 do Formularza oferty, w konsekwencji czego złożone wyjaśnienia nie dotyczą osób, o których mowa we wspomnianym załączniku. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego i Przystępującego 2, zgodnie z którym nieuzasadnione jest twierdzenie, że aby udowodnić prawidłowość wyliczenia stawki 1 roboczogodziny Konsorcjum Emporio powinno przedstawić wszystkie umowy o pracę osób wskazanych w wykazie, tym bardziej, że MAKIS nie wezwał do tego Przystępującego 2. W pierwszej kolejności wymaga zauważenia, że „(...) 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 uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia (...)” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 18 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 2039/22). Z kolei w wyroku z dnia 10 sierpnia 2018 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1453/18 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia (...)”. Mając zatem na uwadze treść wezwania do wyjaśnień spowodowanego się do przytoczenia treści przepisów art. 224 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz żądania złożenia dowodów, Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zawarte w wyjaśnieniach oświadczenia oraz umowy o pracę i dokumenty pn. „miesięczna informacja o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych” (10 szt.) były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie odpowiednio przyjęcia co najmniej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wyliczeń wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych z uwzględnieniem dofinansowania z PFRON do pracownika z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w kwocie 1 350,00 zł. Odnosząc się dodatkowo do zarzutu nieprzedłożenia umów o pracę dla osób wskazanych w pozycjach 1-10 Załącznika nr 1 do Formularza oferty należy podkreślić, że celem wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów pracy jest uzasadnienie przyjętej przez wykonawcę ceny i – wbrew twierdzeniu Odwołującego – nie sposób przyjąć, że muszą one odnosić się do osób wskazanych w rzeczonym załączniku, tym bardziej, że zgodnie z § 13 ust. 2 PPU wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia i które będą wchodzić w skład obsady personalnej poszczególnych zmian ochrony, w dniu zawarcia umowy i wykaz ten będzie stanowił załącznik nr 3 do umowy. Mając na uwadze powyższe niezasadne okazały się zatem zarzuty nieprzedstawienia umów o pracę jak również niedoliczania kosztów dojazdu.

Wobec tego, że potwierdził się zarzut nr 1 petitum odwołania w zakresie opisanym powyżej Izba uznała, że na uwzględnienie zasługuje również zarzut nr 3 i 4 petitum odwołania, który ma charakter wynikowy.

Ponadto Izba stwierdziła, że oddaleniu podlegał zarzut nr 2 petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że postawiony zarzut odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio z powodu „braku rękopisami należytego wykonania zamówienia”, jednak – jak słusznie zauważył Przystępujący 2 – przepisy ustawy Pzp nie przewidują odrzucenia oferty z tak określonej podstawy. Ustawodawca w przepisie art. 109 ustawy Pzp sformułował natomiast fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców, których zastosowanie wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający wskazał je w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. W niniejszym Postępowaniu MAKIS określił wyłącznie jedną fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 2 petitum odwołania buduje swoją argumentację na okoliczności wypowiedzenia umowy z Konsorcjum Emporio ze skutkiem natychmiastowym przez Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim z uwagi na rażące naruszenie postanowień umownych, która być może – po dokonaniu szczegółowej analizy – mogłaby stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji jego oferta podlegałaby odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe podkreślenia jednak wymaga, że treść podnoszonego w odwołaniu zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), lecz opiera się również na okolicznościach faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno konkretyzować podniesiony zarzut, a zatem musi zawierać precyzyjne określenie zastrzeżeń, a także wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, które uzasadniają wyrażone w treści odwołania zastrzeżenia. W rozpoznawanej sprawie mamy jednakże do czynienia z sytuacją, w której przytoczone przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp w petitum odwołania zostały poparte okolicznościami faktycznymi i oceną prawną w zasadniczej części nieodpowiadającymi wskazanym przepisom ustawy Pzp. Izba ma świadomość tego, że nie jest związana kwalifikacją

prawną podnoszonych w odwołaniu naruszeń, jednak mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy nie ma możliwości stwierdzenia, iż w niniejszym Postępowaniu doszło do jakiegokolwiek zaniechania czynności przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w związku z powoływaniem przez Konsorcjum MJK faktem rozwiązania umowy przed czasem. Brak wskazania w dokumentach zamówienia przesłanki fakultatywnej wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uniemożliwia bowiem rozpoznanie przez Izbę postawionego w taki sposób zarzutu.

W tym miejscu równocześnie wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp „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 faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22). W związku z powyższym Izba wskazuje, że wszelkie nowe okoliczności konkretyzowane pod adresem złożonych wyjaśnień dopiero na rozprawie przez Odwołującego czy też przez Przystępującego 1 w piśmie procesowym, które nie zostały zawarte w odwołaniu, nie mogły być przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....