Sygn. akt: KIO 3403/23

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 listopada 2023 roku** przez wykonawcę **Agencja Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Izba Administracji Skarbowej w Łodzi z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) TS Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum); (2) TS Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu (Partner konsorcjum); (3) Protector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum) oraz (4) Protector Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Partner konsorcjum)** (Przystępujący), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie Przystępującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w tych częściach zamówienia;

kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Izba Administracji Skarbowej w Łodzi z siedzibą w Łodzi,**

następujący sposób**:**

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Agencję Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Izba Administracji Skarbowej w Łodzi z siedzibą w Łodzi** na rzecz **Odwołującego - Agencji Ochrony Eskort Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 3403/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Izba Administracji Skarbowej w Łodzi z siedzibą w Łodzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitoringu obiektów*

Izby Administracji Skarbowej w Łodzi oraz podległych jednostek. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 485337-2023.

Dnia 13 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca Agencja Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

(dalej jako „Odwołujący"). Odwołanie dotyczy części 2 i 3 zamówienia.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci:
1)wyboru jako najkorzystniejszej w części 2 i 3 zamówienia oferty Konsorcjum TS Service Sp. z o.o., TS Service Sp. z o.o. Sp.k., PROTECTOR Sp. z o.o., Protect Technology Sp. z o.o. – dalej Konsorcjum lub Wykonawca;
2)zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie 2 i 3 części zamówienia pomimo tego, że oferta zawierała rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty, a wyjaśnienia Wykonawcy co do ceny i kosztu były nierzetelne, ogólnikowe i niepoparte dowodami.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz
art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum
w sytuacji, gdy:
a)Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie,
b)Wykonawca zaniżył koszty wynagrodzeń pracowników w wyniku bezpodstawnego (brak dowodów) wskazania, że Wykonawcy na każdego pracownika (w tym kwalifikowanego pracownika ochrony) przysługuje dofinansowanie z PFRON w sytuacji, gdy Wykonawca nie zatrudnia niepełnosprawnych kwalifikowanych pracowników ochrony w ilość niezbędnej do wykonania zamówienia.
c)cena oferty oraz koszty oferty były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o:
1)uwzględnienie odwołania w całości.
2)zakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (zadanie 2 i 3) jako oferty najkorzystniejszej;
3)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie zadania 2 i 3 i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Odwołujący zgłosił ofertę
w sposób prawidłowy, która stanowi ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego z ceną gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Gdyby nie naruszenia Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.
Zgodnie z przepisami ustawy Zamawiający powinien był bowiem odrzucić ofertę Konsorcjum oraz wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert w zadaniu 2 i 3.

Odwołujący został powiadomiony o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w dniu 3 listopada 2023 r. Termin na złożenie odwołania został więc zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis
w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia co do ceny są nierzetelne ogólnikowe i lakoniczne. Zamawiający nie mógł więc uznać na podstawie wyjaśnień, że cena zaoferowane przez Wykonawcę oraz koszt oferty mają charakter rynkowy. Wykonawca w celu wykazania prawidłowości ceny i kosztu powinien bowiem przedstawić szczegółową kalkulację popartą dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów i poprawność przyjętych założeń. Wykonawca powinien wykazać, że przedstawione założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową, tj. jakie oszczędności udało się osiągnąć. Sytuacja prawna wykonawcy, który nie złożył odpowiednich wyjaśnień popartych dowodami i takiego, który nie złożył wyjaśnień jest analogiczna.
Taka oferta powinna zostać odrzucona (wyrok KIO z 19 maja 2016 r., KIO 722/16). Złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie. Podstawę odrzucenia oferty może stanowić rażąco niska cena, koszt lub cena jednostkowa (wyrok KIO z 25 października 2019 r, KIO 2033/19, wyrok KIO z 31 maja 2017 r., KIO 1001/17). Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że rażąco niska jest zarówno całościowa cena wskazana w ofercie, jak i istotna część składowa ceny tj. koszt w postaci wynagrodzeń pracowników mających wykonywać usługę.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter

jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (KIO 2494/19 - wyrok KIO z dnia 23-12-2019).

Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty. Jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. W przepisie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazano, że podstawą podrzucenia oferty może być przypadek, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty może więc być zaniżenie kosztu wynagrodzeń pracowników.

W związku z zaniżeniem przez Wykonawcę kosztów wynagrodzeń rażąco niska jest stawka za roboczogodzinę oraz cała cena oferty. Wykonawca nie ma bowiem możliwości wykonania zamówienia z uwzględnieniem kosztów wynagrodzeń w wysokości wskazanej
w wyjaśnieniach ceny.

Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane
w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe.
Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. (KIO 292/21 - wyrok KIO z dnia 25-02-2021). Ciężar wykazania prawidłowości ceny spoczywa na Wykonawcy.

Na rażąco niską cenę i kosztu wskazanych w ofercie oraz brak potwierdzenia przez wyjaśnienia Wykonawcy ceny i kosztu wskazanych w ofercie wskazują następujące okoliczności:
1Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że przysługuje mu dofinansowanie
z PFRON na<u>każdego</u> zatrudnionego pracownika w kwocie 1350 zł miesięcznie. Wykonawca wskazuje, że <u>wszyscy</u> zatrudnieni pracownicy będą pracownikami niepełnosprawnymi, dlatego też na każdego pracownika przysługuje dofinansowanie w tej kwocie. Wykonawca wskazał, że dzięki temu obniży koszty wynagrodzeń pracowników. Z treści kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę wynika, że uwzględnia dofinansowanie na PFRON w zakresie każdego pracownika oraz w zakresie każdej godziny świadczenia usług.
2Odwołujący przedstawił zaświadczenia wydruki, które potwierdzają wysokość dofinansowania PFRON otrzymywanego przez członków Konsorcjum (WAREX – poprzednia nazwa Spółki TS Service Sp. z o.o. członka Konsorcjum – ten sam NIP). Łączna suma dofinansowań z PFRON dla członków Konsorcjum na jeden miesiąc wynosi 73.524,10 zł (85,05 zł + 7914,60 zł + 15.100,00 zł + 50.424,45 zł). Z powyższego wynika więc,
że Konsorcjum przysługuje dofinansowanie z PFRON na **54** pracowników (73.524,10 / 1350 zł dofinansowanie z PFRON na jednego pracownika). Zamówienie powinno być wykonywane przez 63 pracowników, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika więc, że Konsorcjum nie zatrudnia pracowników niepełnosprawnych w ilości niezbędnej
do wykonania zamówienia. Konsorcjum nie może więc wykonać zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, ponieważ nie zatrudnia pracowników niepełnosprawnych (tj. na których przysługuje dofinansowanie z PFRON) w ilości niezbędnej do wykonania zamówienia. Konsorcjum nie ma więc możliwości uzyskania na każdego pracownika skierowanego
do wykonania zamówienia dofinansowania z PFRON w kwocie 1350 zł. Założenie uzyskiwania takiego dofinansowania na każdego pracownika należy więc uznać za niewiarygodne. Konsorcjum kieruje pracowników niepełnosprawnych do świadczenia usług na terenie całego kraju. W szczególności Konsorcjum wykonuje zamówienia publiczne z udziałem pracowników niepełnosprawnych na terenie województw pomorskiego i wielkopolskiego (siedziby członków Konsorcjum) oraz województwa łódzkiego.

54 pracowników, na których przysługuje dofinansowanie to pracownicy, którzy świadczą usługi w zakresie różnych zamówień. Bezsporne jest zdaniem Odwołującego,
że Konsorcjum nie zatrudnia pracowników niepełnosprawnych w ilości wystarczającej do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wykonawca zatrudnia pracowników niepełnosprawnych np. w zakresie następujących zadań: IAS Łódź, Prokuratura Okręgowa

w Poznaniu, Prokuratura Sieradz, Sąd Kalisz, Sąd Rejonowy Tomaszów, Urząd Miasta Poznań, WUP Poznań.

3.Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że znaczna większość pracowników wykonujących usługę ma być kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Z treści wyjaśnień Wykonawcy wynika, że wszyscy pracownicy świadczący usługę (w tym pracownicy kwalifikowani) mieli być pracownikami ze średnim stopniem niepełnosprawności. Kwalifikowani pracownicy ochrony co 3 lata przechodzą badania lekarskie i psychologiczne. W związku z badaniami pracownicy niepełnosprawni tracą prawo do pełnienia funkcji kwalifikowanych pracowników ochrony. Dla pełnienia funkcji kwalifikowanego pracownika ochrony wymagane jest bowiem posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań. Z badań pracowników niepełnosprawnych może wynikać zakaz pracy nocnej lub na pojedynczych stanowiskach. Nie można więc uznać, że Wykonawca wykazał możliwość wykonania usługi ze ceną wskazaną w ofercie w sytuacji, gdy założył, że wszyscy pracownicy mają być pracownikami niepełnosprawnymi i jednocześnie nie przedstawił dokumentów

(np. zaświadczenia lekarskie) potwierdzających zdolność wskazanych niepełnosprawnych pracowników do świadczenia usług ochrony.

Ponadto cześć kwalifikowanych pracowników ochrony posiada emerytalne uprawnienia mundurowe. Zatrudnienie emeryta mundurowego wyłącza możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON na tego pracownika. Wykonawca mógł więc korzystać

z dofinansowań z PFRON, o których mowa w wyjaśnieniach jedynie w przypadku zatrudnienia pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności (stwierdzone zaświadczeniem lekarskim) będącymi jednocześnie kwalifikowanymi pracownikami ochrony i niebędącymi emerytami mundurowymi. Oczywiste jest więc, że takich pracowników nie jest wielu na rynku pracy. Pomimo powyższego Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że wszyscy zatrudnieni pracownicy będą pracownikami niepełnosprawnymi. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających zatrudnianie pracowników niepełnosprawnych

w ilości zapewniającej wykonanie usługi.

Wykonawca przedstawił dokumenty, które mają potwierdzać zatrudnienie

16 pracowników będących kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Zamówienie (zadanie 1,2 i 3) powinno być wykonywane przez ponad 60 kwalifikowanych pracowników ochrony (wynika z opisu przedmiotu zamówienia), a samo zadanie 1 przez 42 kwalifikowanych pracowników ochrony. Oczywiste jest więc, że Wykonawca nie zatrudnia kwalifikowanych pracowników ochrony w ilościach niezbędnych do świadczenia usługi, na których jednocześnie przysługuje dofinansowanie z PFRON. Nie jest więc możliwe wykonanie usługi przez Wykonawcę za cenę wskazaną w ofercie.

Wykonawca w wyjaśnieniach ceny wskazał, że przysługuje mu dofinansowanie

w kwocie 1350 zł (i tym samym uwzględniał dofinansowanie w cenie) na każdego pracownika, w tym kwalifikowanego pracownika ochrony. Wskazane założenie jest niewiarygodne. Wykonawca nie ma bowiem możliwości zatrudnienia kwalifikowanych pracowników ochrony, którzy jednocześnie są niepełnosprawni. Wykonawca zobowiązał się do wykonania zadań 1,2 i 3 (złożenie oferty) i jego oferta w zakresie wskazanych zadań została wybrana.

Adekwatna sytuacja miała miejsce w przetargu na ochronę IAS w Łodzi w 2022roku. Konsorcjum udowadniało, że zatrudni wszystkich pracowników z orzeczeniem

o niepełnosprawności w trzech zadaniach, które realizuje do końca roku 2023. Suma osób potrzebnych do realizacji tych zadań to ponad 80 pracowników. Z dokumentów

o przyznawanym dofinansowaniu z PEFRON na wszystkie spółki konsorcjum wynika, że liczba pracowników waha się w okolicy 50 osób – wszystkich pracowników niepełnosprawnych

w całej Polsce niezależnie od kwalifikacji i wykonywanych zadań.

Za nierealistyczne należy uznać założenie zgodnie, z którym Wykonawca mógłby miałby możliwość zatrudnienia na wszystkich stanowiskach pracowników, którzy jednocześnie:

-byliby kwalifikowanymi pracownikami ochrony,

-mieliby umiarkowany stopień niepełnosprawności,

-nie byliby emerytami mundurowymi

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt 7 ustawy o ochronie osób i mienia na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która posiada zdolność fizyczną

i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła. Ponadto2, zgodnie z art. 32 ustawy o ochronie osób i mienia w/w badania są weryfikowane co 3 lata, a także po każdym okresie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą trwającą dłużej niż 6 miesięcy. Zakres w/w badań określa Rozporządzenie MZ w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się

o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Zakres wskazanych badań wynikający z Rozporządzenia jest bardzo szeroki. Przykładowo badanie obejmuje ogólne badanie stanu zdrowia, w tym

ocenę narządu słuchu i równowagi, układu krążenia, układu ruchu i układu nerwowego oraz specjalistyczne badania okulistyczne. Celem badania jest ocena czy dana osoba posiada zdolność fizyczną i psychiczną.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia kwalifikowani pracownicy ochrony wykonują czynności w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych oraz wchodzą w skład zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne. Z powyższego wynika więc, że uzyskanie przez pracownika niepełnosprawnego badań uprawniających do wpisu na listę kwalifikowanych pracowników jest sytuacją wyjątkową. Ponadto w art. 15a ust. 2 ustawy o broni i amunicji *Badanie lekarskie osoby ubiegającej się obejmuje ogólną ocenę stanu zdrowia, ze szczególnym uwzględnieniem układu nerwowego, stanu psychicznego, stanu narządu wzroku, słuchu i równowagi oraz sprawności układu ruchu. Lekarz przeprowadzający to badanie kieruje osobę ubiegającą się na badania psychiatryczne i okulistyczne, a jeżeli uzna to za niezbędne - na inne badania specjalistyczne lub pomocnicze.* Powyższe także ogranicza możliwość uzyskania przez pracownika niepełnosprawnego legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony, ponieważ kwalifikowany pracownik ochrony powinien posługiwać się bronią.

Odwołujący uważa, że Wykonawca nie dysponuje nawet 16 kwalifikowanymi pracownikami ochrony, którzy jednocześnie są pracownikami niepełnosprawnymi:

a)8 ze wskazanych przez Odwołującego osób to osoby zamieszkujące w województwie wielkopolskim. Na powyższe wskazuje wydanie zaświadczenia o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony przez Komendanta Wojewódzkiego w Poznaniu,

tj. według miejsca zamieszkania. Powinno powyższego Wykonawca nie uwzględnił

w wyjaśnieniach ceny kosztów diet z tytułu podróży służbowej, kosztów godzin nadliczbowych z tytułu dojazdu do pracy ani kosztów zakwaterowania pracownika poza miejscem zamieszkania.

b)Wykonawca przedstawił orzeczenie o niepełnosprawności trzech pracowników, którzy mają schorzenie 02-P (choroba psychiczna). Posiadanie przez takie osoby statusu kwalifikowanego pracownika ochrony budzi wątpliwości. Trudno uznać, że osoba chora psychicznie mogłaby posiadać pozwolenie na broń, być zdolna do wykonywania czynności konwojowania czy też działania w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych. Istnieje realne podejrzenie o możliwość podejrzenia przestępstwa złożenia fałszywego oświadczenia pracowników przed badaniami lub dokumenty są nieoryginalne. Jedynie osoby posiadające zdolność do wykonywania w/w czynności mogą posiadać status kwalifikowanego pracownika ochrony.

c)Ponadto Wykonawca przedstawił orzeczenie pracownika, który zgodnie z orzeczeniem o niepełnosprawności wymaga stałej opieki osób trzecich i jednocześnie posiada znaczny stopień niepełnosprawności! Oczywiste jest, że osoba o takim statusie nie jest w stanie wykonywać pracy nawet niekwalifikowanego pracownika ochrony.

d)Z orzeczeń o niepełnosprawności wynika, że wskazani pracownicy mogą pracować jedynie w warunkach chronionych lub na stanowiskach przystosowanych. Trudno więc uznać, że wskazane osoby mogą pełnić funkcje kwalifikowanego pracownika ochrony i tym samym przykładowo posiadać zdolność do wykonywania czynności konwojowania czy też działania

w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych.

Wykonawca przedstawił zaświadczenia o wpisie na listę pracowników kwalifikowanych oraz orzeczenie o niepełnosprawności, ale nie przedstawił dowodu, że są pracownikami Wykonawcy.

e)Zanonimizowanie dokumentów w taki sposób jak zrobiło to konsorcjum TS Service, czyli zamalowanie nazwisk i dat urodzin budzi poważne wątpliwości czy:

-wpis na listę Kwalifikowanych Pracowników Ochrony i Orzeczenie
o niepełnosprawności dotyczy tych samych osób,

-Czy data urodzenia nie świadczy o wieku emerytalnym pracowników, co wiąże się
z brakiem możliwości dofinansowań z PEFRON.

4.Koszty zatrudnienia jednego pracownika posiadającego orzeczenie
o niepełnosprawności od 1 stycznia 2024 do 30 czerwca 2024:

Wykonawca wskazał kwotę 532,77 – obciążenia urlopowego (ryczałt miesięczny, należne dla 1 etatu)

Jednakże Wykonawca nie uwzględnił 10 dodatkowych dni urlopu pracownika niepełnosprawnego (532/26 dni to 20,49 x 10 to 204,90), razem prawidłowa kwota zastępstwa urlopowego z uwzględnieniem 10 dodatkowych dni 737,67 zł.

Koszty zatrudnienia jednego pracownika posiadającego orzeczenie
o niepełnosprawności od 1 lipca 2024 do 31 grudnia 2024:

Wykonawca wskazał kwotę 542,69 – obciążenia urlopowego (ryczałt miesięczny, należne dla 1 etatu)

Jednakże Wykonawca nie uwzględnił 10 dodatkowych dni urlopu pracownika niepełnosprawnego (542/26 dni to 20,85 x 10 to 208,50) razem prawidłowa kwota zastępstwa urlopowego z uwzględnieniem 10 dodatkowych dni urlopu 751,19 zł.

Dodatkowe 10 dni urlopu pracownika niepełnosprawnego powinno zostać uwzględnione w związku z art. 19 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

5.Wykonawca błędnie wyliczył koszty nadzoru i administracji. Faktycznie powinny wynieść:

Koszt nadzoru + administracji 20 zł na etat x 11osób x 12 miesięcy, co daje 2640 zł.

- Wykonawca błędnie wyliczył koszty badań lekarskich i szkoleń BHP. Faktycznie powinny wynieść:

Koszty badań lekarskich szkolenia BHP -1200,00 zł

- Wykonawca błędnie wyliczył koszty umundurowania i wyposażenia. Faktycznie powinny wynieść:

Koszty umundurowania i wyposażenia 350 x 11 osób = 3850 zł

- Wykonawca błędnie wyliczył koszty łączności. Faktycznie powinny wynieść:

Koszty łączności min 5 telefonów 25 zł x 5 obiektów min x 12 miesięcy, co daje 1500 zł

- Wykonawca błędnie wyliczył koszty monitoringu. Faktycznie powinny wynieść:

- Monitoring 100 zł za obiekt x 12 obiektów x 12 miesięcy 14400zł

Te koszty zostały więc zaniżone przez Wykonawcę.

6Wykonawca wskazał, że nie liczy kosztów umundurowania (wyjaśnienie dotyczące prawa opcji) w zakresie prawa opcji, ponieważ Ci sami pracownicy będą wykonywać usługę w ramach zadania 1,2 i 3 oraz w ramach praca opcji. Jednakże nie oznacza to, że Wykonawca mógł dwukrotnie uwzględnić w kosztach koszt ulgi na PFRON. Ponadto, jeśli te same osoby miałyby wykonywać usługę w zakresie zadania 1,2 i 3 oraz w ramach praca opcji Wykonawca powinien był uwzględnić koszt nadgodzin w wysokości 100% (w związku ze wskazaniem przez Wykonawcę równoważnego czasu pracy).

W orzecznictwie KIO nie kwestionuje się, iż otrzymywanie dofinansowania z PFRON może stanowić szczególną okoliczność uzasadniającą znaczne obniżenie ceny za świadczenie usługi. Jednak okoliczność ta powinna zostać przez wykonawcę odpowiednio wykazana. Wykonawca powinien udowodnić, iż faktycznie otrzymuje takie dofinansowanie, jego wysokość oraz liczbę pracowników, których wynagrodzenia są dofinansowywane. Ponadto wykonawca powołujący się na zatrudnienie osób niepełnosprawnych nie może zapominać o szczególnych obowiązkach związanych z zatrudnianiem takich osób. Wyliczenie kosztów pracy powinno zatem uwzględniać koszty związane z obowiązkiem zapewnienia dodatkowego urlopu i zastępstw, kosztów rehabilitacji i innych wynikających wprost
z przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Podstawowe koszty pracodawcy związane z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych – wynikające z ustawy o rehabilitacji zawodowej przedstawiają się następująco:

1. Dodatkowa obowiązkowa przerwa w pracy – art. 17 ustawy o rehabilitacji zawodowej. Osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek. Czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy.

2. Dodatkowy urlop wypoczynkowy – art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej: Osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności.

3. Płatne zwolnienia od pracy – art. 20 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej:

Osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia:

1)w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku, z zastrzeżeniem art. 10f ust. 1 pkt 2;

2)w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych
lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy.

Wyliczenie kosztów pracy przedstawione przez Wykonawcę nie zawiera tych kosztów związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych. Wykonawca w wyliczeniach uwzględnił np. standardowy koszt wynagrodzenia urlopowego bez uwzględniania, że pracownikowi niepełnosprawnemu przysługują dodatkowe świadczenia, a także, że koszt wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego rośnie (w odniesieniu do pracownika pełnosprawnego)
w związku z dodatkowymi płatnymi przerwami w pracy.

W związku z pominięciem wskazanych kosztów wyjaśnienia Konsorcjum nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie. Ponadto cena powinna zostać uznana za rażąco niską tj. nierealną – nie obejmującą pewnych kosztów.

Zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący uważa, że wykazał, że Wykonawca założył wykonanie usługi ze stratą. Ponadto cena rżąco niska to cena nierealna – zaoferowana przez Wykonawcę cena jest nierealna, ponieważ Wykonawca założył uzyskanie na każdego pracownika dofinansowania z PFRON w kwocie 1350 zł, choć takie dofinansowanie mu nie przysługuje. Wyjaśnienia ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oferty oraz kosztów

wynagrodzeń.

Odwołujący dodał, że w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, ocenie podlega prawidłowość czynności podjętych przez zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest zobowiązany podjąć decyzję w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Ocena tej decyzji zamawiającego (czynności) nie może być dokonywana z uwzględnieniem nowych, uzupełniających wyjaśnień i nowych dowodów.

Z tego względu Izba nie może dopuścić wniosków dowodowych złożonych przez wykonawcę w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO z 3 września 2015 r., KIO 1784/15). Wykonawca nie ma więc możliwości złożenia dowodów na etapie postępowania odwoławczego.

To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską
i powinien on przedłożyć zamawiającemu wszelkie dostępne mu informacje i dowody na potwierdzenie tej tezy w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w wezwaniu. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem służącym zbadaniu poprawności czynności
i zaniechań zamawiającego, takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero
w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego. W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej, ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań zamawiającego, a nie je zastępuje (wyrok KIO z 2 kwietnia 2015 r., KIO 547/15). Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli trafność dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień. Nie może natomiast prowadzić do uzupełniania takich wyjaśnień, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (Prawo zamówień publicznych Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak. Orzecznictwo KIO oraz sądów (np. wyr. SO z 9.4.2010 r., IV Ca 1299/09, niepubl.; wyr. SO z 21.5.2008 r., X Ga 127/08, niepubl.) jednoznacznie wskazują na brak możliwości brania pod uwagę tego typu dowodów dopiero na etapie postepowania odwoławczego, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przywrócenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień, a którego niedotrzymanie zagrożone jest odrzuceniem oferty. Ocena takich dowodów przez KIO (lub przez sąd) w sytuacji, gdy nie były ona rozpatrywane przez zamawiającego w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadziłoby do dokonania czynności oceny ofert przez KIO lub sąd, zamiast przez zamawiającego. Próba dowodzenia realności ceny oferty na etapie postępowania odwoławczego jest próbą spóźnioną. Obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie realności zaoferowanej ceny zamawiającemu na etapie składania stosownych wyjaśnień
(wyrok KIO z 5 marca 2021 r., KIO 443/21).

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 14 września 2018 r. (KIO 1764/18) wskazała w jaki sposób modelowo powinna przebiegać ocena wyjaśnień ceny w przypadku świadczenia usług ochrony:

1. Niewystarczające jest przedstawienie przez Wykonawcę jedynie ogólnej metodologii szacowania kosztów nie popartej żadnymi dowodami. Same wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za w pełni obiektywne.
2. Wszelkie dowody powinny zostać dołączone przez Wykonawcę do wyjaśnień co do ceny. Uwzględnienie dowodów złożonych dopiero na etapie postępowania odwołującego prowadziłoby do nieuzasadnionego przedłużenia terminu do udzielenia wyjaśnień .
3. Zamawiający na potrzeby postępowania powinien przeprowadzić rozeznanie rynku
i oszacować wartość zamówienia na kwotach uzyskanych od innych Wykonawców.
4. Wykonawca powinien wykazać koszty wynagrodzeń, np. zanonimizowanymi umowami
o pracę lub dokumentami kadrowo-płacowymi.
5. Wykonawca składając ofertę powinien dysponować choć częścią personelu, który zapewnia wykonanie usługi za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca powinien więc wykazać dokumentami koszt wynagrodzeń pracowników lub oszczędności na wynagrodzeniach
(np. dofinansowania PFRON). Ewentualnie Wykonawca powinien zweryfikować czy jest możliwe zatrudnienie pracowników spełniających określone wymagania lub powinien się odnieść do danych historycznych w zakresie zatrudnienia pracowników we wcześniejszych okresach.
6. W postępowaniu odwoławczym KIO bada nie tylko samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na

ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Z tych względów Odwołujący uważa złożone odwołanie za zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu w zakresie części 2 i 3 zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, którego oferta w ocenie Odwołującego winna być odrzucona godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) TS Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum); (2) TS Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu (Partner konsorcjum); (3) Protector Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner konsorcjum) oraz (4) Protector Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Partner konsorcjum).
Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału
w postępowaniu odwoławczym jako Przystępującego. Przystępujący w stanowisku pisemny
i na rozprawie wnosił o uznanie odwołania za niezasadne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że w odwołaniu i stanowisku Przystępującego przedstawiono rzeczywisty stan faktyczny prezentujący przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wiernie przytoczono złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty i nie zachodzi konieczność powtarzania elementów stanu faktycznego przez Izbę oraz czynienie dodatkowych ustaleń faktycznych.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz
z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta
z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę
z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące
i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,
że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,

o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu
i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedstawionego stanowiska
w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że cena całkowita żadnej ze złożonych ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych
w postępowaniu i nie podlegających odrzuceniu, to dostrzeżenia wymaga, iż sam Zamawiający uwzględnił odwołanie złożone po dokonaniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. W odwołaniu tym jeden z zarzutów wskazywał na zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny. Skoro Zamawiający podjął taką decyzję, domniemywać należy, iż nie kierował się jedynie strategią procesową nieponoszenia kosztów postępowania odwoławczego, ale dokonał merytorycznej analizy zasadności zarzutów złożonego odwołania. Trudno zatem obecnie dywagować i argumentować, że cena oferty Przystępującego nie spełniała warunków progów ustawowych wzywania do wyjaśnień. Skoro Zamawiający zdecydował się skierować wezwanie o wyjaśnienia do określonego wykonawcy, to założyć należy, iż przy ocenie takiej oferty powstały wątpliwości uzasadniające takie wezwanie.

W tym miejscu Izba także podkreśla, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia
w dużej mierze należy uznać właśnie za polemikę z zarzutami uwzględnionego odwołania. Tymczasem nie takiemu celowi służy obowiązek złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej. Przystępujący otrzymał jasne wskazówki w wezwaniu, czemu mają służyć wyjaśnienia. Jeżeli natomiast Przystępujący chciał wdać się w spór z Odwołującym, to winien skorzystać z innych instytucji procesowych w postępowaniu odwoławczym.

Dalej odnosząc się zarzutów odwołania i złożonych stanowisk procesowych przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego zauważyć należy, iż rzeczywiście
z przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień wprost nie wynika, że Przystępujący zamierza realizować usługę tylko przy zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Prawdą jest również,
że Przystępujący w wyjaśnieniach zamieścił wyliczenie kosztu zatrudnienia jednego pracownika posiadającego orzeczenie o niepełnosprawności i nie posiadającego takiego orzeczenia w rozbiciu na dwa półrocza 2024 roku. Wskazał także średnią stawkę za
1 roboczogodzinę dla obu kategorii pracowników. Jednakże ani Zamawiający ani Przystępujący tak naprawdę nie odnieśli się w pismach i na rozprawie do istoty zarzutu. Odwołujący mianowicie bazując właśnie na przedstawionych w wyjaśnieniach wyliczeniach
i dostępnych dokumentach potwierdzających wysokość otrzymywanego dofinansowania
z PFRON za zatrudnianie osób niepełnosprawnych wyliczył, że by kalkulacja Przystępującego była prawidłowa konieczne jest zatrudnienie wszystkich pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że konieczność realizacji zamówienia przez 63 pracowników z dofinansowaniem nie została nigdzie w SWZ potwierdzona i dokonuje przeliczenia na liczbę etatów bazując na wskazanej przez Przystępującego w wyjaśnieniach liczby roboczogodzin. Być może byłaby to argumentacja prawidłowa, gdyby w ten sposób wyliczeń dokonał sam Przystępujący.

Ten natomiast posługuje się liczbą roboczogodzin i uśrednioną stawką. Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy Wykonawca dysponuje wystarczającą liczbą pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia i czy podane wyliczenia kosztów pracy są wiarygodne. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sam dokonał przeliczenia na etaty przeznaczone dla osób niepełnosprawnych, jednak dane zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego prawidłowości wyliczeń i rozumowania Zamawiającego nie potwierdzają. Wbrew zapewnieniom Przystępującego nie ma powiązania między liczbą pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności przewidzianą do zatrudnienia w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia a przedstawionymi dokumentami potwierdzającymi wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Z żadnego miejsca w wyjaśnieniach nie wynika, że właśnie liczba przedstawionych zaświadczeń odpowiadać na liczbie pracowników niepełnosprawnych, których Przystępujący przypisał do wykonania tego zamówienia. Przystępujący podaje jedynie, że są to pracownicy w jego strukturze organizacyjnej.

Jak sam bowiem podkreślał Przystępujący posługiwał się on jednostką roboczogodzin.

Zatem w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie wynika, że poczynione wyliczenia odzwierciedlają rzeczywiste zapotrzebowanie Zamawiającego i uzasadniają realność ceny. Celnie więc Odwołujący przedstawił braki złożonych

wyjaśnień w zakresie ilości pracowników, których Przystępujący zamierza skierować do wykonania umowy z Zamawiającym.

Pobocznie już tylko za właściwą należy uznać również argumentację odwołania,
w której poruszono, iż Przystępujący realizuje także inne zamówienia, na rzecz różnych zamawiających w innych regionach kraju. Odwołujący nie udowodnił bowiem ponad wszelką wątpliwość, że Przystępujący odpowiednią liczbą pracowników niepełnosprawnych nie dysponuje. Złożone przez Odwołującego dokumentacje z innych postępowań w których uczestniczy Przystępujący Izba nie uznała za rozstrzygające o zasadności zarzutu. Przystępujący zauważył, że może wszakże przeprowadzić dodatkową rekrutację pracowników. Przy czym w ocenie składu orzekającego Izby w przypadku zatrudnienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności w różnym jej stopniu, proces ten z pewnością jest bardziej skomplikowany i długotrwały.

Odwołujący w odwołaniu słusznie podkreślił, że w przypadku zatrudnia pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności,. przy jednoczesnym obowiązku wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia, że Wykonawca dysponować ma kwalifikowanymi pracownikami ochrony, Zamawiający winien wnikliwie pochylić się nad możliwością wpisania na tę listę. Zamawiający powinien przeanalizować pod tym kątem wyjaśnienia, czy zakładany sposób realizacji zamówienia umożliwia danemu Wykonawcy jego realizację w ramach przedstawionych zasobów pracowniczych. Odwołujący prawidłowo wskazywał na pewne ograniczenia związane z możliwością otrzymania dofinansowania, choćby w przypadku emerytalnych uprawnień mundurowych, czy konieczności wykonywania cyklicznych badań lekarskich. Jest to o tyle istotne, że Przystępujący powiązał możliwość obniżenia ceny ofertowej przez zatrudnienie osób niepełnosprawnych, co umożliwia mu otrzymanie dofinansowania. Poza tym z wyjaśnień nie wynika, że Przystępujący uwzględnił koszty przeprowadzania tych cyklicznych badań. Mało realistyczne wydaje się założenie,
że *„Do powyższej kwoty należy również doliczyć: koszty umundurowania oraz badań lekarskich, koszty nadzoru nad realizacja usługi, koszty administracyjne i obsługi grupy interwencyjnej w wysokości 0,61 PLN do każdej roboczogodziny."*
Przede wszystkim Wykonawca nie pokazał i udowodnił ponoszenia tych kosztów, a co więcej nie określił w ogóle w jaki sposób koszty te przekładają się na cenę oferty. Owszem, Zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania stanu zdrowia pracowników wykonawcy, to bowiem spoczywa na organach dokonujących wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, ale skoro otrzymał pewne dokumenty od Przystępującego w ramach wyjaśnień, to winien ocenić je pod kątem realności założeń organizacyjnych przyjętych przez Wykonawcę.

Izba pominęła przy wyrokowaniu dyskusję o możliwości posługiwania się przez pracowników Przystępującego bronią, czy możliwość wykonywania czynności konwojowania lub też działania w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych z uwagi na okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia nie nakłada takich obowiązków na podmiot świadczący usługę. Jednocześnie Izba zauważa, że argumentacja ta miała obrazować,
że w przypadku zatrudniania pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności, przy możliwości wykonywania przez nich obowiązków kwalifikowanych pracowników ochrony brać pod uwagę należy szereg różnych czynników wpływających na wykonywanie obowiązków służbowych dla takiego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie dokonał analizy prawidłowości wyjaśnień w odniesieniu do przedstawionych mu dokumentów, z których wynika, że część pracowników nie pochodzi z okolic, gdzie wykonywane będzie zamówienie. Przystępujący na ten temat w wyjaśnieniach milczy. Izbie nie jest wiadome, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął, że Wykonawca prawidłowo nie szacował kosztów z tytułu podróży służbowych, kosztów nadgodzin i dojazdu do pracy.

Ponad wszelką wątpliwość w ocenie Izby ze złożonych wyjaśnień nie wynika,
że Przystępujący w kalkulacji ujął kosztów dodatkowego urlopu przysługującego pracownikom niepełnosprawnym oraz kosztów innych przysługujących im świadczeń.
Wprost z przedstawionych kalkulacji wyliczeń wynika, że ujęto tylko koszty podstawowego urlopu 26 dni. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznał kalkulację Przystępującego za wiarygodną. Wbrew stanowisku Zamawiającego z wyjaśnień nie wynika przyjęcie jakiegokolwiek bufora bezpieczeństwa, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę dotychczasowe doświadczenie Wykonawcy przy świadczeniu usług dla tego samego Zamawiającego. Izba w całości przyjmuje za własną argumentację wynikającą z odwołania, że *„wykonawca powołujący się na zatrudnienie osób niepełnosprawnych nie może zapominać o szczególnych obowiązkach związanych z zatrudnianiem takich osób. Wyliczenie kosztów pracy powinno zatem uwzględniać koszty związane z obowiązkiem zapewnienia dodatkowego urlopu i zastępstw, kosztów rehabilitacji i innych wynikających wprost z przepisów ustawy
o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych".* Przystępujący w wyjaśnieniach na ten temat milczy.

Zamawiający i Przystępujący zdaje się, że nie zrozumieli stanowiska odwołania,
w którym wskazano, że Przystępujący dwukrotnie uwzględnił ulgę z PFRON na jedną osobę. Izba uważa, że słusznie Odwołujący podkreślał, że skoro wykonawca zamierza zatrudnić tych samych pracowników w ramach prawa opcji, to nie może drugi raz uwzględniać otrzymywanej

z Funduszu ulgi, bo ta skonsumowana została w ramach wynagrodzenia w zamówieniu podstawowym. Tymczasem Przystępujący w jednakowy sposób podszedł do wyliczenia wynagrodzenia w ramach wykonywania zamówienia w opcji i ponownie uwzględnił otrzymywane dofinansowanie.

W dalszej części złożone wyjaśnienia stanowią odniesienie się do zarzutów poprzedniego odwołania, uzasadniają możliwość korzystania z kalkulatorów branżowych wynagrodzenia, przywołują orzecznictwo dotyczące rażąco niskiej ceny, a w końcowym elemencie dotyczą uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie,
by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Przystępujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w tych częściach.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego, przyznając Odwołującemu koszty wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

……