

WYROK
z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekspert Security Duo spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Magazynowej 11A lok. 63, 02-652 Warszawa - Lider Konsorcjum; Ekspert Security AP spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1,

04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum; Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1,

04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum i Agencja Ochrony Huzar Orzechowski spółka jawna z siedzibą w Sierpcu przy ul. Braci Tułdzieckich 25, 09-200 Sierpc – Uczestnik Konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę, w tym kosztów zatrudnienia pracowników.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Magazynowej 11A lok. 63, 02-652 Warszawa - Lider Konsorcjum; Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum; Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum i Agencja Ochrony Huzar Orzechowski spółka jawna z siedzibą w Sierpcu przy ul. Braci Tułdzieckich 25, 09-200 Sierpc – Uczestnik Konsorcjum** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa – 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Magazynowej 11A lok. 63, 02-652 Warszawa - Lider Konsorcjum; Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum; Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa - Uczestnik Konsorcjum i Agencja Ochrony Huzar Orzechowski spółka jawna z siedzibą w Sierpcu przy ul. Braci Tułdzieckich 25, 09-200 Sierpc – Uczestnik Konsorcjum** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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

26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usługi ochrony fizycznej i technicznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 WOG w Zegrzu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 163/514923.

W dniu 30 listopada 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Lider Konsorcjum; Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Uczestnik Konsorcjum; Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Uczestnik Konsorcjum i Agencja Ochrony Huzar Orzechowski spółka jawna z siedzibą w Sierpcu – Uczestnik Konsorcjum, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego w zakresie cz. 1, 4 i 10 postępowania polegającej na:

- 1)wyborze jako najkorzystniejszej w cz. 1, 4 i 10 postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum STEKOP”,
- 2)zaniechaniu wezwania konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum STEKOP w części nr 1, 4 i 10 postępowania w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub istotne elementy składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z wytworzeniem usługi, w szczególności kosztów zatrudnienia pracowników,
- 3)zaniechaniu udzielenia odpowiedzi Odwołującemu na złożony w dniu 20 listopada 2023 roku i ponowiony w dniu 22, 27 i 30 listopada 2023 roku wniosek do Zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP,
- 4)ewentualnie jeśli konsorcjum STEKOP zobowiązane było do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust 1 ustawy Pzp, to stwierdzić należy, że Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził procedurę oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę,
- 5)zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w cz. 1, 4 i 10, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
 - 1)art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotną część składową w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z wytworzeniem usługi, w szczególności kosztów zatrudnienia pracowników,
 - 2)art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 395 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w cz. 1, 4 i 10 postępowania oferty konsorcjum STEKOP pomimo, że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu,
 - 3)art. 74 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechaniu udzielenia odpowiedzi Odwołującemu na złożony w dniu 20 listopada 2023 roku i ponowiony w dniu 22, 27 i 30 listopada 2023 roku wniosek do Zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP oraz brak przedstawienia powodów takiego działania czy okoliczności wyłączających możliwość udzielenia odpowiedzi na złożony przez Odwołującego wniosek, co narusza także zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący nie ma możliwości skonstruowania zarzutów odwołania w oparciu o rzeczywisty i znany mu stan faktyczny i prawny w cz. 1, 4 i 10 postępowania,
 - 4)art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny nie pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania, w szczególności związanych z zatrudnieniem pracowników tj. pokrycie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników oraz realizacją usługi;
 - 5)art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia

przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum STEKOP, poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty w części 1, 4 i 10 postępowania jest rażąco niska,

6)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w cz. 1, 4 i 10 postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą w cz. 1, 4 i 10 postępowania jest oferta Odwołującego

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum STEKOP jako najkorzystniejszej w cz. 1, 4 i 10 postępowania,
- 3)nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w cz. 1, 4 i 10 postępowania, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu,
- 4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum STEKOP cz. 1, 4 i 10 postępowania,
- 5)ewentualnie, w przypadku przyjęcia, iż oferta konsorcjum STEKOP nie podlega odrzuceniu, wezwanie konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w części nr 1, 4 i 10 postępowania, poprzez złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym kosztów zatrudnienia pracowników,
- 6)wybór oferty Odwołującego w cz. 1, 4 i 10 postępowania,
- 7)nakazanie Zamawiającemu udzielenie odpowiedzi na złożony przez Odwołującego wniosek o przesłanie całej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania,
- 8)zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że dniu 20 listopada 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty m.in. w zakresie cz. 1, 4 i 10 postępowania.

W części 1 postępowania złożono cztery oferty. W części tej ofertę złożył Odwołujący z ceną brutto 2.641.007,98 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.567.646,65 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP.

W części 4 postępowania złożono cztery oferty. W części tej ofertę złożył Odwołujący z ceną brutto 2.627.394,54 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.556.302,11 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP.

W części 10 postępowania złożono pięć ofert. W części tej ofertę złożył Odwołujący z ceną brutto 2.228.715,13 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.200.839,98 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP.

Odwołujący podniósł, że oferta konsorcjum STEKOP to oferta niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników w części 1, 4 i 10 postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytania z dnia 17 października 2023 roku wykluczył możliwość skierowania do realizacji przedmiotu zamówienia osób niepełnosprawnych (odpowiedzi na pytania 2, 8). Oznacza to, że wykonawcy nie mogą kalkulując koszty zatrudnienia pracowników kierowanych do realizacji przedmiotu umowy korzystać z możliwości obniżenia tych kosztów w formie dofinansowania z PFRON do kosztów zatrudnienia. Ponadto w odpowiedzi na pytanie 7 dotyczące dopuszczalności zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych w godzinach nadliczbowych/ powyżej pełnego etatu, odmówił zgody na wprowadzenie takiego rozwiązania. Z kolei w odpowiedzi na pytanie 4 Zamawiający nie wyraził także zgody na zatrudnienie pracowników ochrony na umowę o pracę w niepełny wymiarze etatu. Z powyższego wynika, że jedyny dopuszczalny sposób zatrudnienia pracowników kierowanych to zatrudnienie pracowników pełnosprawnych na podstawie umowy o pracę wraz z uwzględnieniem stosownie do przedmiotu zamówienia wynagrodzenia za pracę w godzinach nocnych.

Koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę w grudniu 2023 roku przy założeniu: bez godzin nocnych i urlop 20 dni (staż pracy do 10 lat / wiek kobiety powyżej 55 lat / mężczyźni powyżej 60 lat) bez Funduszu Pracy i Funduszy Gwarantowanych.

Stawka brutto pracownika w grudniu 2023 rok to 3 600,00 zł, w tym Emerytalna 9,76% - 351,36, Rentowa 6,5% - 234,00, Wypadkowa 0,93% - 33,48, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 4 218,84 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 370,07 zł a stawka za 1 rbh - 30,19 zł.

Stawka brutto pracownika w grudniu 2023 rok to 3 600,00 zł oraz dodatek za godziny nocne w formie ryczałtu – stawka brutto pracownika 3 840,00 w tym Emerytalna 9,76% - 374,78, Rentowa 6,5% - 249,60, Wypadkowa 0,93% - 35,71, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 4 500,10 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 394,75 zł a stawka za 1 rbh – 32,20 zł.

Stawka brutto w okresie 1-6.2024 rok to 4 242,00 zł - stawka brutto pracownika 4 242,00 w tym Emerytalna 9,76% - 414,02, Rentowa 6,5% - 275,73, Wypadkowa 0,93% - 39,45, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 4 971,20 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 400,91 zł a stawka za 1 rbh – 32,49 zł.

Stawka brutto w okresie 1-6.2024 rok to 4 242,00 zł oraz dodatek za godziny nocne w formie ryczału - stawka brutto pracownika 4 524,80 w tym Emerytalna 9,76% - 441,62 Rentowa 6,5% - 294,11, Wypadkowa 0,93% - 42,08, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 5 302,61 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 427,64 zł a stawka za 1 rbh – 34,66 zł.

Stawka brutto w okresie 7-11.2024 rok to 4 300,00 zł - stawka brutto pracownika 4 300,00 w tym Emerytalna 9,76% - 419,68, Rentowa 6,5% - 279,50, Wypadkowa 0,93% - 39,99, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 5 039,17 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 392,46 zł a stawka za 1 rbh – 31,73 zł.

Stawka brutto w okresie 7-11.2024 rok to 4 300,00 zł oraz dodatek za godziny nocne w formie ryczału - stawka brutto pracownika 4 586,68 w tym Emerytalna 9,76% - 447,66 Rentowa 6,5% - 298,13, Wypadkowa 0,93% - 42,66, FP 2,45% -0,00 i FGŚP 0,10% - 0,00, co daje koszt brutto 5 375,13 zł. Zastępstwo urlopowe wynosi 418,62 zł a stawka za 1 rbh – 33,84 zł.

Powyższe kalkulacje – jak wskazał Odwołujący - stanowią podstawę do dalszych rozważań dotyczących oferty konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania i nie są dowolne, lecz oparte na powszechnie obowiązujących przepisach dotyczących uprawnień pracowników zatrudnionych w na podstawie umowy o prace i kosztów pracodawców z tego wynikających. Nie jest w tym zakresie możliwa jakkolwiek optymalizacja tych kosztów, a więc stawki zaoferowana przez konsorcjum STEKOP nie pokryją nawet kosztów osobowych realizacji przedmiotowego zamówienia. I tak dla części 1, 4 i 10 zamówienia minimalna stawka za 1rbh netto zatrudnienia pracownika (bez kosztów pozapracowniczych i zysku) wynosi 34,11 zł a stawka netto za 1 rbh konsorcjum STEKOP obejmującą zatrudnienie pracownika, koszty poza pracownicze i zysk dla części 1, 4 i 10 wynosi odpowiednio: 33,95 zł (część 1), 33,80 zł (część 4) i 33,76 zł (część 10).

Następnie Odwołujący odniósł się do treści odwołania konsorcjum STEKOP złożonym w postępowaniu z udziałem analogicznych Stron rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 526/23, gdzie konsorcjum wskazywało, że w jego ocenie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, każdy z wykonawców biorący udział w postępowaniu powinien był skalkulować swojej ofercie czynniki kosztotwórcze wskazane na stronach 17-20 wniesionego wówczas odwołania (przywołano na stronach 15-17 obecnego odwołania). Skoro konsorcjum STEKOP w złożonym w tym samym postępowaniu, ale występując jako odwołujący, twierdzi, że ww. elementy są niezbędne do skalkulowania w składanej w tym postępowaniu ofercie to należy oczekiwać, że w swojej własnej ofercie również te elementy ujął, a przedstawione wówczas argumenty nie były jedynie pustą argumentacją mającą na celu usunięcie z postępowania konkurencji.

Odwołujący przywołał treść SWZ w zakresie wymagań stawianych pracownikom ochrony w części 1 zamówienia (str. 11 25 wniesionego obecnie odwołania).

Usługa realizowana jest w okresie 31.11.2023 roku - 30.11.2024 roku.

Odwołujący wskazał, że w przypadku SUFO ogółem liczba rbh wynosi 61 488

Zamawiający uwzględnił współczynnik do naliczeń finansowych: 1,5 krotności obsady posterunków.

Przenosząc powyższe wyliczenia stawki godzinowej wyliczone przez Odwołującego prawidłowe wyliczenia minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i przy najbardziej preferencyjnych dla konsorcjum STEKO założeniach wyglądają następująco: 12.2023

(okres), 5 292h (liczba godzin kontraktu), 32,20 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 170 402,40 zł (łącznie); 1-6.2024 (okres), 30 576h (liczba godzin kontraktu), 34,66 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 1 059 764,16 zł (łącznie) i 7-11.2024 (okres), 25 620h (liczba godzin kontraktu), 33,84 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 866 980,80 zł (łącznie)

Z powyższego wynika, że minimalny koszt związany z zatrudnieniem pracowników przy rzetelnych i prawidłowych wyliczeniach to 2 097 147,36 zł netto.

Oferta złożona w części 1 przez konsorcjum STEKOP to 2 567 646,65zł brutto, tj. 2 087 517,60 netto. Oznacza to, że konsorcjum STEKOP ponosi stratę w wysokości 9 629,76 zł i to jedynie biorąc pod uwagę same koszty związane z zatrudnieniem pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia w cz. 1 postępowania.

Istotnym jest także, że poza kosztami zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę konieczne jest także uwzględnienie pozapracowniczych kosztów związanych z realizacją zamówienia takich jak wyposażenie pracowników, grupa interwencyjna czy koszty wymaganych przez Zamawiającego szkoleń okresowych dla pracowników. Łączny całkowity koszt z tytułu wymienionych powyżej kosztów to 29.753,04 zł (900,00 zł + 5496,00 zł + 7869,04 zł + 3088,00 zł). Tak wskazało konsorcjum STEKOP jeśli podmiot decyduje się na złożenie oferty w postępowaniu przetargowym to powinien ją rzetelnie skalkulować, a jeśli tego nie zrobi powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego. Zamawiający dokonując w sposób prawidłowy oceny oferty tego wykonawcy i odnosząc ją do warunków niniejszego postępowania powinien dojść do przekonania prowadzącego najpierw do skierowania wezwania do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, a następnie w przypadku niewykazania, że zaoferowana cena je pokrywa do odrzucenia tej oferty. Przedstawione wyliczenia znajdują swoje źródło w powszechnie obowiązujących przepisach prawa i wymaganiach Zamawiającego z dokumentacji postępowania zatem nie są dowolnymi wyliczeniami

strony odwołującej, a realnym i prawidłowym przedstawieniem minimalnych kosztów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w cz. 1 postępowania.

Odwołujący przywołał treść SWZ w zakresie wymagań stawianych pracownikom ochrony w części 4 zamówienia (str. 29 34 wniesionego obecnie odwołania).

Usługa realizowana jest w okresie 31.11.2023 roku - 30.11.2024 roku.

Odwołujący wskazał, że w przypadku SUFO ogółem liczba rbh wynosi 61 488.

Zamawiający uwzględnił współczynnik do naliczeń finansowych: 1,5 krotności obsady posterunków.

Przenosząc powyższe wyliczenia stawki godzinowej wyliczone przez Odwołującego prawidłowe wyliczenia minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i przy najbardziej preferencyjnych dla konsorcjum STEKO założeniach wyglądają następująco: 12.2023

(okres), 5 292h (liczba godzin kontraktu), 32,20 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 170 402,40 zł (łącznie); 1-6.2024 (okres), 30 576h (liczba godzin kontraktu), 34,66 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 1 059 764,16 zł (łącznie) i 7-11.2024 (okres), 25 620h (liczba godzin kontraktu), 33,84 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 866 980,80 zł (łącznie)

Z powyższego wynika, że minimalny koszt związany z zatrudnieniem pracowników przy rzetelnych i prawidłowych wyliczeniach to 2 097 147,36 zł netto.

Oferta złożona w części 4 przez konsorcjum STEKOP to 2 556 302,11 zł brutto, tj.

2 078 294,39 zł netto. Oznacza to, że konsorcjum STEKOP ponosi stratę w wysokości 18 852,96 zł i to jedynie biorąc pod uwagę same koszty związane z zatrudnieniem pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia w cz. 4 postępowania.

Istotnym jest także, że poza kosztami zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę konieczne jest także uwzględnienie pozapracowniczych kosztów związanych z realizacją zamówienia takich jak wyposażenie pracowników, grupa interwencyjna czy koszty wymaganych przez Zamawiającego szkoleń okresowych dla pracowników. Łączny całkowity koszt z tytułu wymienionych powyżej kosztów to 34 373,04 zł (11 016,00 zł + 12 400,00 zł + 7 869,04 zł + 3088,00 zł). Przedstawione wyliczenia znajdują swoje źródło w powszechnie obowiązujących przepisach prawa i wymaganiach Zamawiającego z dokumentacji postępowania zatem nie są dowolnymi wyliczeniami strony odwołującej, a realnym i prawidłowym przedstawieniem minimalnych kosztów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w cz. 4 postępowania.

Odwołujący przywołał treść SWZ w zakresie wymagań stawianych pracownikom ochrony w części 10 zamówienia (str. 40-46 wniesionego obecnie odwołania).

Usługa realizowana jest w okresie 31.11.2023 roku - 30.11.2024 roku.

Odwołujący wskazał, że w przypadku SUFO ogółem liczba rbh wynosi 52 704.

Zamawiający uwzględnił współczynnik do naliczeń finansowych: 1,5 krotności obsady posterunków.

Przenosząc powyższe wyliczenia stawki godzinowej wyliczone przez Odwołującego prawidłowe wyliczenia minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i przy najbardziej preferencyjnych dla konsorcjum STEKO założeniach wyglądają następująco: 12.2023

(okres), 4 536h (liczba godzin kontraktu), 32,20 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 146 059,20 zł (łącznie); 1-6.2024 (okres), 26 208h (liczba godzin kontraktu), 34,66 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 908 369,28 zł (łącznie) i 7-11.2024 (okres), 22 260h (liczba godzin kontraktu), 33,84 zł (Stawka godzinowa dla założenia 20 dni urlopu bez FP z godzinami nocnymi), 753 278,40 zł (łącznie).

Z powyższego wynika, że minimalny koszt związany z zatrudnieniem pracowników przy rzetelnych i prawidłowych wyliczeniach to 1 807 706,88 zł netto.

Oferta złożona w części 4 przez konsorcjum STEKOP to 2 200 839,98 zł brutto, tj.

1 789 300,80 zł netto. Oznacza to, że konsorcjum STEKOP ponosi stratę w wysokości 18 406,09 zł i to jedynie biorąc pod uwagę same koszty związane z zatrudnieniem pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia w cz. 10 postępowania.

Istotnym jest także, że poza kosztami zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę konieczne jest także uwzględnienie pozapracowniczych kosztów związanych z realizacją zamówienia takich jak wyposażenie pracowników, grupa interwencyjna czy koszty wymaganych przez Zamawiającego szkoleń okresowych dla pracowników. Łączny całkowity koszt z tytułu wymienionych powyżej kosztów to 24 923,84 zł (720,00 zł + 4 116,00 zł + 10 400,00 zł + 6 599,84 zł + 3 088,00 zł). Przedstawione wyliczenia znajdują swoje źródło w powszechnie obowiązujących przepisach prawa i wymaganiach Zamawiającego z dokumentacji postępowania zatem nie są dowolnymi wyliczeniami strony odwołującej, a realnym i prawidłowym przedstawieniem minimalnych kosztów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w cz. 10 postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania konsorcjum STEKOP do wyjaśnienia zaoferowanej ceny

Odwolujący podniósł, że bezpośrednio po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty skierował do Zamawiającego wnioski o doręczenie całej korespondencji wymienianej przez Zamawiającego z konsorcjum STEKOP. (wniosek z dnia 20, 22, 27 i 30 listopada 2023 r.) Do dnia złożenia wniosku odwołania nie otrzymywał jakiegokolwiek korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP. Zamawiający nie wskazał żadnej przeszkody w udostępnieniu Odwołującemu żądanych informacji ani też, że korespondencji takiej nie było. Stąd wniosek Odwołującego, że Zamawiający prawdopodobnie nie wezwał konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący podniósł także, że ceny zaoferowane przez konsorcjum STEKOP nie pozwalają na zaspokojenie kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdyż nie pokrywają nawet minimalnego kosztu zatrudnienia pracowników. Zamawiający nie skierował wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, czym naruszył przepisy ustawy. W ocenie Odwołującego, co wynika z treści odwołania przy dokonaniu prawidłowych wyliczeń kosztów przygotowanych na podstawie obowiązujących przepisów i dokumentacji postępowania, które nie podlegają dyskusji, konsorcjum STEKOP w części 1, 4 i 10 postępowania ponosi stratę. Oznacza to, że stawki zaoferowane przez tego wykonawcę nie pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów związanych z wytworzeniem usług, a tym samym aktualizują się przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do skierowania do wykonawców wezwań w zakresie wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich części składowych. Tym samym zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień należy traktować jako naruszenie ustawy Pzp, a także może być traktowane jako nierówne traktowanie wykonawców i narusza zasady uczciwej konkurencji.

Jedynie z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł, że cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia 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 niższa od ofert zaoferowanych przez innych wykonawców. Z kolei w świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. Definicję tę spełnia cena zaoferowana przez konsorcjum STEKOP pod kątem całkowitej zaoferowanej ceny. W wyniku przeprowadzonej procedury weryfikacji przez Zamawiającego uzyskałby on wiedzę czy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena rzeczywiście pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia czy też zachodzi konieczność odrzucenia tej oferty.

Odnosnie zarzutu zaniechania udzielenia odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia STEKOP i naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców Odwołujący ponownie odwołała się do wniosków skierowanych przez niego do Zamawiającego w dniach 20, 22, 27 i 30 listopada 2023 roku. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że w zaistniałym stanie faktyczny i wobec całkowitego milczenia po stronie Zamawiającego istnieje ryzyko, że jednak Zamawiający przeprowadził proces wezwania do wyjaśnień, ale nie udzielając odpowiedzi Odwołującemu ogranicza mu możliwość poznania stanu faktycznego w sprawie i prawidłowego przygotowania odwołania. Pomimo złożenia kilku pism Zamawiający pozostał bezczynny w zakresie udzielenia odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie mu całej korespondencji wymienianej przez Zamawiającego z konsorcjum STEKOP. Wobec całkowitej bierności Zamawiającego Odwołujący nie może jednoznacznie stwierdzić czy Zamawiający naruszył przepisy postępowania poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp czy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień przez to konsorcjum. Stąd konieczność stawiania przez Odwołującego zarzutów poniekąd „w ciemno”. Nie zmienia to jednak faktu, że zaoferowane przez konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania stawki nie pozwalają pokryć kosztów zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym oferty te powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego. Odwołujący także nie ma żadnych informacji o przyczynach bierności Zamawiającego. Jeśli bowiem one by istniały, to Zamawiający również powinien o tym Wykonawcę poinformować.

Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Opisane działanie Zamawiającego jest również przejawem nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ponieważ w całkowicie nieuzasadniony sposób Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z całą korespondencją kierowaną do konsorcjum STEKOP a tym samym na prawidłowe sformułowanie zarzutów podnoszonych w niniejszym odwołaniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum STEKOP wobec braku obalenia domniemania, że cena jest rażąco niska, o ile pomimo nieudostępnienia tych informacji Odwołującemu, Zamawiający wezwał konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie udzielił Odwołującemu odpowiedzi na pytanie czy konsorcjum STEKOP zostało wezwane do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego z daleko posuniętej ostrożności procesowej na wypadek, gdyby jednak konsorcjum STEKOP zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie, a wyjaśnienia te zostały zaakceptowane przez Zamawiającego, konieczne jest postawienie przez Odwołującego zarzutu w postaci błędnej oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień w postępowaniu. Z przedstawionych w odwołaniu prawidłowych i rzetelnych wyliczeń kosztów pracowniczych oraz pozapracowniczych związanych z realizacją jednoznacznie wynika, że nie ma możliwości wykazania, że cena ofertowa konsorcjum STEKOP pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i pozwala na wygenerowanie zysku. Jeśli

okazałoby się, że Zamawiający jednak dopełnił obowiązku skierowania wezwania do wyjaśnień, to jednak dokonał ich nieprawidłowej oceny prowadzącej do wyboru oferty konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 Postępowania. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oferta ulega odrzuceniu. Konstrukcja przepisów zawartych w art. 224 ustawy Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień rozumieć należy jako domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska, bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp (poprzednio art. 90 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 roku).

Wyjaśnienia wykonawcy konsorcjum STEKOP, aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny w zakresie ponoszonych w związku z realizacją umowy kosztów oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat, a także uwzględniać elementy o które pytał Zamawiający. Jak wykazano w części niniejszego odwołania odnoszącej się do kwestii kosztów konsorcjum STEKOP nie jest w stanie zgodnie z przepisami i warunkami postępowania przy zaoferowanych stawkach przedstawić rzetelnych i prawidłowych kosztów zatrudnienia pracowników. Tym samym dokonując prawidłowej oceny wyjaśnień Zamawiający powinien stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest niższa, a rażąco niska i nie pozwala na pokrycie kosztów wytworzenia usługi.

Reasumując Odwołujący podniósł m.in., że cena niepozwalająca na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników (jak w ofercie konsorcjum STEKOP) w żadnym razie nie może być rozpatrywana w kategoriach dopuszczalnej przez przepisy ceny „niższej” niż inne oferty. Cena niższa Zamawiający dokonał naruszeń przepisów ustawy Pzp w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu, które doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej w części 1, 4 i 10 postępowania oferty konsorcjum STEKOP. Ponadto Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, naruszając tym samym zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ jego zaniechanie wezwania zarówno konsorcjum STEKOP doprowadziło do tego, że Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy pomimo, że zaoferowane przez nich ceny nie pokrywają wszystkich kosztów związanych z realizacją Umowy, a tym samym oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 228 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przejawem naruszenia ww. zasad było także nieudzielenie przez Zamawiającego jakiegokolwiek odpowiedzi na 4-krotnie kierowane pisma przez Odwołującego dotyczące przekazania mu korespondencji wymienianej pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP.

Zamawiający w dniu 7 grudnia 2023 r. przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zawiadomienie kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej. Do przedmiotowego postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 20 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 19 grudnia 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia z odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

- 1.zrzut ekranu z platformy zakupowej Zamawiającego dotyczący postępowania ZP/100/2023 i korespondencji prowadzonej z Ekspert Security Duo Sp. z o.o. w tym postępowaniu,
- 2.wydruk oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ZP/100/2023 część 1, 4 i 10.

Izba nie uwzględniła złożonego przez konsorcjum STEKOP „stanowiska przystępującego” z dnia 18 grudnia 2023 r., uznając że jest to stanowisko wykonawcy nie będącego uczestnikiem postępowania odwoławczego, gdyż konsorcjum STEKOP nie zgłosiło przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec czego nie posiada ono statusu przystępującego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że

odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące ceny oferty konsorcjum STEKOP, w tym zarzuty dotyczące naruszenia art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum STEKOP w cz. 1, 4 i 10 postępowania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotną część składową w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z wytworzeniem usługi, w szczególności kosztów zatrudnienia pracowników, jak i zarzuty będące ich konsekwencją potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W części 1 postępowania złożono cztery oferty. W części tej ofertę złożył m.in. Odwołujący z ceną brutto 2.641.007,98 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.567.646,65 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP. Zaoferowana przez konsorcjum STEKOP stawka za 1 roboczogodzinę wynosiła 33,95 zł.

W części 4 postępowania złożono cztery oferty. W części tej ofertę złożył Odwołujący z ceną brutto 2.627.394,54 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.556.302,11 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP. Zaoferowana przez konsorcjum STEKOP stawka za 1 roboczogodzinę wynosiła 33,80 zł.

W części 10 postępowania złożono pięć ofert. W części tej ofertę złożył Odwołujący z ceną brutto 2.228.715,13 zł i konsorcjum STEKOP z ceną brutto 2.200.839,98 zł. Za najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę konsorcjum STEKOP. Zaoferowana przez konsorcjum STEKOP stawka za 1 roboczogodzinę wynosiła 33,76 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1, 3, 5-6 ustawy Pzp stanowi:

„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. (...)

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

Zgodnie z tym przepisem 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. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć zarówno ceny lub kosztu oferty ale również istotnych części składowych ceny lub kosztu, przy czym w odniesieniu do istotnej części składowej ceny lub kosztu nie ma zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym ceny całkowite zaoferowane przez wykonawców były do siebie bardzo zbliżone. Jednak przedmiotem badania Zamawiającego – jak wskazał Odwołujący – powinna być nie cena całkowita lecz stawka netto 1 roboczogodziny. Stanowi ona bowiem istotną częścią ceny oferty danego wykonawcy. Stawka ta (wskazana w ofercie przez konsorcjum STEKOP), jak wyliczył Odwołujący, uwzględniając obowiązkowe elementy wynagrodzenia jakie musi ponieść pracodawca oraz wymagania Zamawiającego określone w SWZ dla tego konkretnego postępowania, nie pokrywa nawet kosztów osobowych realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem wartość tych kosztów nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Musi bowiem te minimalne wymagania uwzględnić.

W przypadku tego zamówienia – jak dalej dowodził Odwołujący - nie jest możliwa optymalizacja kosztów z uwagi na wymagania Zamawiającego określone w SWZ takie jak m.in. umowa o pracę, pełny etat i brak umów cywilnoprawnych.

Optymalizacja kosztów wynagrodzenia wykonawcy możliwa jest natomiast – jak oświadczył Zamawiający i co ma wynikać z jego doświadczenia – w kosztach zastępstwa urlopowego. Niemniej jednak Zamawiający poza stwierdzeniem, że przedstawiona przez wykonawcę stawka za 1 roboczogodzinę nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, nawet przy uwzględnieniu dodatku za pracę w porze nocnej nie odniósł się do żadnych z argumentów i wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego, zwłaszcza, że jak – dowodził Odwołujący – cena 1 roboczogodziny nie pokrywa tych kosztów. Nie wiadomo więc czy konsorcjum STEKOP kalkulując cenę złożonej oferty zastosowało optymalizację

kosztów a jeżeli tak czego ona dotyczyła.

Wyliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu uznać należy za takie, które mogą choć nie muszą wskazywać na możliwość zaferowania przez konsorcjum STEKOP rażąco niskiej stawki za 1 roboczogodzinę. Nie wykazano bowiem, aby było inaczej. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji dotyczących kosztów pracowniczych i odniesienia do kalkulacji poczynionych przez Odwołującego, w tym kosztów urlopów, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że stanowią one w tego typu postępowaniach istotny element kalkulacji ceny, którym wykonawcy faktycznie rywalizują.

Wykonawcy, co jest niewątpliwe, mają swobodę w kalkulacji ceny oferty, jak i stawki 1 roboczogodziny. Odwołujący dokonał kalkulacji w oparciu o własne założenia, które mogą być różne od założeń przyjętych przez konsorcjum STEKOP, co więcej różne także od założeń Zamawiającego. Nie wiadomo jednak jakie były założenia konsorcjum STEKOP. Wobec czego Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę, w tym kosztów zatrudnienia pracowników.

Odwołujący wskazał także, że na stawkę 1 roboczogodziny składają się również pozapracownicze koszty związane z realizacją zamówienia, które – w jego ocenie – przez konsorcjum STEKOP także nie zostały wyliczone prawidłowo. Dowodem na powyższe miały być elementy ceny na jakie wskazało konsorcjum STEKOP w innym postępowaniu, jako te elementy, które musiały być niejako obligatoryjnie uwzględnione w kalkulacji ceny w tamtym postępowaniu, a które także w tej kalkulacji powinny być ujęte. Niemniej jednak w tym zakresie nie należy odnosić się do innego postępowania, nawet jeżeli prowadzone było przez tego samego zamawiającego, dotyczy ono bowiem innego stanu faktycznego i prawnego (inne argumenty i twierdzenia legły bowiem u jego podstaw, a postępowanie prowadzone było w oparciu o inną SWZ). Kwestie te należy jednak także wyjaśnić poprzez wezwanie konsorcjum STEKOP do złożenia wyjaśnień i ustalenie czy koszty pozapracownicze zostały uwzględnione w kalkulacji stawki 1 roboczogodziny, nie odnosząc ich przy tym do tego innego postępowania (postępowania, do którego odnosi się Odwołujący) i jego obligatoryjnych elementów lecz do przedmiotowego postępowania. Wobec czego konsorcjum STEKOP powinno zostać wezwane do złożenia wyjaśnień także i w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechaniu udzielenia odpowiedzi Odwołującemu na złożony w dniu 20 listopada 2023 roku i ponowiony w dniu 22, 27 i 30 listopada 2023 roku wniosek do Zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP oraz brak przedstawienia powodów takiego działania czy okoliczności wyłączających możliwość udzielenia odpowiedzi na złożony przez Odwołującego wniosek, co narusza także zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący nie ma możliwości skonstruowania zarzutów odwołania w oparciu o rzeczywisty i znany mu stan faktyczny i prawny w cz. 1, 4 i 10 postępowania potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący pismem z dnia 20 listopada 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP.

Wniosek ten ponowił pismami z dnia 22, 27 i 30 listopada 2023 r.

W dniu 30 listopada 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie, podnosząc m.in. zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum STEKOP oraz zaniechania udzielenia odpowiedzi Odwołującemu na złożony wniosek w dniu 20 listopada 2023 r., który był ponowiony w dniu 22, 27 i 30 listopada 2023 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 74 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek”. Natomiast art. 74 ust. 2 tejże ustawy stanowi, że „udostępnianie, o którym mowa w ust. 1 i 2, ma zastosowanie do wszystkich danych osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w ust. 3 i art. 18 ust. 3–6, stosuje się odpowiednio”.

Oznacza to, że protokół jest jawny i sporządzany na bieżąco a obowiązkiem Zamawiającego jest jego udostępnianie na każdym etapie postępowania po otrzymaniu stosownego wniosku. Przepis ten nie określa terminu, w którym powinno nastąpić jego udostępnienie. Przyjmuje się jednak, że powinno to nastąpić niezwłocznie. Ograniczenia dostępności informacji z protokołu wynikają z ustawy Pzp i dotyczą ochrony danych osobowych oraz innych jednoznacznie wskazanych w ustawie Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący, co jest bezsporne, pismem z dnia 20 listopada 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum STEKOP, który ponowił pismami z dnia 22, 27 i 30 listopada 2023 r. Do dnia wniesienia odwołania Odwołujący takiej odpowiedzi nie otrzymał. Tymczasem protokół postępowania powinien być udostępniany od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie ustawa Pzp nie przewiduje żadnych ograniczeń. Dostęp do protokołu i jego załączników wymaga jedynie złożenia przez podmiot zainteresowany wniosku o umożliwienie mu takiego dostępu. Taki wniosek został przez Odwołującego złożony, a co więcej trzykrotnie był ponawiany. Załączniki do protokołu udostępnia się co do zasady dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (dokumenty żądane przez Odwołującego taki charakter by miały). Informacje o wyborze oferty konsorcjum STEKOP w

zakresie części 1, 4 i 10 Odwołujący powziął w dniu 20 listopada 2023 r. Tak więc od tego momentu biegł termin na udostępnienie załączników do protokołu. Zamawiający powinien był więc żądane przez Odwołującego załączniki udostępnić, gdyż co do zasady udostępnienie powinno nastąpić niezwłocznie. Natomiast Zamawiający w sytuacji gdyby udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania byłoby utrudnione lub niemożliwe o fakcie tym powinien poinformować wnioskodawcę. A w tym stanie faktycznym tego nie uczynił. Nie udostępnił bowiem protokołu i załączników do protokołu. Nie poinformował także wykonawcy, że udostępnienie z przyczyn organizacyjnych – na takie bowiem wskazywał na rozprawie – nastąpi w terminie późniejszym. O zaistniałej sytuacji Zamawiający powinien był więc niezwłocznie poinformować Odwołującego. Tymczasem Zamawiający dopiero przed terminem rozprawy, która odbyła się w dniu 20 grudnia 2023 r. a mianowicie w dniu 19 grudnia 2023 r. udzielił odpowiedzi na wniosek złożony w dniu 20 listopada 2023 r., wskazując że korespondencja z konsorcjum STEKOP dotyczyła poprawienia omyłek rachunkowych.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający, co jest niewątpliwe, naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: