Sygn. akt: KIO 3878/23

WYROK

Warszawa, dnia 11 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Respect System Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Puławy

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Respect System Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 990 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Respect System Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach na rzecz Miasta Puławy kwotę 3 990 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:…….…….....

Sygn. akt: KIO 3787/23

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Puławy (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn. „Usługa ochrony osób i mienia na terenie obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Puławach” (nr ref. BZP.271.12.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 listopada 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00507978/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Respect System Grupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach, Respect System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach (dalej jako „Odwołujący”), wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TRANSFER Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony TRANSFER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „TRANSFER”), zaniechania odrzucenia oferty ww. konsorcjum jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1) i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TRANSFER w postępowaniu w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów i kosztów wynagrodzenia za pracę w roku 2024;
2. art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty TRANSFER podlegającej odrzuceniu, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu;
3. art. 16 pkt 1) w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty TRANSFER podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty TRANSFER jako najkorzystniejszej w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty TRANSFER i nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu. Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż cena ofertowa konsorcjum TRANSFER wynosi 271.353,15 zł brutto, jednakże jest to wartość, która nie pozwala na pokrycie kosztów związanych z realizacją usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami, SWZ i dokumentacją postępowania. W Zał. nr 1 do SWZ wykonawcy składający ofertę mieli samodzielnie wskazać stawkę 1 rbh brutto, która stanowić będzie w przypadku wyboru ich oferty podstawę do wyliczenia należnego im wynagrodzenia. Wykonawca TRANSFER wskazał stawkę na poziomie 39,24 zł brutto - obiekt Marina Puławy ul. Portowa 3, stawkę 25,75 zł brutto - obiekt Hala Widowiskowo - Sportowa, ul. Lubelska 59 oraz monitorowanie obiektu Stadion MOSIR przy ulicy Hauke Bosaka 1 za kwotę 369 zł miesięcznie. Powyższe stawki zgodnie z wyjaśnieniami jakie złożył na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca TRANSFER „pozwala" na wygenerowanie zysku tylko i wyłącznie przy założeniu, że do realizacji zostaną skierowani pracownicy ochrony z orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności ze schorzeniami tzw. szczególnymi do których należą choroby psychiczne, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe, epilepsja oraz niewidomych w stopniu znacznym i umiarkowanym. Odwołujący przedstawił informacje z PFRON dotyczące wysokości dofinansowania w zależności od stopnia niepełnosprawności. Odwołujący wskazał, iż nie można zaprzeczyć, iż samo założenie TRANSFER jest niewłaściwe lub też nierealistyczne, ale w tym konkretnym przypadku jest ono niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie posiadania stosownych uprawnień tj. wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, gdyż osoby u których orzeczono chorobę psychiczną (02-P), upośledzenie umysłowe (01-U), całościowe zaburzenia rozwojowe (12-C) lub epilepsję (06-E) oraz niewidomych w stopniu znacznym i umiarkowanym (04-0) nie uzyskają pozytywnego orzeczenia lekarskiego lub psychologicznego, o którym mowa w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (Dz. U. 2022 poz. 2344).

Zdaniem Odwołującego Wykonawca TRANSFER podczas składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób świadomy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd nie wskazując ilości pracowników, których skieruje do realizacji zamówienia oraz nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że posiada pracowników ochrony ze znacznym i specjalnym stopniem niepełnosprawności i otrzymuje z tego tytułu dofinansowanie z PFRON. Odwołujący podkreślił także, że TRANSFER nie wskazał ilości pracowników oraz rodzajów posiadanych przez nich orzeczeń o stopniu niepełnosprawności, którzy zostaną skierowani do realizacji Zamówienia na obiekcie Hala Widowiskowo Sportowa Grupa Azoty Arena, a co za tym idzie brak jest możliwości rzetelnego przedstawienia kosztów związanych z zatrudnieniem i ewentualnym dofinansowaniem z PFRON.

Dalej Odwołujący podniósł, iż w wyjaśnieniach przyjęto bardzo ogólnikowe, niczym niepoparte założenia dotyczące dodatku za pracę w porze nocnej oraz kosztów związanych z zastępstwem urlopowym. Szczegółowe, zgodne z obowiązującymi przepisami prawa wyliczenia Odwołujący przedstawił w załączniku nr 5 do odwołania (Kalkulatory wynagrodzeń). Z powyższego kalkulatora wynika, iż koszt jedno roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej wyniesie w pierwszym półroczu wyniesie 44 54 zł brutto (36,21 zł netto), zaś w drugim półroczu wyniesie 43,97 zł brutto (35,75 zł netto). Zaoferowana stawka za 1 rbh Wykonawcy Transfer dla tego obiektu wynosi 39 24 zł brutto (31.90 zł netto), co generuje stratę w pierwszym półroczu w kwocie 5.3 zł brutto na każdej roboczo godzinie. W ocenie

Odwołującego nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż wykonawca Transfer przedłożył tylko i wyłącznie wyjaśnienia obejmujące wynagrodzenia za okres styczeń - czerwiec 2024r. tj. kwotę minimalnego wynagrodzenia w wysokości 4242 zł brutto i nie odniósł się w żadnym wypadku do wynagrodzenia jakie będzie obowiązywało w okresie lipiec - grudzień 2024r., które zgodnie z obowiązującymi przepisami będzie wynosiło 4300 zł. Przyjmując wyliczenia TRANSFER zawarte w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wskazane powyżej nieprawidłowości Odwołujący podkreślił, że są one przede wszystkim nierzetelne, zbyt ogólnikowe oraz niezgodne z wymaganiami jakie stawia wykonawcom Zmawiający. Na podstawie złożonych. wyjaśnień Zamawiający nie ma możliwości, aby w sposób prawidłowy dokonać oceny czy oferta złożona przez TRANSFER nie zawiera rażąco niskiej ceny, a to na Wykonawcy ciąży obowiązek, aby udowodnić, że złożona przez niego cena nie jest rażąco niska, co w sposób jednoznaczny Zamawiający wskazał w piśmie skierowanym do TRANSFER z dnia 8 grudnia br.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, iż złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdziły, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wobec czego oferta TRANSFER winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się ponadto na wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2021 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 702/21 oraz z dnia 26 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3466/20, KIO 3468/20Ofertą TRANSFER powinna ulec odrzuceniu, ponieważ wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdziły, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Równocześnie jak przyjmuje się w doktrynie, oferta z rażąco niską ceną to oferta zawierająca cenę „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, to jest ceną, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. która nie pozwala na realizację zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT i zawiera rażąco niską cenę. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że cena niepozwalająca na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników (jak w ofercie TRANSFER) w żadnym razie nie może być rozpatrywana w kategoriach dopuszczalnej przez przepisy ceny „niższej” niż inne oferty. Cena niższa bowiem jest ceną pozwalającą na pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, wykazująca jeszcze zysk po stronie wykonawcy oraz zgodną z wymogami dokumentacją postępowania, a jedynie niższą od ofert zaoferowanych przez innych wykonawców. Z kolei w świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. Definicję tę w ocenie Odwołującego spełnia cena zaoferowana przez TRANSFER.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w nieuzasadniony sposób dokonał szeregu bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji nie doprowadziły do udzielenia Odwołującemu zamówienia. Każda z czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Czynności podejmowane przez Zamawiającego opisane powyżej, prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych, w szczególności, że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, iż w trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający nie naruszył żadnych przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności nie dopuścił się żadnego naruszenia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający w sposób prawidłowy i wszechstronny zweryfikował treść oferty złożonej przez TRANSFER i zasadnie uznał, że jest ona zgodna z treścią SWZ, nie zawiera rażąco niskiej ceny i przedstawia najkorzystniejszy - spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert - bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający zgodził się z Odwołującym, iż Zamawiający na podstawie art, 95 ust. 1 ustawy PZP wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawców na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na stałej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia, z wyjątkiem tzw. „samozatrudnienia". Wymóg ten został jednoznacznie określony w Rozdziale I SWZ - „II, Tryb udzielenia zamówienia” - pkt 6 i 7. Ponadto, zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - dysponowanie przez wykonawcę co najmniej 2 osobami bezpośredniej stałej ochrony fizycznej, wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, które muszą być zatrudnione na podstawie stosunku pracy - Rozdział I SWZ - „VII. Warunki udziału w postępowaniu” - pkt 2 ppkt 4 lit. b. Rację ma również Odwołujący, iż Zamawiający wymagał w Rozdziale I SWZ „XVI. Opis sposobu obliczania ceny” w pkt 5, aby cena brutto za 1 roboczogodzinę (dalej: „1 RBH" wykonania przedmiotu zamówienia była określona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zgodnie z zapisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893). Powyższe kwestie podniesione

przez Odwołującego nie są sporne pomiędzy stronami. Zamawiający kwestionuje jednak w całości stanowisko Odwołującego, jakoby powyższe wymogi zawarte w SWZ miały świadczyć o tym, iż cena ofertowa konsorcjum TRANSFER jest rażąco niska i nie pozwala na pokrycie kosztów związanych z realizacją usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania.

Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż cena ofertowa konsorcjum TRANSFER za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wynosi łącznie 271 353,15 zł/brutto. Na powyższą kwotę składają się następujące ceny jednostkowe: Marina Puławy - 39,24 zł brutto/ 1 RBH; Hala Widowisko-Sportowa - 25,71 zł brutto/ 1 RBH oraz monitorowanie obiektu Stadion MOSiR369 zł/l miesiąc. W związku z wątpliwościami co do zaoferowanej przez konsorcjum TRANSFER ceny za 1 roboczogodzinę realizacji usługi ochrony obiektu Hali Widowiskowo-Sportowej na poziomie 25,71 zł/brutto, Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w powyższym zakresie. Pismem z dnia 13 grudnia 2023 r. konsorcjum TRANSFER udzieliło szczegółowych wyjaśnień wskazując, iż w ramach ochrony obiektu Hali Widowiskowo-Sportowej (stawka 25,71 zł/brutto za IRBH) będzie korzystać z dofinansowania PFRON (pomoc publiczna udzielana na podstawie odrębnych przepisów) w wysokości 3 600 zł na 1 pracownika ze stopniem niepełnosprawności, co łącznie z zaoferowaną ceną na poziomie 25,71 zł/brutto daje kwotę na jednego pracownika w wysokości 7 111,20 zł/brutto. Jednocześnie konsorcjum TRANSFER wskazało w wyjaśnieniach, że skorzystanie z dofinansowania PFRON pozwoli na wygenerowanie zysku na poziomie 1 157,65 zł/miesięcznie na pracownika, co przy 12 miesiącach daje zysk: 13 891,80 zł na 1 pracownika. Wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny TRANSFER przedłożył dowody w postaci aktualnego wyliczenia obciążeń składkowych pracodawcy (tzw. kalkulator) oraz wydruk ze strony internetowej: www.pfron.org.pl o wysokości dofinansowania PFRON do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych od stycznia 2023 r. Wynika z niego, że maksymalna kwota dofinansowania wynosi 3 600 zł i dotyczy pracowników o znacznym stopniu niepełnosprawności co do których orzeczono tzw. „szczególne schorzenia", czyli chorobę psychiczną (02-P), upośledzenie umysłowe (01-U), całościowe zaburzenia rozwojowe (12-C), epilepsję (06-E) lub niewidomi w stopniu znacznym i umiarkowanym (04-0) - 2 400 + 1 200 zł = 3 600 zł. Powyższe wyjaśnienia w ocenie Zamawiającego były kompletne, spójne i świadczyły o tym, że zaoferowana przez TRANSFER cena ofertowa nie miała charakteru ceny rażąco niskiej, co następnie skutkowało wyborem oferty TRANSFER jako najkorzystniejszej - ze względu na zgodność tej oferty z wymogami SWZ oraz najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert (100 pkt).

Zupełnie odmienne wnioski z analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wyciągnął Odwołujący, który w treści odwołania wskazał, iż założenia konsorcjum TRANSFER o dofinansowaniu z PFRON na poziomie 3 600 zł są nie tylko niewłaściwe czy nierealistyczne, ale wręcz (tu cyt.) „niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie posiadania stosownych uprawnień tj. wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, gdyż osoby u których orzeczono (szczególne schorzenia, o których mowa powyżej - przyp. aut.) nie uzyskają pozytywnego orzeczenia lekarskiego lub psychologicznego, o którym mowa w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę pracowników kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (Dz. U. z 2022 r. poz. 2344)" - str. 5 odwołania. Powyższe twierdzenia Odwołującego są całkowicie mylne i wynikają z błędnego interpretowania zapisów SWZ dotyczących ochrony obiektu Hali Widowiskowo-Sportowej. Zamawiający wskazał, że zarówno wezwanie skierowane przez Zamawiającego, jak i złożone przez konsorcjum TRANSFER wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odnosiły się wyłącznie do ceny jednostkowej za ochronę obiektu Hali Widowiskowo Sportowej, gdzie zaoferowana stawka wynosiła 25,71 zł/brutto. W zakresie obiektu, którego dotyczyły wyjaśnienia konsorcjum TRANSFER (tj. Hali Widowiskowo-Sportowej) Zamawiający nie wymagał świadczenia usługi ochrony przez osoby wpisane na list? kwalifikowanych pracowników ochrony. Taki wymóg dotyczył wyłącznie ochrony obiektu Marina Puławy, gdzie konsorcjum TRANSFER wskazało cenę jednostkową na poziomie - 39,24 zł/brutto (de facto wyższą o 1,14 zł/brutto od ceny jednostkowej zaoferowanej przez Odwołującego - 38,10 zł/brutto). Powyższe wynika wprost z Rozdz. II SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", gdzie na str. 22 w Charakterystyce obiektów i zakresie obowiązków Wykonawcy wskazano: 1. Marina Puławy - Zakres czynności/ obowiązków pracowników ochrony: „2. Dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej wpisany na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zgodnie z ustawą z dnia sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. 2021 poz. 1995).". Natomiast w zakresie obiektu: 2. Hala Widowiskowo-Sportowa wskazano tylko „Dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej." (pkt 2 Zakresu czynności / obowiązków pracowników ochrony, str. 24 SWZ). Powyższe wynika także z treści załącznika nr 4 do SWZ, Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia" gdzie w tabeli, w wierszu 2 wyraźnie wskazano - „2 osoby bezpośredniej ochrony fizycznej wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, pełniących stałą ochronę obiektów (Marina Puławy)".

Wobec powyższego, Zamawiający zaznaczył, że wymóg zaangażowania do realizacji zamówienia osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony dotyczył Mariny Puławy, a nie Hali Widowiskowo Sportowej,

gdzie Wykonawca zgodnie z warunkami SWZ mógł zaangażować także osoby fizycznenieposiadające takiego wpisu. Z uwagi na powyższe, cała argumentacja Odwołującego dotycząca rzekomej „nierealności" czy „niezgodności z prawem" wyjaśnień złożonych przez TRANSFER w zakresie udziału w zamówieniu osób posiadających znaczny stopień niepełnosprawności i tzw. „szczególne schorzenia" w kontekście braku możliwości uzyskania przez takie osoby wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony - jest całkowicie nietrafna i chybiona, ponieważ Zamawiający w zakresie ochrony obiektu Hali Widowiskowo-Sportowej w ogóle nie określił takiego wymogu. Ponadto należy zauważyć, że żaden z zapisów SWZ nie formułował zakazu realizowania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem z udziałem osób niepełnosprawnych, w tym posiadających znaczny stopień niepełnosprawności. Skoro zaś Zamawiający takich wymogów ani zakazów nie określił, to nie może wymagać od wykonawców ich przestrzegania ani tym bardziej - odrzucać na tej podstawie oferty wykonawców biorących udział w postępowaniu,

Reasumując tę część odpowiedzi Zamawiający wskazał, że z uwagi na brak ograniczeń w treści SWZ konsorcjum TRANSFER ma możliwość zaangażowania pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności do realizacji zamówienia, zwłaszcza do ochrony obiektu Hali Widowiskowo Sportowej, co do której Zamawiający nie wymaga wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Tym samym konsorcjum TRANSFER - jak każdy inny wykonawca - ma możliwość wkalkulowania dofinansowania do wypłacanego takim pracownikom wynagrodzenia na warunkach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej w oferowaną cenę za całość zamówienia oraz wkalkulowania tego w globalną kwotę oferty, zwłaszcza że zatrudnianie pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością na stanowiskach niekwalifikowanych pracowników ochrony, co implikuje dofinansowanie do ich wynagrodzenia, jest powszechnym zjawiskiem w branży usług ochrony, co słusznie dostrzeżono w wyroku KIO z dnia 30 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2962/22.

Dalej Zamawiający podniósł, iż nietrafione są zarzuty Odwołującego jakoby TRANSFER „w sposób świadomy zamierzony" wprowadził Zamawiającego w błąd nie wskazując ilości pracowników, których skieruje do realizacji zamówienia oraz nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że posiada pracowników ochrony ze znacznym i specjalnym stopniem niepełnosprawności i otrzymuje z tego tytułu dofinansowanie z PFRON. Wskazał, że nie wymagał - ani w dokumentacji przetargowej ani w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykazania powyższych okoliczności, a zatem konsorcjum TRANSFER nie było zobligowane do wykazania powyższych faktów, Zamawiający wskazał na wyroki KIO z dnia 8 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1611/22, z dnia 22 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2037/22 oraz z dnia 12 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1996/22. Zdaniem Zamawiającego nie można podzielić zapatrywania Odwołującego jakoby wyjaśnienia złożone przez konsorcjum TRANSFER w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były nierzetelne, zbyt ogólnikowe czy niezgodne z wymogami Zamawiającego. Udzielone przez konsorcjum TRANSFER wyjaśnienia są bowiem w pełni wystarczające dla oceny prawidłowości ceny i stanowią rzetelną odpowiedź na wezwanie skierowane do wykonawcy,

Ponadto, zupełnie niezrozumiałe dla Zamawiającego są zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomej straty, jaką poniesie konsorcjum TRANSFER na ochronie obiektu Marina Puławy przy zaoferowanej stawce na poziomie 39,24 zł/brutto za 1 RBH, co rzekomo miałby potwierdzać dołączony do odwołania „Kalkulator wynagrodzeń kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej" (zał. nr 5 do Odwołania). Powyższy zarzut jest o tyle zaskakujący i nielogiczny, gdyż sam Odwołujący w złożonej ofercie cenowej zaproponował niższą stawkę jednostkową za obsługę obiektu Marina Puławy na poziomie - 38,10 zł/brutto (a więc o 1,14 zł/brutto mniej niż konsorcjum TRANSFER), Tym samym, przyjęcie rozumowania przedstawionego w odwołaniu musiałoby prowadzić do wniosku, że skoro stawka zaoferowana przez konsorcjum TRANSFER za ochronę obiektu Marina Puławy będzie generować stratę na poziomie 5,30 zł/brutto za każdą RBH, to stawka zaoferowana przez Odwołującego - będzie generować tę stratę na jeszcze większym poziomie - 6,44 zł/brutto. Taka argumentacja Odwołującego pozostaje dla Zamawiającego całkowicie niezrozumiała, zwłaszcza że z dołączonego do odwołania kalkulatora wynika, że przy uwzględnieniu dofinansowania z PFRON na maksymalnym poziomie 3 600 zł stawka wynagrodzenie za 1 RBH pracownika wynosi 15,75 zł brutto (styczeń-czerwiec 2024 r.) oraz 15,77 zł brutto (lipiec - grudzień 2024 r.). Z tak dokonanej kalkulacji złożonej przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że cena oferty konsorcjum TRANSFER - ze stawką jednostkową 25,71 zł/brutto (Hala Widowiskowo-Sportowa) oraz 39,24 zł/brutto (Marina Puławy) pokrywa w całości koszty pracy wynikające z konieczności zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wskazał, iż nie można zgodzić się z Odwołującym, iż złożone przez konsorcjum TRANSFER wyjaśnienia nie potwierdziły, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wobec czego oferta wykonawcy miałaby podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust, 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wprost przeciwnie, całokształt okoliczności sprawy jednoznacznie potwierdza, że zaoferowana cena pozwala zrealizować zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej. Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem sądowym o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że

przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Z całą pewnością powyższej definicji nie spełnia cena zaoferowana przez konsorcjum TRANSFER.

Zamawiający dodał, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego wezwania konsorcjum TRANSFER do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust, 2 ustawy Pzp. Wartość brutto złożonej oferty nie jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 294 109,87 zł netto, co daje 361 755,14 zł brutto. Cena zaoferowana przez konsorcjum TRANSFER nie jest też o 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, W zamówieniu złożono 5 ważnych ofert, natomiast cena oferty TRANSFER wynosi 271 353,15 zł brutto i jest wyższa 0 37 332,62 zł od średniej arytmetycznej ofert pomniejszonej 0 30%.

Z uwagi na wszystkie powyższe okoliczności, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu co do rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art, 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem cena zaoferowana przez konsorcjum TRANSFER nie jest rażąco niską, a zaoferowane stawki roboczogodziny - przy uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy, które nie zostały skuteczne zakwestionowane przez Odwołującego - nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. Zamawiający dodał, że choć Odwołujący zawarł w odwołaniu trzy zarzuty, to w istocie wszystkie sprowadzają się do tego, czy cena konsorcjum TRANSFER jest rażąco niska i czy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wobec tego, z uwagi na brak odrębności zarzutów zawartych w pkt b) i c) odwołania, a dotyczących naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy PZP, należy stwierdzić, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w kwestionowanym w odwołaniu zakresie, bowiem – jak wykazano w niniejszej odpowiedzi na odwołanie - brak jest podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TRANSFER w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie. W oparciu o powyższą argumentację Zamawiający stwierdził, że żaden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym i nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W związku z tym, Zamawiający nie widzi żadnych podstaw do uwzględnienia odwołania i powtórzenia dokonanej przez siebie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Zamawiającego, zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania wskazanych w art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołującyjako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwanie wykonawcy TRANSFER do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowód z załączonego do odwołania dokumentu w postaci kalkulacji wynagrodzeń pracownika na okoliczności wskazane w odwołaniu (wysokość kosztów zatrudnienia kwalifikowanego pracownika ochrony) oraz dowód ze złożonego przez Zamawiającego podczas rozprawy dokumentu w postaci wydruku ze strony www.sudop.uokik.gov.pl, zawierającego listę przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez wykonawcę TRANSFER w okresie od 01.01.2020 r. do 09.01.2024 r. na okoliczności wskazane przez Zamawiającego (fakt otrzymywania przez ww. wykonawcę dofinansowania z PFRON).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia na terenie obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i

Rekreacji w Puławach, w następujących lokalizacjach: 1) Marina Puławy, ul. Portowa 3, 2) Hala Widowiskowo - Sportowa Grupa Azoty Arena, ul. Lubelska 59, 3) Stadion MOSiR, ul. Hauke Bosaka 1. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiący Rozdział II SWZ oraz projektowane postanowienia umowy - wzór umowy, stanowiący Rozdział III SWZ.

W Rozdziale I ust. II pkt 6 SWZ wskazano, iżZamawiający na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na stałej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia. Wymóg ten nie dotyczy sytuacji, gdy prace te będą wykonywane samodzielnie i osobiście przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w postaci tzw.” samozatrudnienia”.

W Rozdziale I ust. VII pkt 2.4) lit. b) SWZ wskazano, iż oudzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje: co najmniej 2 osobami bezpośredniej stałej ochrony fizycznej wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Osoby te muszą być także zatrudnione na podstawie stosunku pracy w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy.

W Rozdziale I ust. XVI pkt 2 zdanie pierwsze SWZ wskazano, iż ena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Zgodnie z pkt 4 wykonawca określa cenę wykonania całego przedmiotu zamówienia określonego w Rozdziale II i III SWZ poprzez wskazanie w Formularzu oferty (załącznik 1 do SWZ): - ceny brutto za 1 roboczogodzinę wykonania przedmiotu zamówienia (zawierającą obowiązujący należny podatek VAT) dla obiektów nr 1 i 2 (Marina i Hala Widowiskowo-Sportowa), - ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia (zawierającą obowiązujący należny podatek VAT) stanowiącą wynik przemnożenia maksymalnej ilości godzin wykonywania przedmiotu zamówienia przewidzianej przez zamawiającego przez stawkę brutto za 1 roboczogodzinę wykonywania przedmiotowego zamówienia. - ceny brutto za jeden miesiąc wykonania przedmiotu zamówienia (zawierającą obowiązujący należny podatek VAT) dla obiektu nr 3, - ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia (zawierającą obowiązujący należny podatek VAT) stanowiącą wynik przemnożenia 12 miesięcy wykonania zamówienia przez stawkę brutto za jeden miesiąc wykonywania przedmiotowego zamówienia, - łączną wartość brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia (zawierającą obowiązujący należny podatek VAT). Zgodnie z Rozdziałem I ust. XVI pkt 5 SWZ cenę brutto za 1 roboczogodzinę wykonania przedmiotu zamówienia należy określić zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca ma obowiązek w ofercie cenowej uwzględnić zapisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. W cenie brutto za 1 roboczogodzinę Wykonawca musi uwzględnić w szczególności następujące elementy: przyjęte założenia do wyliczenia roboczogodziny (średnia ilość roboczogodzin w miesiącu, staż pracy, wiek pracownika), płacę minimalną, dodatek za pracę w godzinach nocnych, składkę emerytalną, rentową, wypadkową, świadczenie urlopowe, koszty administracyjne, koszty umundurowania, koszt wsparcia grupy interwencyjnej.

Ponadto Izba ustaliła, iż w Rozdziale II – OPZ przedstawiono informacje dotyczące charakterystyki obiektów i zakresu obowiązków Wykonawcy. W punkcie 1 dotyczącym obiektu Marina Puławy, w zakresie obowiązków wykonawcy wskazano m.in. „dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej wpisany na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zgodnie z ustawa z dnia sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. 2021 poz. 1995).” W punkcie 2 dotyczącym obiektu Hala widowiskowo – sportowa, w zakresie obowiązków wykonawcy wskazano m.in. „Dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej.”

W załączniku nr 4 do SWZ – Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w tabeli, którą należało wypełnić, znajdowała się adnotacja: „2 osoby bezpośredniej ochrony fizycznej wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, pełniących stałą ochronę obiektów (Marina Puławy).”

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym Odwołującego i wykonawcy TRANSFER.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę: 1. Marina Puławy – cena brutto za 1roboczogodzinę/1miesiąc: 38,10 zł, cena całkowita brutto: 133 731 zł 2. Hala widowiskowo – sportowa - cena brutto za 1roboczogodzinę/1miesiąc: 38,10 zł, cena całkowita brutto: 191 452,50 zł, 3. Stadion MOSiR: cena jednostkowa brutto 150 zł, cena całkowita brutto: 1 800 zł. Łączna wartość brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia: 326 983,50 zł.

Wykonawca TRANSFER zaoferował wykonanie zamówienia za cenę: 1. Marina Puławy – cena brutto za 1roboczogodzinę/1miesiąc: 39,24, cena całkowita brutto: 137 732,40 zł 2. Hala widowiskowo – sportowa - cena brutto za 1roboczogodzinę/1miesiąc: 25,71 zł, cena całkowita brutto: 129 192,75 zł, 3. Stadion MOSiR: cena jednostkowa brutto

369 zł, cena całkowita brutto: 4 428 zł. Łączna wartość brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia: 271 353,15 zł.

Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę TRANSFER do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z tym, że istotna część składowa zaoferowanej ceny, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, iż Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia na Hali Widowiskowo - Sportowej przy ul. Lubelskiej w wysokości 25,71 zł brutto za 1 roboczogodzinę. Zgodnie z treścią SWZ: „Zamawiający na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na stałej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia” (Rozdział I ust. II pkt 6) oraz „Cenę brutto za 1 roboczogodzinę wykonania przedmiotu zamówienia należy określić zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca ma obowiązek w ofercie cenowej uwzględnić zapisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. W cenie brutto za 1 roboczogodzinę Wykonawca musi uwzględnić w szczególności następujące elementy: przyjęte założenia do wyliczenia roboczogodziny (średnia ilość roboczogodzin w miesiącu, staż pracy, wiek pracownika), płacę minimalną, dodatek za pracę w godzinach nocnych, składkę emerytalną, rentową, wypadkową, świadczenie urlopowe, koszty administracyjne, koszty umundurowania, koszt wsparcia grupy interwencyjnej” (Rozdział I ust. XVI pkt 5). Zgodnie ze wskazanym powyżej rozporządzeniem wysokość minimalnej stawki godzinowej od dnia 1 stycznia 2024 r. wynosi 27,70 zł, zaś od dnia 1 lipca 2024 r. wynosi 28,10 zł. Mając na uwadze powyższe, cena 25,71 zł za 1 roboczogodzinę zaoferowana przez Wykonawcę za realizację usługi na Hali Widowiskowo- Sportowej, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający wezwał TRANSFER do udzielenia stosownych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz sposobu jej skalkulowania i wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności: - 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 realizowane jest zamówienie. W wezwaniu zawarto też pouczenie o treści: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną/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, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca TRANSFER złożył wyjaśnienia, w których wskazał:

1.Według obliczeń wykonawcy:

a)25,71 brutto 20,90 zł. netto cena ofertowa godziny pracy pracownika ochrony (etat 168 godz. x 20,90 3 511,20 zł.),

b)3 6.00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) - koszt dofinansowania (wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów na 1,00 etat (1,00 x 3 650.00zl. koszt dofinansowania na 1 pracownika ze stopniem niepełnosprawności,

c)daje to kwotę na jednego pracownika 7 111,20 zl.(słownie: siedem tysięcy sto jedenaście złotych 20/100) (a + b),

2.Koszty poniesione przez Firmę na 1 pracownika zatrudnionego na umowę o pracę.

a)miesięczny koszt wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przy minimalnym wynagrodzeniu wynosi 4 242.00 zł. brutto (1 pracownika x 4 242,00 zł.),

b)koszty miesięcznych, składek ZUS, podatków wynoszą ok. 861,55 zł na jednego pracownika (informacja zawarta w wydruku dołączonym do wyjaśnień) co przy 1 zatrudnionym daje kwotę 861,55 zł miesięcznie,

c)koszty urlopu, godz. nocnych, umundurowania, nadzoru to ok 750,00 zł. na jednego pracownika co przy 1 zatrudnionym daje kwotę 750 zł miesięcznie,

d)koszt miesięcznej gotowość GI do obiektu 100,00 zł. netto miesięcznie,

e)po z sumowaniu daje kwotę 5 953,55 zł. na 1 pracownika (słownie: pięć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote

55/100) (a + b + c) +d,

3.Zysk Firmy to 1 157,65 zł. miesięcznie na pracownika zatrudnionego na umowę o pracę (ust 1 pkt. c - ust 2 pkt. d) co przy umowie na 12 miesięcy daje kwotę 13 891,80 zł. zysku na 1 pracownika ochrony.

Z powyższych wyliczeń wynika, iż cena za wykonanie usługi nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Do wyjaśnień załączono dokument: Kalkulator obciążeń składkowych oraz dokument: Wysokość dofinansowania z PFRON.

Zamawiający pismem z 20 grudnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty TRANSFER jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1) i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp, który Odwołujący wywodził z zaniechania odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę TRANSFER w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przywołując treść ww. regulacji należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ust. 5 tego przepisu stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, ust. 6 zaś wskazuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 359 pkt 2) ustawy Pzp zawiera odesłanie do przepisów, jakie stosuje się do zamówień na usługi społeczne i wskazuje, że przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla: zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która podważałaby rzetelność kalkulacji ceny ofertowej przedstawionej przez konsorcjum TRANSFER.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że konsorcjum TRANSFER skalkulowało cenę jednostkową za roboczogodzinę za jeden miesiąc świadczenia usług ochrony obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa w Puławach z uwzględnieniem faktu, iż otrzyma dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika z PFRON w kwocie 3 600 zł. Nie było też sporne, że aby otrzymać dofinansowanie na takim poziomie należy zatrudniać pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności, z orzeczeniem tzw. schorzenia specjalnego.

Zwrócić natomiast należy uwagę na to, że Odwołujący kwestionując przyjętą przez ww. wykonawcę stawkę za roboczogodzinę da obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa oparł swoją argumentację jedynie na stwierdzeniu, że osoba z takim schorzeniem nie uzyska wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Tymczasem, jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z dokumentów zamówienia nie wynikał obowiązek zatrudnienia do ochrony ww. obiektu osoby wpisanej na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. W Rozdziale II SWZ – OPZ, w opisie charakterystyki obiektów podlegających ochronie, wymóg pełnienia dyżuru przez pracownika ochrony fizycznej wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, zgodnie z ustawą z dnia sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, został przewidziany wyłącznie dla obiektu z pozycji 1, tj. obiektu Marina Puławy (w OPZ wskazano:„dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej wpisany na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (…)"). W punkcie 2 dotyczącym obiektu Hala widowiskowo – sportowa, w zakresie obowiązków wykonawcy takiego wymagania nie zawarto, wskazano jedynie: „Dyżur pełni jeden pracownik ochrony fizycznej." Fakt, iż przedmiotowy obowiązek dotyczył wyłącznie obiektu Marina Puławy pośrednio potwierdza załącznik nr 4 do SWZ– Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdzie wskazano: „2 osoby bezpośredniej ochrony fizycznej wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, pełniących stałą ochronę obiektów (Marina Puławy)." Dokumenty zamówienia były w tym zakresie

spójne. W ocenie Izby Odwołujący błędnie powołał się na obowiązek zatrudnienia do ochrony obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa kwalifikowanego pracownika ochrony, taki obowiązek nie wynikał bowiem z dokumentów zamówienia. W konsekwencji jedyny argument podniesiony odwołaniu w kontekście przyjęcia w kalkulacji dofinansowania z PFRON w wysokości 3 600 zł nie potwierdził się.

Prawidłowo także zauważył Zamawiający, iż treść SWZ nie wprowadzała co do zasady ograniczeń w zakresie możliwości skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Zamawiający w Rozdziale I ust. II pkt 6 SWZ wskazał jedynie, iż na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na stałej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia. Dodatkowe wymagania określono tylko dla obiektu Marina Puławy, przy czym materializowały się one w oczekiwaniu, aby pracownik posiadał wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, co nie jest równoznaczne z zakazem zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Żaden z wykonawców nie kwestionował postanowień SWZ w tym zakresie, tym samym były one wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Kontrola legalności i racjonalności ustalonych przez Zamawiającego wymagań na obecnym etapie pozostaje poza oceną Izby w przedmiotowej sprawie.

Należy ponadto dodać, iż Izba orzekając związana jest zarzutami odwołania, a w szczególności podstawami faktycznymi zarzutów, jakie zostały sformułowane w odwołaniu, na co wskazuje art. 555 ustawy Pzp. Późniejsze rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów nie jest dopuszczalne. Tymczasem w ocenie Izby argumentacja Odwołującego prezentowana podczas rozprawy, zwłaszcza w aspekcie dotyczącym skierowania do pracy pracowników niepełnosprawnych (ale i w zakresie dotyczącym innych kosztów, np. gotowości grup interwencyjnych), wykraczała poza podstawy faktyczne zarzutów zawarte w odwołaniu, była zatem argumentacją spóźnioną. Granicę sporu wyznaczały okoliczności faktyczne przedstawione w treści odwołania.

Trudno także uznać, aby konsorcjum TRANSFER wprowadziło Zamawiającego w błąd w sposób świadomy i zamierzony nie wskazując ilości pracowników, jakie skieruje do realizacji zamówienia, czy nie wskazując rodzajów posiadanych przez nich orzeczeń o niepełnosprawności. Analizując treść wyjaśnień złożonych przez TRANSFER należy stwierdzić, iż wykonawca ten w żaden sposób nie ukrywał przed Zamawiającym, na jakim poziomie założył dofinansowanie z PFRON kalkulując stawkę roboczogodziny za ochronę obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa. Przyjęty w kalkulacji poziom dofinansowania jest zgodny z obowiązującymi regulacjami, w SWZ zaś nie zawarto co do obiektu Hala Widowiskowo - Sportowa żadnych ograniczeń w kontekście zatrudniania osób niepełnosprawnych. Zamawiający nie wymagał także podania - czy to w ofercie, czy w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny - liczby pracowników, jaka zostanie skierowana do ochrony obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa. Zamawiający wskazał jedynie, iż dyżur ma pełnić jeden pracownik ochrony fizycznej, w związku z czym wycenie podlegała praca jednej osoby. Wykonawca TRANSFER wycenił pracę jednego pracownika z uwzględnieniem dofinansowania PFRON w ujawnionej w wyjaśnieniacł wysokości. Wykonawca ten przedstawił wraz z wyjaśnieniami także broszurę informacyjną potwierdzającą wysokość dofinansowania z PFRON. Odwołujący nie miał problemu z ustaleniem stopnia niepełnosprawności pracownika uwzględnionego w kalkulacji TRANSFER, co potwierdza treść odwołania. Dalej należy wskazać, iż w świetle hasłowej i ogólnej argumentacji zawartej w odwołaniu Izba doszła do przekonania, że okoliczność, iż konsorcjum TRANSFER nie załączyło do wyjaśnień dowodów potwierdzających, że zatrudnia pracowników niepełnosprawnych i otrzymuje dofinansowanie z PFRON, nie neguje *per se* rzetelności tych wyjaśnień. Izba doszła do takiego przekonania mając na uwadze w szczególności okoliczność, iż fakt otrzymywania przez ten podmiot dofinansowania i wysokość przyznawanej pomocy jest możliwy do sprawdzenia w powszechnie dostępnych źródłach (co potwierdza dowód złożony przez Zamawiającego, wygenerowany z Systemu Udostępniania Danych o Pomocy Publicznej prowadzonego przez UOKIK) Okoliczność, że TRANSFER zatrudnia osoby niepełnosprawne, jak i okoliczność, że otrzymuje z tego tytułu dofinansowanie z PFRON nie była kwestionowana.Dodać również należy, że TRANSFER na etapie składania oferty co do zasady nie miał obowiązku posiadać już zawartych umów o pracę z osobą/osobami, które skieruje do ochrony obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa. Określony w warunku udziału w postępowaniu wymóg dysponowania potencjałem kadrowym zawarty w Rozdziale I ust. VII pkt 2.4) lit. b) SWZ odnosił się tylko do osóbwpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a jak już wyżej wskazano, tego rodzaju wymóg nie dotyczył obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa.

Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący wskazywał na ogólnikowe założenia dotyczące dodatku za pracę w porze nocnej oraz kosztów związanych z zastępstwem urlopowym, podczas gdy sam przedstawił jedynie ogólnikowe stanowisko i nie wyjaśnił w odwołaniu, dlaczego przyjęte przez TRANSFER założenia należy uznać za nieprawidłowe. Odwołujący jedynie hasłowo wskazał na wyliczenia zawarte w załączniku nr 5 (kalkulator wynagrodzenia), jednak wyliczeń tych nie omówił ani nie ujawnił ich źródła pochodzenia. Co więcej, dokument ten przeczy stanowisku

Odwołującego co do realności przyjętej przez TRANSFER stawki roboczogodziny dla obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa, gdyż z jego treści wynika, że stawka za roboczogodzinę (zarówno od stycznia 2024 r., jak i od lipca 2024 r.) - przy uwzględnieniu dofinansowania z PFRON założonego przez ww. wykonawcę - jest dużo niższa niż faktycznie przyjęta w ofercie TRANSFER. Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego dotyczące nieuwzględnienia przez konsorcjum TRANSFER w kalkulacji ceny roboczogodziny za ochronę obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, który będzie miał miejsce od lipca 2024 r. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które wykazywałyby, że podana w wyjaśnieniach konsorcjum TRANSFER stawka roboczogodziny przy uwzględnieniu dofinansowania z PFRON nie pozwala na pokrycie tego wynagrodzenia i wygenerowanie przez wykonawcę zysku. Jak wskazano powyżej, takiej tezie przeczy wspomniany powyżej załącznik nr 5 do odwołania. Z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wprost wynika, że przy uwzględnieniu dofinansowania z PFRON kwota przypadająca na jednego pracownika zdecydowanie przekroczy wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2024 r. (z uwzględnieniem zmiany od 1 lipca 2024 r.). W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, które pozwalałby stwierdzić, że w kalkulacji ceny nie uwzględniono minimalnego wynagrodzenia za pracę i obciążeń publicznoprawnych pracodawcy wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów.

W dalszej kolejności Odwołujący powołał się na okoliczność, iż koszt roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej wyniesie w pierwszym półroczu 2024 r. 44,54 zł brutto, zaś w drugim półroczu 43,97 zł brutto, co powoduje, że przyjęta przez TRANSFER stawka 39,24 zł za ochronę obiektu generuje stratę w pierwszym półroczu w kwicie 5,3 zł brutto na każdej roboczogodzinie. Twierdzenia Odwołującego należy uznać za chybione. Po pierwsze Odwołujący w tym zakresie powołał się na „kalkulator", z którego miałaby wynikać ww. wysokość stawki za roboczogodzinę, niemniej dokumentu takiego nie przedstawił (załącznik nr 5 do odwołania nie wskazuje na takie stawki). Po drugie Odwołujący odnosił swoje wyliczenia do kosztów zatrudnienia kwalifikowanego pracownika ochrony, a zatem nie były to wyliczenia właściwe dla obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa, lecz dla obiektu Marina Puławy (na co wskazywała też podana w odwołaniu wysokość stawki przyjętej przez TRANSFER).Tymczasem podkreślić należy, że konsorcjum Transfer nie było wzywane przez Zamawiającego do wyjasnienia stawki przyjętej dla tego obiektu. Zakres wezwania jednoznacznie ograniczał się do obiektu Hala Widowiskowo – Sportowa, gdyż tylko w tym zakresie po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości. Jeśli zamiarem Odwołującego było zakwestionowanie wyceny dla obiektu Marina Puławy, to powinien on postawić w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania TRANSFER do wyjaśnień w tym zakresie, odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę nie jest bowiem możliwe bez wystosowania uprzedniego wezwania do wykonawcy. Takiego zarzutu jednak w odwołaniu nie postawiono. Wreszcie po trzecie, sam Odwołujący przyjął w ofercie stawkę 38,10 zł za roboczogodzinę ochrony obiektu Marina Puławy, a zatem stawkę niższą od wykonawcy TRASNFER i niższą od wynikającej z bliżej nieokreślonego „kalkulatora". Czyni do argumentację Odwołującego zupełnie niewiarygodną.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż brak było podstaw do uznania, że oferta Konsorcjum TRANSFER winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty TRANSFER podlegającej odrzuceniu, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz naruszenia art. 16 pkt 1) w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty TRANSFER podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Wyżej wskazane zarzuty miały charakter wynikowy, zostały oparte na tożsamych podstawach faktycznych, co zarzut omówiony powyżej, tj. na okolicznościach związanych z rażąco niską ceną oferty wykonawcy TRANSFER. W konsekwencji, skoro zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdził stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp nie dokonując odrzucenia oferty TRANSFER jako zawierającej rażąco niską cenę, to nie sposób także uznać, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Brak jest również podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający nie przeprowadził rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie

art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając tymi kosztami w całości Odwołującego i zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 990 zł 00 gr tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i dojazdem pracowników Zamawiającego na rozprawę.

Przewodniczący: ……