

WYROK

z dnia 10 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe A. P., ul. Tartaczna 4, 26-600 Radom w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raławickie 1;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako

Konsorcjum firm: 1. Ochrona 24 P. M., ul. Okopowa 5/367, 20-022 Lublin,

2. Ochrona24 Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Okopowej 5/367 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1898/18 po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako

Konsorcjum firm: 1. MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. 3-Maja 64/66, 2. MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. 3-Maja 64/66, 3. MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszowie przy ul. Trybunalskiej 21 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1898/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe A. P., ul. Tartaczna 4, 26-600 Radom i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe A. P., ul. Tartaczna 4, 26-600 Radom

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od przez wykonawcy A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe A. P., ul. Tartaczna 4, 26-600 Radom na rzecz zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Al. Raławickie 1 kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1898/18

UZASADNIENIE

Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raclawickie 1 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługę ochrony osób i mienia Uniwersytetu Medycznego w Lublinie”, nr sprawy: UM-ZP-262-47/18.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 141-323065. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) została opublikowana na stronie:

uniwersytetu-medycznego-w-lublinie.

W dniu 11 września 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu pocztą elektroniczną informację o zamieszczeniu na platformie zakupowej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Ochrona 24 P. M., ul. Okopowa 5/367, 20-022 Lublin, 2. Ochrona24 Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Okopowej 5/367 (dalej: „Konsorcjum Ochrona24”).

W dniu 21 września 2018 r. wykonawca A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe A. P., ul. Tartaczna 4, 26-600 Radom (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 ustawy, przez błędne przyjęcie, że Konsorcjum Ochrona24 wykazało, że zaoferowana cena za wykonanie zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny podczas, gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Ochrona24 nie udowadniają, że ww. wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji przedmiotowego zamówienia, nie odnoszą się do całego zakresu przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów cenotwórczych) ani nie są poparte wiarygodnymi dowodami, w związku z czym Konsorcjum Ochrona24 nie wykazało, że cena ofertowa

jest ceną realną;

2. art 7 ust 1 i ust 3 Pzp w związku z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp i art 90 ust 3 Pzp w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że Konsorcjum Ochrona24 wykazało, że zaoferowana cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska oraz zawiera wszystkie elementy wymagane treścią specyfikacji, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty, w przypadku gdy Konsorcjum Ochrona24 nie wykazało, iż zaoferowana przez nie cena za wykonanie przedmiotowego zadania jest ceną realną oraz zawiera wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia opisane w treści specyfikacji;

3. art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. 3 Maja 64/66, MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. 3 Maja 64/66 oraz MM Service Monitoring Sp. z o.o. z siedzibą w Kruszwie przy ul. Trybunalskiej 21 (dalej: „Konsorcjum MAXUS”) wykazali, że zaoferowana cena za wykonanie zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum MAXUS nie udowadniają, że ww. wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji przedmiotowego zamówienia, nie odnoszą się do całego zakresu przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów cenotwórczych), w związku z czym Konsorcjum MAXUS nie wykazało, że cena ofertowa jest ceną realną;

4. art 7 ust 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, przez błędne przyjęcie, że Konsorcjum MAXUS wykazało, że zaoferowana cena za realizację

zamówienia nie jest rażąco niska, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty, w przypadku gdy Konsorcjum MAXUS nie wykazało, iż zaoferowana przez nie cena za wykonanie przedmiotowego zadania jest ceną realną;

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm., dalej: „uznk”) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, przez nieodrzućenie oferty złożonej przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS pomimo, że cena zaoferowana za realizację zadania jest nierealna i nierynkowa, nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej odpowiednio przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS z uwagi na fakt, że zaoferowali oni cenę, za wykonanie zamówienia poniżej kosztów jego realizacji, bez możliwości uzyskania zysku podczas jego wykonywania, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ochrona24, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ochrona24 pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum MAXUS pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę i zgodnie z kryteriami oceny ofert wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uznaniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS w odpowiedzi na wezwania w trybie art. 90 ust. 1a Pzp za niewystarczające dla uznania, że cena ofertowa odpowiednio Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS jest ceną realną, odrzucenie oferty Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, odrzucenie oferty Konsorcjum Ochrona24 z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, odrzucenie oferty Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji,

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in. że Konsorcjum Ochrona24 nie złożyło żadnych wyjaśnień ani dowodów odnoszących się do wyliczenia zaoferowanej ceny jednostkowej za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony. Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Ochrona24 nie odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego zgodnie z treścią wezwania. Zdaniem Odwołującego Zamawiający poprosił o ustosunkowanie się do kalkulacji każdej z cen jednostkowych za roboczogodzinę świadczenia usług w poszczególnych typach ochrony, a Konsorcjum Ochrona24 do niniejszego się nie odniosło. Już przedmiotowa okoliczność świadczy o tym, że oferta złożona przez Konsorcjum Ochrona24 powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że z dokonanej analizy wyjaśnień, Konsorcjum Ochrona24 wynika, że w kalkulacji nie wliczono m.in. dodatkowych urlopów wypoczynkowych dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Powyższe, powoduje wzrost kosztów zatrudnienia brutto przez pracodawcę.

2.532,81 zł brutto: 21 dni (średnia liczba dni pracujących w miesiącu) = 120,61 zł brutto

120.61 zł brutto x 36 dni urlopu w roku = 4341,96 zł brutto

2.100,00 zł brutto + 432,81 zł (składki ZUS finansowane przez pracodawcę) + (4341,96 zł (koszt 36 dni urlopu) + 50,00 zł (badania lekarskie) + 50,00 zł (szkolenia BHP)/12) =

2.532.61 zł + 370,16 zł = 2902,97 zł brutto miesięcznie.

Wobec tego, wyliczenia ostateczne kosztu ostatecznego pracowników kształtują się następująco.

Zadeklarowano 67,30 etatu.

17,3 etatu x 2802,46 zł = 48.482,56 zł brutto miesięcznie.

50 etatów x 2902,97 zł = 145.148,50 zł brutto miesięcznie.

Łącznie 193.631,06 zł brutto miesięcznie 193 631,06 zł x 27 miesięcy = 5 228 038,62 zł brutto
Konsorcjum Ochrona24 w wyjaśnieniach złożyło informacje o refundacji z PFRON w wysokości 50 x 1.125,00 zł x 27 miesięcy = 1 518 750,00 zł 5 228 038,62 zł - 1 518 750,00 zł = 3 709 288,62 zł brutto Koszty pracowników 3 709 288,62 zł brutto.

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum Ochrona24 w swoich wyliczeniach koszty pracownicze i urlopowe podało jako kwotę netto a nie jak powinien brutto.

Następnie Odwołujący wyjaśniał, że w kosztach realizacji zamówienia należy uwzględnić wskazane przez Konsorcjum Ochrona24 koszty systemu monitorującego w wysokości 40 000,00 zł netto, co powoduje, że odejmując od zaoferowanej przez Konsorcjum Ochrona24 sumy netto, tj. 3.769.615,20 złotych koszt pracowników obliczony zgodnie z powyższymi zasadami, tj. 3.709.288, 62 zł (koszt brutto pracodawcy, gdyż kwota ta nie podlega pod podatek VAT, podatek VAT jest świadczeniem dla państwa, swoje koszty wykonawca jest zobligowany uwzględnić w swojej kalkulacji ceny netto) oraz koszt systemu monitorującego netto w wysokości 40.000,00 zł otrzymamy kwotę 20.326,58 zł netto, która mogłaby ewentualnie stanowić zysk Konsorcjum Ochrona24.

Jednak zdaniem Odwołującego o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny świadczy fakt, że w kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez Konsorcjum Ochrona24 nie uwzględniono:

1. Kosztu utrzymania umów na podjazdy grup interwencyjnych. Odwołujący twierdził, że po rozeznaniu rynkowym oraz na podstawie własnych zawartych umów na tego typu usługi należy przyjąć minimalną kwotę 40,00 zł netto za jeden obiekt x 13 obiektów objętych tego typu wymaganiami Zamawiającego = 520,00 zł netto x 27 miesięcy = 14 040,00 zł netto.
2. Brak uwzględnienia kosztów umundurowania:

- polar - 60,16 zł netto x 58 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 3.489,28 zł netto
 - koszula - 39,00 zł netto x 3 szt. = 117,00 zł netto x 58 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 6.786,00 zł netto
 - spodnie - 55,28 zł netto x 2 szt. = 110,56 zł netto x 58 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 6.412,48 zł netto
 - kurtka zewnętrzna - 105,77 zł netto x 15 szt. (liczba sztuk wynika z ilości obiektów - 13, jednej osoby na parkingu tzw. parkingowego oraz jednej osoby na akademikach) = 1.586,55 zł netto
 - czapka - 12,00 zł netto x 58 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 696,00 zł netto
 - krawaty 14,00 zł netto x 54 etaty (dla osób na etatach wynikających z sumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ za wyjątkiem osób dedykowanych do patrolu oraz tzw. parkingowego) = 756,00 zł netto
 - marynarka 185,00 zł netto x 13 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ w zakresie Zintegrowanego interdyscyplinarnego Centrum Symulacji Medycznej - 8 etatów oraz Collegium Novum - 4,5 etapy) = 2.405,00 zł netto
 - t-shirt 18,50 zł netto x 3 szt. x 58 etatów (liczba etatów wynikająca z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 3.219,00 zł netto
 - obsługa szatni t-shirt 18,50 zł netto x 2 x 13 etatów (liczba etatów wynikająca z zsumowania wykazu obiektów i liczby wymaganych osób na szatni wynikających z załącznika nr 1 a do SIWZ) = 481,00 zł netto
- Łącznie 25.831,31 zł netto

3. Brak uwzględnienia kosztów polisy dedykowanej na potrzeby realizacji kontraktu.. W tym miejscu Odwołujący podnosił, że przykładowo polisa dedykowana dla Zamawiającego na kwotę 3 mln zł wynosi 7 548,57 zł rocznie. Przy tym zamówieniu Zamawiający żąda polisy dedykowanej na kwotę 2 mln. zł, licząc proporcjonalnie roczna opłata wynosi 5 032,38 zł jest to opłata roczna a nie na cały okres trwania kontraktu czyli 27 miesięcy, a więc dla 27 miesięcy należało by założyć koszt na poziomie 11.322,99 zł netto (5.032,38/12 miesięcy = 419,37 zł x 27 miesięcy).

Odwołujący twierdził, że wartość brutto oferty Konsorcjum Ochrona24 to 4.636.626,70 zł brutto - 23% podatek VAT = 3.769.615,20 zł netto. Zdaniem Odwołującego koszty jakie ponosi Konsorcjum Ochrona24 to: 3.709.615,62 zł (koszt pracowników) + 40 000,00 zł (koszt systemu monitorującego) = 3 749 288,62 zł netto. Odejmując od zaoferowanej przez Konsorcjum Ochrona24 kwoty 3.769.615,20 zł netto - kwotę stanowiącą koszty wykazane w kalkulacji ceny przez ww. wykonawcę, tj. 3.749.288,62 zł = 20 326,58 zł. Kwota ta jest niewystarczająca na: pokrycie kosztów grup interwencyjnych, umundurowania oraz polisy kontraktowej.

20.326,58 zł netto -14.040,00 zł (koszt grup interwencyjny) = 6.286,58 zł netto.

Powstała kwota jest niewystarczająca na pokrycie kosztów umundurowania (25.831,31 zł netto) oraz opłacenia polisy dedykowanej na potrzeby realizacji kontraktu (17.021,34 zł netto).

To co pozostało 6.286,58 zł netto - 25 831,31 zł netto (koszt umundurowania) - 17.021,34 zł netto (koszt polisy kontraktowej) = - 36.566.07 zł netto.

Ponadto Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Ochrona24 nie wliczyło do swojej kalkulacji ceny kosztów pośrednich takich jak obsługa kadrowo - placowa pracowników. Zgodnie z obliczeniami Odwołującego jest to koszt na poziomie 500,00 zł miesięcznie x 27 miesięcy = 13.500,00 zł netto.

W ocenie Odwołującego z powyższych wyliczeń wynika, że Konsorcjum Ochrona24 nie skalkulowało w sposób prawidłowo zaoferowanej przez siebie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględniło w kalkulacji ceny wymagań Zamawiającego opisanych w treści SIWZ co oznacza, że oferta złożona przez ww. wykonawcę zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Ochrona24 poniesie stratę podczas realizacji przedmiotowego zadania, nie wspominając już o jakimkolwiek zysku.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był zweryfikować prawidłowość kalkulacji ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Ochrona24 i wyjaśnionej w piśmie Konsorcjum Ochrona24, czego w przedmiotowym przypadku zaniechał.

Odwołujący twierdził, że oferta złożona przez Konsorcjum Ochrona24 jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na:

- a) Niezaoferowanie zapewnienia wsparcia mobilnego grupy interwencyjnej wbrew wymogowi wynikającemu z Rozdziału V ust. 9 pkt 9.1. SIWZ.
- b) Niezapewnienie osobom wykonującym usługę ochrony ubioru wbrew wymogowi wynikającym z Rozdziału V ust. 9 pkt 9.3. SIWZ, co potwierdza przedstawiona przez ww. wykonawcę kalkulacja ceny.
- c) Niezapewnienie kosztu polisy kontraktowej wbrew wymogowi wynikającemu z § 12 ust. 3 wzoru umowy.

Odwołujący podnosił również, że w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum MAXUS brak prawidłowego wyliczenia ilości etatów osób zatrudnionych do obsługi szatni. Do obsługi szatni Konsorcjum MAXUS przewidziało średniomiesięcznie zatrudnienie 10 osób. Dodatkowo wynagrodzenie dla ww. osób powiększono o wskaźnik absencji urlopowo - chorobowej na poziomie 20%.

Zdaniem Odwołującego stosując powyższe wyliczenie Konsorcjum MAXUS prawidłowo wyliczona liczba etatów powinna wyglądać tak:

$41\ 668\ \text{rbg}/27\ \text{miesięcy}/154\ \text{rbg} + 20\ \% = 12\ \text{etatów}.$

W ocenie Odwołującego powyższe powoduje wzrost kosztów zatrudnienia pracowników przez Konsorcjum MAXUS. Ponadto, do wyjaśnień nie wyliczono kosztów urlopów wypoczynkowych jak również dodatkowych przy zadeklarowanej ilości osób niepełnosprawnych.

Obsługa szatni - zadeklarowane osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności Koszt całkowity podany przez Konsorcjum MAXUS wynosi 2.486,40 zł brutto.

$2.486,40\ \text{zł brutto} : 21\ \text{dni (średnia liczba dni pracujących w miesiącu)} = 118,40\ \text{zł brutto za 1 dzień urlopu}$

Wymiar urlopu w zależności od stażu pracy (20 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat lub 26 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony dłużej niż 10 lat zgodnie z art. 154 § 1 Kodeksu pracy oraz dodatkowe 10 dni dla pracowników będących osobami zaliczonymi do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej)

A) $30\ \text{dni} \times 118,40\ \text{zł} = 3.552,00\ \text{zł}$; 12 miesięcy = 296,00 zł

B) $36\ \text{dni} \times 118,40\ \text{zł} = 4.262,40\ \text{zł}$; 12 miesięcy = 355,20 zł

Ad A $2.486,40\ \text{zł} + 296,00\ \text{zł} = 2.782,40\ \text{zł} \times 12\ \text{etatów} = 33.388,80\ \text{zł} \times 27\ \text{miesięcy} = 901.497,60\ \text{zł brutto}.$

Ad B $2.486,40\ \text{zł} + 355,20\ \text{zł} = 2.841,60\ \text{zł} \times 12\ \text{etatów} = 34.099,20\ \text{zł} \times 27\ \text{miesięcy} = 920.678,40\ \text{zł brutto}.$

Ochrona - zadeklarowano 5 etatów pracowników bez niepełnosprawności

Całkowity koszt podany przez Konsorcjum MAXUS zatrudnienia jednego pracownika to:

2.678,40 zł brutto

2.678,40 zł brutto : 21 dni (średnia liczba dni pracujących w miesiącu) = 127,54 zł za 1 dzień urlopu

1. Wymiar urlopu w zależności od stażu pracy (20 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat lub 26 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony dłużej niż 10 lat zgodnie z art. 154 § 1 Kodeksu pracy)

A) 20 dni x 127,54 zł = 2.550,80 zł: 12 miesięcy = 212,57 zł

B) 26 dni x 127,54 zł = 3.316,04 zł: 12 miesięcy = 276,34 zł

Ad A 2.678,40 zł + 212,57 zł = 2 890,97 zł x 5 etatów = 14.454,85 zł x 27 miesięcy = 390.280,95 zł brutto.

Ad B 2.678,40 zł + 276,34 zł = 2.954,74 zł x 5 etatów = 14.773,70 zł x 27 miesięcy = 398.889,90 zł brutto

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum MAXUS zadeklarowało 65 pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności z dodatkowym prawem do 10 dniowego urlopu.

1. Wymiar urlopu w zależności od stażu pracy (20 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat lub 26 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony dłużej niż 10 lat zgodnie z art. 154 § 1 Kodeksu pracy oraz dodatkowe 10 dni dla pracowników będących osobami zaliczonymi do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej)

A) 30 dni x 127,54 zł = 3.826,20 zł: 12 miesięcy = 318,85 zł

B) 36 dni x 127,54 zł = 4.591,44 zł: 12 miesięcy = 382,62 zł

Ad A 2.678,40 zł + 318,85 zł = 2.997,25 zł x 65 etatów x 27 miesięcy = 5.260.173,75 zł brutto

Ad B 2.678,40 zł + 382,62 zł = 3.061,02 zł x 65 etatów x 27 miesięcy = 5.372.090,10 zł brutto

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MAXUS nie uwzględniło w swojej kalkulacji ww. kosztów, co doprowadziło do zaniżenia całościowych kosztów wykonania usługi i tym samym przedłożona przez Konsorcjum MAXUS kalkulacja potwierdza twierdzenia Odwołującego o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oraz czynnie nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powinien być zweryfikować prawidłowość kalkulacji ceny zaoferowanej przez Konsorcjum MAXUS i wyjaśnionej w piśmie Konsorcjum MAXUS, czego w przedmiotowym przypadku zaniechał.

W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożone odpowiednio przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez odpowiednio Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk). Zdaniem Odwołującego jest też oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za świadczenie usług ochrony, bez uwzględnienia odpowiednio w przypadku Konsorcjum Ochrona24 wymogów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów, kosztów mobilnej grupy interwencyjnej, kosztów umundurowania, kosztów polisy kontraktowej, zaś w przypadku Konsorcjum MAXUS kosztów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów, ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS musiało, w którymś z elementów składających się na przedmiot niniejszego zamówienia „ukryć”, tj. nie wliczyć, zaniżyć zaoferowaną przez siebie cenę, która pozwalałaby zrealizować przedmiotowe zamówienie w oparciu o ceny rynkowe, bez ograniczania dostępu do rynku pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego za taką cenę nie da się zrealizować przedmiotowego zamówienia w sposób

należyty, zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz postanowieniami SIWZ. Tym samym ww. Konsorcja były zmuszone znacząco zaniżyć, manipulować kosztami elementów składających się na realizację niniejszego zadania, po to aby uzyskać efekt końcowy w postaci ostatecznej ceny. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS nie uwzględniło obligatoryjnych kosztów wykonania zamówienia w kalkulacji ceny, co powoduje, że nawet założony przez ww. wykonawców zysk nie wystarczy na pokrycie nieuwzględnionych przez nich w ofertach kosztów stałych. W opinii Odwołującego ww. okoliczności świadczą więc o tym, że odpowiednio Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS dokonało kalkulacji ceny bez zachowania należytej staranności. Niniejsze bezspornie potwierdza, że Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS w zaoferowanej przez siebie cenie nie uwzględniło wszystkich podstawowych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia co świadczy o tym, że złożenie przez nie oferty nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz naruszający interes innych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu musiało manipulować kosztami poszczególnych elementów składających się na cały zakres realizacji niniejszego zadania, tak że odpowiednio Konsorcjum Ochrona 24 oraz Konsorcjum MAXUS nie objęło w ogóle w kosztorysie pewnych obligatoryjnych elementów kosztotwórczych wykazanych powyżej.

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną, nieuwzględniającą wszystkich kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nie zapewniającą zysku, dopuściło się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 15 ust. 1

pkt 1 uznk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, oferta Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, Odwołujący stwierdził, że zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS należy uznać, że Zamawiający - zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w treści SIWZ - powinien był wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

W toku posiedzenia Izby w udziale stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, m. in., że prawidłowo wdrożył i przeprowadził czynność badania ofert pod kątem zaistnienia przesłanki rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na zarzut, iż Konsorcjum Ochrona24 w swoich wyjaśnieniach nie złożyło żadnych wyjaśnień ani dowodów odnoszących się do wyliczenia zaoferowanej ceny jednostkowej za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony Zamawiający wskazywał, że twierdzenie to jest niezgodne ze stanem faktycznym. Wyjaśnienie Konsorcjum Ochrona24 zawiera wskazanie liczby roboczogodzin: 305 232 i wyliczenie kosztów wynagrodzeń jako 5 092 368,24 zł przed odliczeniem dofinansowania z środków PEFRON i 3 573 618,24 zł po odliczeniu dofinansowania z środków PEFRON .

Zamawiający twierdził, że na podstawie udzielonych wyjaśnień mógł obliczyć zaoferowaną stawkę za 1 godzinę jako iloraz kwoty wynagrodzenia i liczby godzin. Ponadto Zamawiający wskazywał, że Konsorcjum Ochrona24 zaoferowało jednakową cenę za roboczogodzinę świadczonych usług, nietrafny jest więc również zarzut braku kalkulacji w poszczególnych typach ochrony. Zdaniem Zamawiającego złożone przez Konsorcjum Ochrona24 wyjaśnienia nie są w tym zakresie ani ogólne, ani lakoniczne, bo za pomocą prostego działania arytmetycznego możliwe jest wyliczenie zaoferowanej ceny jednostkowej za roboczogodzinę każdego rodzaju świadczonych usług. W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie danych zawartych w wyjaśnieniach wykonawców, samodzielnie przeprowadził następujące działania arytmetyczne, na podstawie których wyprowadził wnioski co do braku spełniania się przesłanki rażąco niskiej ceny .

Konsorcjum Ochrona24 kalkulowany koszt pracy 5 092 368,24 zł : 305 232 (ilość roboczogodzin) 16,68 zł w przeliczeniu na roboczogodzinę

Konsorcjum MAXUS - 5 062 176 zł + 671 328 zł + 5 733 504 zł : 305 232 (ilość roboczogodzin) - 18,78 zł w przeliczeniu na roboczogodzinę

Odwołujący - 5 313 481,50 zł. : 305 232 (ilość roboczogodzin) 17,40 zł w przeliczeniu na roboczogodzinę

Zamawiający wyjaśniał, że porównał koszty pracy ogółem zgodnie z następującymi danymi podanymi i przez wykonawców:

1. Konsorcjum Ochrona24

- wynagrodzenie miesięczne brutto 1 osoby - 2100 zł
- składki ZUS należne od pracodawcy - 432,81 zł
- wynagrodzenie urlopowe 26 dni roboczych - 2600 zł
- składki ZUS należne od pracodawcy od wynagrodzenia urlopowego - 535,86 zł
- koszty obowiązkowych badań lekarskich 50 zł rocznie
- koszty obowiązkowych szkoleń bhp 50 zł rocznie

Uśredniony koszt 2 802,47 zł na 1 osobę

Konsorcjum MAXUS:

- wynagrodzenie miesięczne pracowników zatrudnionych na stanowiskach obejmujących pracę porze nocnej (pracowników ochrony) — 2678,40 zł
- wynagrodzenia miesięczne pozostałych pracowników (pracowników szatni) — 2486,40 zł

Odwolujący:

2. Wynagrodzenie

- wynagrodzenie miesięczne pracownika ochrony parkingu : 2810,40 zł miesięcznie
- wynagrodzenie miesięczne pracowników obsługi szatni : 2871,60 zł miesięcznie
- wynagrodzenie miesięczne portierów : 2871,60 zł miesięcznie

Zamawiający wskazywał, że porównywał koszty pracy przed pomniejszeniem o kwotę dofinansowania z PFRON, gdyż wszyscy wykonawcy kalkulowali dofinansowanie w tej samej wysokości, tj. 1125 zł na 1 osobę.

Zdaniem Zamawiającego z dokonanej analizy wynika, że niezależnie od wybranej i przedstawionej z dowolnie wybraną przez wykonawców szczegółowością metody kalkulacji Zamawiający dysponował danymi, pozwalającymi na ocenę złożonych wyjaśnień.

Zamawiający twierdził, że każdy z wykonawców kalkulował cenę w oparciu o minimalne wynagrodzenie 2100 zł i powoływał się na tą samą przesłankę zmniejszenia tych kosztów, a tym samym zmniejszenia ceny oferty poprzez skorzystanie z refundacji ze środków PFRON wynagrodzeń osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności. Każdy z wykonawców wskazywał tę samą kwotę dofinansowania do ich wynagrodzenia w kwocie 1125 zł miesięcznie, co wskazuje na zasadne obniżenie kalkulacji ostatecznej kwoty oferty.

W wyniku tej analizy Zamawiający uznał, że koszty pracy, które są najbardziej kosztochłonnymi elementami składowym kalkulowania ceny oferty nie odbiegają od wartości rynkowej. Wszyscy wykonawcy wypełnili obowiązek przeprowadzenia dowodu, że istotne z perspektywy kalkulacji, elementy ceny są wiarogodne, nie spoczywał natomiast na nich obowiązek kalkulacji „co do grosza”.

Zamawiający, w celu wykluczenia zaniżenia przez Konsorcjum Ochrona24 liczby etatów dokonał następującego obliczenia:

Liczb godzin do przepracowania : 305 232

Liczba miesięcy (maksymalna) 27

Liczna godzin do przepracowania w miesiącu : przeciętna 168

Liczba etatów (3015 232 : 27) : 168 67,29 etatu

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum Ochrona24 nie zaniżyło więc liczby etatów kalkulacyjnych .

Następnie Zamawiający wyjaśniał, że w niniejszym postępowaniu każdy z wykonawców w odmienny sposób zaprezentował swój sposób kalkulacji ceny, co w ocenie Zamawiającego legło u podstaw wniesionego odwołania. Zamawiający podnosił, że

Odwołujący dokonując w odwołaniu rekalkulacji oferty Konsorcjum Ochrona24 i Konsorcjum MAXUS popełnia błąd metodologiczny.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie dostrzega, że obaj wykonawcy dokonując kalkulacji uśrednili ilość miesięcy świadczenia usługi jako 27 miesięcy na każdym ze stanowisk, a Konsorcjum MAXUS podwyższyło liczbę etatów do 80, aby pokryć absencję chorobowo — urlopową. Zamawiający podnosił, że wyjaśnienia Odwołującego wskazują na przyjętą przez nią metodę wyceny kosztu wynagrodzeń sporządzone w podziale na obiekty i w przeliczeniu do rzeczywistych okresów świadczenia usług w danym obiekcie, zawartych w kolumnie G załącznika nr 1A do siwz, zatytułowanej „ okres realizacji usługi w ujęciu rocznym w terminie”. Odwołujący w wyjaśnieniach wykazał, że przyjęła dla stanowisk: obsługa parkingu okres zatrudnienia 23 miesiące (1 etat), dla stanowiska obsługa szatni w Collegium Maximum 19 miesięcy (2,5 etatu), obsługa szatni w Collegium Pathologicum i Collegium Pharmaceuticum 23 miesiące (5,5 etatu), ochrona (tzw. portier) w Collegium Medicum 23 miesiące (2 etaty). Nie wliczone do oferty 54 roboczomiesiące świadczenia usługi to koszt $54 \times 2\,802 = 151\,308$ zł.

W związku z tym zdaniem Zamawiającego nie jest zatem prawdziwe twierdzenie o spadku rentowności oferty Konsorcjum Ochrona24 o kwotę 135 670,62, gdyż przez przyjęcie „zaokrąglenia” liczby miesięcy do 27 na każdym etacie Konsorcjum Ochrona24 zawarł w kalkulacji pokrywającą koszty 10 dniowego urlopu kwotę 151 308 zł. Niewyspecyfikowany koszt urlopu dodatkowego znajduje swoje pokrycie w przyjęciu 27 miesięcy pracy na każdym ze stanowisk, co ilustruje poniższe wyliczenie:

10 (liczba dni dodatkowego urlopu) $\times$ 50 (liczba osób uprawnionych do dodatkowego urlopu) $\times$ $2,25$ (okres świadczenia usługi w latach) = 1125 dni

1125 dni rocznie: 20 (przeciętna liczba dni roboczych w miesiącu) = $56,25$ (liczba roboczomiesięcy)

Na pokrycie kosztów 10 dni dodatkowego urlopu potrzebnych jest 56,25 miesięcy pracy. Miesiące te zostały wliczone przez Konsorcjum Ochrona 24 w kalkulację ceny oferty, podczas gdy kalkulacja Odwołującego została zmniejszona o 54 miesiące.

Tym samym w ocenie Zamawiającego nie jest uzasadniony zarzut braku środków na pokrycie pozostałych kosztów: kosztów utrzymania umów na podjazdy grup interwencyjnych, kosztów umundurowania, kosztów polisy i kosztów obsługi kadrowo-płacowej. Nawet koszty szacowane przez Odwołującego mieszczą się w kwocie przeznaczone na pokrycie pozostałych kosztów i stanowiącej zysk.

Następnie Zamawiający odnosił się do zarzutów dotyczących Konsorcjum MAXUS. Odwołujący stwierdza, że Konsorcjum MAXUS nieprawidłowo wyliczyło ilość etatów osób zatrudnionych do obsługi szatni - etatów w szatni, argumentując nietrafnie, że czas pracy osoby niepełnosprawnej wynosi 7,35 godzin dziennie. Z przywołanego w treści zarzutu art.16 ust. 1 pkt 1 ustawy wynika bowiem za zgodą lekarza czas pracy takiej osoby może wynosić 8 godzin .

Zamawiający podnosił, że Konsorcjum MAXUS skalkulowało wynagrodzenie urlopowe metodą obliczenia absencji chorobowo — urlopowej na poziomie 20% i w kalkulacji przewidziało wynagrodzenie pokrywające koszt 80 etatów, podczas gdy Konsorcjum Ochrona24 wyliczyło zapotrzebowanie na 67,3, a Odwołujący na 71 etatów. Konsorcjum MAXUS skalkulowało przeznaczenie na koszty pracy najwyższą kwotę 5 733 504 zł, która w przeliczeniu na minimalna liczbę etatów skalkulowanych przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach 67,3 stanowi kwotę 3 155,30 miesięcznie na 1 etat.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MAXUS wliczyło tym samym koszt całej absencji zarówno urlopowej, jak i chorobowej w koszty pracy, nie ma zatem podstaw do dalszego zwiększania ich o wyliczone przez Odwołującego koszty pokrycia dodatkowych 2 etatów przy

obsłudze szatni ani kosztów wynagrodzeń urlopowych w żadnej z wariantowo opracowanej wysokości — do 818 448 zł w wariantcie A ani do 958 154,40zł wariantcie B.

Zamawiający twierdził, że niewyspecyfikowany koszt urlopów wypoczynkowych i urlopu dodatkowego znajduje swoje pokrycie w złożonej ofercie poprzez zwiększenie liczby etatów, co ilustruje poniższe wyliczenie:

- rozliczenie urlopu dodatkowego 10 dniowego:

10 (liczba dni dodatkowego urlopu) x 65 (liczba osób uprawnionych do dodatkowego urlopu) x 2,25 (okres świadczenia usługi w latach) 1462,50 dni
1462,50 dni rocznie: 20 (przeciętna liczba dni roboczych w miesiącu) 73 (liczba roboczomiesięcy)

- rozliczenie urlopu wypoczynkowego:

26 (liczba dni urlopu, najwyższy wymiar) x 70,5 (liczba osób uprawnionych do urlopu przyjęta przez Odwołującego) x 2,25 (okres świadczenia usługi w latach) 4124,25 dni
4124,25 dni rocznie: 20 (przeciętna liczba dni roboczych w miesiącu) 206 (liczba roboczomiesięcy)

- łącznie: 73+206 = 279 roboczomiesięcy

Na pokrycie kosztów 10 dni dodatkowego urlopu i urlopów wypoczynkowych potrzebnych jest 279 miesięcy pracy.

Liczba ta odpowiada dodatkowym 10 etatom przez okres 27 miesięcy, ujętym w kalkulacji i wyjaśnieniach. Miesiące te zostały wliczone przez Konsorcjum MAXUS w kalkulację ceny oferty poprzez zwiększenie liczby etatów.

Odnosnie zarzutu nieprzedstawienia dowodów Zamawiający stwierdził, że należy zauważyć, że w przypadku działalności związanej z ochroną osób i mienia w ramach wezwania do wyjaśnień opartych o treść art. 90 ust. 1 Pzp brak jest możliwości przedstawienia tzw. "zewnętrznych" dowodów w zakresie kosztów pracy, i stąd w ramach wyjaśnień mamy do czynienia zarówno z oświadczeniami wiedzy ale również oświadczeniami woli wykonawcy. Wynika to z faktu, że struktura kosztów dla usług ochrony i mienia będzie stanowiła emanację wewnętrznych szacunków wykonawcy nie opartych na możliwych do wykazania kosztach zewnętrznych. Nie mamy tu bowiem do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego całość lub zasadnicza część musi zostać nabyta od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). Zamawiający twierdził, że nie miał podstawy aby z tych powodów odrzucić oferty wykonawców.

Zamawiający wskazywał, że w jego ocenie nie zaszła podstawa do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ani art. 90 ust. 3 Pzp. Ceny zaoferowane w postępowaniu przez wykonawców są cenami realnymi i rynkowymi, za które możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wynikające z wyjaśnień zbliżone ceny kosztu pracy i wynikają z tego tytułu ceny złożonych ofert, a Odwołujący popełnił błąd stosując swój sposób kalkulowania ceny do ukształtowanych - według innej logiki przez wykonawców Konsorcjum Ochrona24 i Konsorcjum MAXUS - danych wyjściowych. Zamawiający podnosił, że nie miał żadnych podstaw do uznania, że cena oferty uznanej przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza jest rażąco niska, ani też nie miał żadnych podstaw faktycznych do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez Konsorcjum Ochrona24 lub Konsorcjum MAXUS również jest nieuzasadniony w świetle przedstawionego w niniejszej odpowiedzi stanu faktycznego. W rozpoznawanej sprawie nie zachodzi okoliczność prowadzenia działalności poniżej kosztów, manipulowania kosztami, ukrywania ich ani subsydiowania skrośnego. Paradoksalnie, to Odwołujący używa argumentów wskazujących na niezrozumienie zasady wliczania w cenę oferowanego świadczenia wszystkich elementów kosztów, niezależnie od rzeczywistego ich ponoszenia, wskazując w wyjaśnieniach na pominięcie kosztów montażu systemu kamer, których nie musi kupować, bo dysponuje sprawnymi, lecz amortyzowanymi.

W toku posiedzenia Izby z udziałem Stron i Przystępujących pismo procesowe zostało

złożone przez Konsorcjum MAXUS oraz Konsorcjum Ochrona24. Do pisma procesowego Konsorcjum Ochrona24 załączyło następujące dokumenty:

1. Faktura VAT z dnia 5.07.2018 r. wystawiona przez PPHU „NATA” A. P. dla Ochrona24 P. M., w której podano ceny dla poszczególnych rodzajów odzieży.
2. Faktura VAT z dnia 6.06.2018 r. wystawiona przez PPHU „NATA” A. P. dla Ochrona24 P. M., w której podano cenę dla koszul męskich - 41 zł netto za 1 szt.
3. Faktura VAT z dnia 18.04.2018 r. wystawiona przez PPHU „NATA” A. P. dla Ochrona24 P. M., w której podano cenę dla koszul męskich - 41 zł netto za 1 szt.
4. Faktura VAT z dnia 13.02.2018 r. wystawiona przez Proama S. Ł. dla Ochrona24 P. M., w której podano ceny dla poszczególnych rodzajów odzieży.
5. Rachunek do umowy zlecenia nr UZ 1/5/2018/1 z dnia 25.06.2018 r. zawartą pomiędzy Ochrona24 sp. z o.o. a I. S..
6. Rachunek do umowy zlecenia nr UZ 1/5/2018/2 z dnia 25.07.2018 r. zawartą pomiędzy Ochrona24 sp. z o.o. a I. S..
7. Rachunek do umowy zlecenia nr UZ 1/5/2018/3 z dnia 25.08.2018 r. zawartą pomiędzy Ochrona24 sp. z o.o. a I. S..
8. Rachunek do umowy zlecenia nr UZ 1/5/2018/4 z dnia 25.09.2018 r. zawartą pomiędzy Ochrona24 sp. z o.o. a I. S..
9. Faktura nr 48/08/18 z dnia 31.08.2018 r. wystawiona przez BHP EXPERT Z.M. dla Ochrona24 sp. z o.o., w której pojedyncze szkolenie wstępne wyceniona na kwotę 50 zł.
10. Faktura nr 116/16 z dnia 31.05.2016 r. wystawiona przez PPHU Mario M. S. dla Ochrona24 P. M. na kwotę 8 806,80 zł.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dokumenty celem przeprowadzenia z

nich dowodu:

- Fakturę wystawioną przez Solid Securyty z dnia 1.10.2018 r. na PPUH Plus A. P. na kwotę 49,20 zł za „Abonament: monitorowania i interwencji w miesiącu 9 2018 do umowy MOP/1210/14/LUB Obiekt: Lublin Jaczewskiego 4”.
- Fakturę wystawioną przez Solid Securyty z dnia 1.09.2018 r. na PPUH Plus A. P. na kwotę 49,20 zł za „Abonament: monitorowania i interwencji w miesiącu 8 2018 do umowy MOP/1211/14/LUB/PN Obiekt: Lublin Chodźki 4A”.
- Fakturę wystawioną przez Agencję Ochrony G. Sp. z o. o. LUB/300/OS/2017 na A. P. PPUH „PRA-MED” PLUS na kwotę 49,20 zł,
- Fakturę wystawioną przez Agencję Ochrony G. Sp. z o. o. LUB/298/05/2017 na A. P. PPUH „PRA-MED” PLUS na kwotę 49,20 zł.
- Fakturę wystawioną przez Agencję Ochrony G. Sp. z o. o. LUB/299/05/2017 na A. P. PPUH „PRA-MED” PLUS na kwotę 49,20 zł.
- Fakturę VAT z dnia 21.02.2018 r. wystawioną przez firmę KIRS, w której podano ceny

dla poszczególnych rodzajów odzieży.

- Fakturę VAT z dnia 21.11.2017 r. wystawioną przez firmę KIRS, w której podano ceny

dla poszczególnych rodzajów odzieży.

- Fakturę VAT z dnia 16.11.2017 r. wystawioną przez firmę KIRS, w której podano ceny

dla poszczególnych rodzajów odzieży.

- „Propozycję ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej” wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń dla A. P., w której wskazano składkę łączną na kwotę 5 861,10 PLN w okresie ubezpieczenia 3.10.2018 r. do 2.10.2019 r.

- Umowę świadczenia usług księgowych z dnia 2.01.2017 r. nr 19/2017 r. zawartą pomiędzy PPUH „PRA-MED.” PLUS A. P. a Biurem Rachunkowym M. J., w której w §

18 ust. 1 wskazano, że Biuru przysługuje wynagrodzenie w wysokości 500 zł miesięcznie za obsługę 100 pracowników.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający w Rozdziale V ust. 9 pkt 1-3 SIWZ wskazał, że wymaga, aby wykonawca:

1. w sytuacji zaistnienia zagrożenia zapewnił wsparcie mobilnej grupy interwencyjnej, wyposażonej w środki przymusu bezpośredniego, uprawnionej do ich użycia, oraz w łączność radiową/bezprzewodową z osobami sprawującymi bezpośrednią ochronę we wszystkich obiektach. Czas reakcji od chwili wezwania max. 10 minut,
2. zapewnił ochronę imprez studenckich (np. typu: Medykalia, Andrzejki),
3. zapewnił osobom wykonującym usługę ochrony (zwanym również pracownikami) jednolity, jednoznacznie rozpoznawalny, stosowny do miejsca wykonywanej usługi ubiór (np. mundury, garnitury, kamizelki), identyfikatory z danymi personalnymi oraz środki łączności bezprzewodowej (co najmniej telefony komórkowe).

Izba ustaliła, że w ww. załączniku nr 1A do SIWZ Zamawiający szczegółowo wyspecyfikował informacje na temat ilości i nazwy obiektu, miejsca pracy, ilości osób, harmonogramu pracy a także okresu realizacji usługi w ujęciu rocznym w terminie.

W ramach prowadzonego postępowania wpłynęło 9 ofert z następującymi ceną brutto:

1. Oferta nr 1
2. Oferta nr 3 (Konsorcjum MAXUS)
3. Oferta nr 3
4. Oferta nr 4
5. Oferta nr 5
6. Oferta nr 6

w terminie składania ofert do Zamawiającego

- 6 302 926,89
- 5 106 583,23
- 6 825 414,85
- 5 477 601,91
- 5 293 638,58
- 6 759 543,50

Oferta nr 7 (Konsorcjum Ochrona24) - 4 636 626,70

- 5 562 162,83
- Oferta nr 8Oferta nr 9 (Odwołujący)
- 5 152 716,74

Izba ustaliła, że złożone oferty mieszczą się w następującym przedziale cenowym: od 4 636 626,70 zł do 6 825 414,85 zł. Natomiast trzy oferty z najniższą ceną w przedziale pomiędzy: 4 636 626,70 zł a 5 152 716,74 zł.

W piśmie z 14 sierpnia 2018 r. kierowanym do Konsorcjum Ochrona24 na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający wskazał m. in., że zwraca się „o udzielenie pisemnych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny (w tym cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony). Zamawiający dokonując badania Państwa oferty stwierdził, że zaoferowana cena całkowita oferty (tj. 4 636 626,70 PLN brutto), wydaje się rażąco niska, gdyż jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Ochrona24 w piśmie z dnia 21 sierpnia przedstawiło następujące wyjaśnienia:

„W proponowanym okresie trwania umowy do wypracowania jest następująca liczba roboczogodzin: 305 232 co daje ok 67,30 etaty miesięcznie.

Do kalkulacji kosztów przyjęto:

wynagrodzenie miesięczne brutto 1 osoby: 2 100.00 zł

składki ZUS finansowane przez pracodawcę od wynagrodzenia w wysokości 20,61%-432,81zł
wynagrodzenie urlopowe 26 dni roboczych - 2 600.00 zł

składki ZUS finansowane przez pracodawcę od wynagrodzenia urlopowego w wysokości 20,61 % - 535,86 zł

koszty obowiązkowych badań lekarskich - 50.00 zł

koszty obowiązkowych szkoleń bhp — 50.00 zł

koszty systemu monitorującego — 40 000,00 zł

Uśredniony koszt zatrudnienia włącznie z urlopami: (2100.00+432.81+

[(2600.00+535,86+50+50)/12] = 2802,47 zł

Firma zatrudnia pracowników legitymujących się orzeczeniami o niepełnosprawności. Do realizacji umowy oddeleguje 50 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Refundacja na te osoby wyniesie 50 x 1 125.00 = 56 250,00 x 27 miesięcy = 1 518 750.00

Wyliczenie kosztu ostatecznego $67,30 \times 2\,802,47 = 188\,606,23 \times 27 \text{ m-cy} = 5\,092\,368,24 - 1\,518\,750,00 = 3\,573\,618,24 \text{ zł netto} + 40\,000,00 = 3\,613\,618,24 + 23\% \text{ VAT} = 4\,444\,750,43 \text{ zł brutto}$.

Cena podana w ofercie: 4 636 626,70 zł brutto

Koszt ostateczny 4 444 750,43 zł brutto. Różnica stanowiąca zysk firmy oraz rezerwę finansową na inne koszty : $4\,636\,626,70 - 4\,444\,750,43 = 191\,876,27 \text{ zł}$ co stanowi 4,14% narzutu na koszty bezpośrednie”.

Ponadto Izba ustaliła, że formularzu ofertowym Konsorcjum Ochrona24 zaoferowało jednakową stawkę roboczogodziny dla wszystkich zamawianych usług ochrony - 15,19 złotych brutto. W formularzu ofertowym podano również szacunkową ilość roboczogodzin w okresie 27-miesięcy - 305 232, z odrębnym wyszczególnieniem dla określonych usług ochrony.

Z ustaleń Izby wynika również, że Zamawiający pismem z dnia 14 sierpnia 2018 r. wezwał Konsorcjum MAXUS w trybie art. 90 ust. 1a Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny (w tym cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony).

Konsorcjum MAXUS pismem z dnia 17 sierpnia 2018 r. złożyło następujące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikiem w postaci kalkulacji kosztów:

„Wartość oferty Wykonawcy wynosi 4 151 693,68 zł. W przeliczeniu na ceny jednostkowe oznacza to:

- 13,69 zł netto za 1 rbh usługi ochrony obiektów/portierni;
- 13,39 zł netto za 1 rbh usługi obsługi parkingów;
- 11 zł netto za 1 rbh usługi obsługi szatni;
- 27,00 zł netto za 1 rbh usługi ochrony imprez studenckich.

Cena netto za 1 roboczogodzinę ochrony fizycznej zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Firm nie odbiega od cen rynkowych oferowanych za usługi analogiczne do usług będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu na terenie województwa lubelskiego. (...)

Wykonawca na etapie kalkulacji ceny oferty założył, iż całość przedmiotu zamówienia w zakresie ochrony fizycznej (za wyjątkiem ochrony imprez oraz pracowników kwalifikowanych i nadzoru) będzie realizowana przez pracowników z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności. Wykonawca dysponuje takimi osobami i na żądanie Zamawiającego może przedstawić ich imienny wykaz.

Firmy wchodzące w skład konsorcjum zatrudniają osoby niepełnosprawne do realizacji usług i otrzymują z tego tytułu dofinansowanie z PFRON do wynagrodzenia takich osób w wysokości 1125,00 zł. Prawo do uzyskania dofinansowania wynika z przepisów Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o Rehabilitacji Zawodowej i Społecznej oraz Zatrudnianiu Osób Niepełnosprawnych. Jako dowód w załączeniu przedstawiamy Decyzję Wojewody odnośnie przyznania statusu Zakładu Pracy Chronionej oraz comiesięczną Informację z PFRON odnośnie dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych.

Wynagrodzenie minimalne od roku 2018 wynosi 2100,00 zł brutto. Do powyższego należy doliczyć dodatek za pracę w godzinach nocnych oraz składki ZUS pracodawcy, które w naszym przypadku wynoszą przeciętnie 18,40 %. Średniomiesięczna wysokość dodatku za pracę w godzinach nocnych wyniesie około 3,00 zł brutto do każdej rbh. Przyjęliśmy, iż przeciętnie każdy pracownik wypracuje miesięcznie 64 rbh w porze nocnej. Wygeneruje to koszt miesięczny przeciętny na poziomie 192,00 zł brutto dla 1 pensji. Mając na uwadze powyższe dane otrzymujemy następujący koszt 1 pensji pracownika miesięcznie:

2100,00 zł + 18,40 % (składki ZUS pracodawcy) + 192 zł (dodatek za godz. nocne)
2678,40 zł

Mając na uwadze okoliczność, że przy usłudze obsługi szatni nie ma pracy w godzinach nocnych oszacowaliśmy także koszt 1 wynagrodzenia bez dodatku za pracę w godzinach nocnych.

2100,00 zł + 18,40 % - 2486,40 zł

Ponadto Zamawiający przewidział w umowie waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wzrostu minimalnego wynagrodzenia Wykonawca nie musiał tego kalkulować w swojej ofercie. Wykonawca założył, że do realizacji usługi w zakresie ochrony, obsługi parkingu oraz ochrony imprez zatrudni przeciętnie 70 osób, z czego 65 etatów osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym. Powyższe wyliczenie wynika z podzielenia łącznej liczby roboczogodzin przez ilość miesięcy oraz średniomiesięczną normę czasu pracy oraz powiększenia o wskaźnik absencji urlopowo-chorobowej (20 %).

263 564 rbh /27 miesięcy / 168 rbh + 20 % - 70 etatów

Do obsługi szatni przewidzieliśmy średniomiesięczne zatrudnienie 10 osób w stopniu umiarkowanym. Koszty zatrudnienia osób nadzorujących - koordynatorów ujęliśmy w kosztach obsługi. Jako dowód w załączeniu kalkulację kosztów, która ostatecznie potwierdza, iż cena nie ma znamion rażąco niskiej”.

Do ww. wyjaśnień wykonawca Konsorcjum MAXUS załączył następującą kalkulację kosztów:

Przychód całkowity netto z tytułu realizacji przedmiotu umowy	4 151 693,68 zł
Dofinansowanie z PFRON z tytułu zatrudnienia pracowników	2 278 125,00zł
niepełnosprawnych z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności do realizacji przedmiotu	(75 pracowników x 1125,00 zł x 27 miesięcy)
A. RAZEM PRZYCHODY	6 429 818,68 zł
Całkowity koszt wynagrodzeń pracowników w analizowanym okresie (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wraz z dodatkiem za pracę w godzinach nocnych) - ochrona	(70 pracowników x 2678,40 zł x 27 miesięcy)
Całkowity koszt wynagrodzeń pracowników w analizowanym okresie (zatrudnienie na podstawie umowy o bez dodatku za pracę w godzinach nocnych) szatnia	(10 pracowników x 2486,40 zł x 27 miesięcy)
Koszt całkowity wyposażenia pracowników w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz umundurowanie	80 000,00 zł
Koszt montażu i amortyzacji systemu monitoringu	50 000,00 zł
Koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdu, kontrole, obsługa kadrowo-płacowa.)	150 000,00 zł

Pozostałe koszty (w tym wsparcie grup interwencyjnych)	27 000,00 zł
B. RAZEM KOSZTY	6 040 504,00 zł
ZYSK (A-B)	389 314,68 zł

W piśmie z dnia 10 września 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta Konsorcjum Ochrona24, która otrzymała łączną punktację 100 pkt (cena - 80 pkt, czas na podjęcie interwencji - 20 pkt). Oferta Konsorcjum MAXUS uplasowała się na drugim miejscu z ilością 92,64 pkt (cena - 72,64 pkt, czas na podjęcie interwencji - 20 pkt). Natomiast oferta Odwołującego otrzymała 91,99 pkt (cena - 71,99 pkt, czas na podjęcie interwencji - 20 pkt).

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż według art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast ust. 3 ww. przepisu stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [..]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny,

której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że spośród 9 ofert, złożonych w ramach prowadzonego postępowania aż 6 ofert, w tym oferty obu Konsorcjów i Odwołującego zawierały ceny niższe o ponad 30% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp. W związku z tym prawidłowo zachował się Zamawiający występując do każdego z tych wykonawców o udzielenie wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie zarzutami zostały objęte ceny zawarte w ofertach Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS jak również wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców. Wobec tego przedmiotem rozpoznania Izby była prawidłowość czynności Zamawiającego w zakresie oceny wyjaśnień, złożonych zarówno przez Konsorcjum Ochrona24 oraz Konsorcjum MAXUS w kontekście występowania w złożonych przez nich ofertach ceny rażąco niskiej.

W kontekście powyższego przede wszystkim należy zwrócić uwagę na treść wezwań skierowanych do wykonawców. Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający w treści wezwania nie wskazał na konkretne elementy ceny, które budzą jego wątpliwości, a ograniczył się do ogólnego wskazania, że jego wątpliwości budzi zaoferowanie przez wykonawców ceny całkowitej oferty niższej o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W związku z powyższym wezwania skierowane do wykonawców można byłoby w zasadzie potraktować jako blankietowe, gdyby w jego treści Zamawiający nie wskazał, że w ramach udzielenia pisemnych wyjaśnień, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny oczekuje wskazania sposobu wyliczenia cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że treść wezwań skierowanych przez Zamawiającego do wykonawców: Konsorcjum MAXUS i Konsorcjum Ochrona24 poza żądaniem podania sposobu wyliczenia cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony miało charakter ogólny. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy nie precyzują stopnia szczegółowości wyjaśnień składanych przez wykonawców. Poglądy doktryny i orzecznictwo wypracowało stanowisko, z którego wynika, że tego rodzaju wyjaśnienia mają być rzetelne, szczegółowe i wyczerpujące. Jednak dostrzec należy, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej czerpie informacje na temat wątpliwości Zamawiającego właśnie z treści wezwania, w którym Zamawiający powinien szczegółowo opisać okoliczności, a także zakres występujących zastrzeżeń kierowanych pod adresem ceny zaoferowanej przez wykonawcę lub też jej konkretnego elementu. Powyższe powinno być jednocześnie skorelowane z żądaniem przedstawienia Zamawiającemu wyjaśnień uwzględniających zagadnienia pozostające w obszarze jego zainteresowań. W sytuacji, gdy Zamawiający w treści wezwania kierowanego do wykonawcy ograniczył się w zasadzie jedynie do powielenia treści przepisów Pzp odnoszących się do zagadnienia ceny rażąco niskiej, to powinien liczyć się z tym, że wykonawca wezwany do wyjaśnień złoży bądź ogólne wyjaśnienia, bądź też wyjaśnienia, w których treści brak będzie informacji na których Zamawiającemu zależało, a co nie znalazło odzwierciedlenia w treści wezwania.

Na tle rozpoznawanego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający w treści wezwań z dnia 14 sierpnia 2018 r. skierowanych do obu wykonawców wskazał jedynie, że oczekuje złożenia pisemnych wyjaśnień, wyliczenia zaoferowanej ceny (w tym cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony). Z powyższego należy wywieść, że Zamawiający, poza oczekiwaniem podania cen jednostkowych za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony, nie wyspecyfikował innych elementów ceny, które wykonawca powinien uwzględnić w składanych wyjaśnieniach. Powyższe zostało potwierdzone wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w toku rozprawy, który stwierdził, że w przypadku zamawianej usługi ochrony osób i mienia za najistotniejsze uznawał koszty związane z roboczogodziną świadczonych usług ochrony. Przy tak zarysowanym stanie faktycznym to w dyspozycji wykonawcy było ustalenie istotności i stopnia szczegółowości składanych wyjaśnień w odniesieniu do pozostałych składników ceny ofertowej. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że nie sposób czynić zarzutu wykonawcy, że złożone przez niego wyjaśnienia nie zawierają szczegółowych informacji na temat innych wybranych kosztów składających się na zaoferowaną cenę, np. kosztów obsługi kadrowo-płacowej, umundurowania czy też kosztów związanych polisą OC.

Analiza wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum24 doprowadziła Izbę do wniosku, że wykonawca w ich treści podał informacje żądane przez Zamawiającego w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, uwzględniając przy tym cenę jednostkową za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Konsorcjum Ochrona24

w złożonej ofercie podało jednakową stawkę za roboczogodzinę świadczonych usług, a zatem zarzut Odwołującego jakoby wykonawca nie wywiązał się z wyliczenia 1 roboczogodziny dla poszczególnych usług ochrony należy uznać za chybiony. Co istotne, Konsorcjum Ochrona24 w złożonych wyjaśnieniach podało szereg danych odnoszących się wysokości zaoferowanej ceny, m. in.: liczbę roboczogodzin, ilość etatów w ujęciu miesięcznym, wynagrodzenie miesięczne brutto dla 1 osoby, wysokość składek ZUS finansowanych przez pracodawcę zarówno od wynagrodzeń, jak i wynagrodzenia urlopowego, koszty obowiązkowych badań lekarskich, szkoleń bhp, uśrednionych koszt zatrudnienia włącznie z urlopami, koszt systemu monitorującego, uśredniony koszt zatrudnienia włącznie z urlopami, wyliczenie kosztów wynagrodzeń - 5 092 368,24 zł przed odliczeniem dofinansowania ze środków PEFRON i 3 573 618,24 zł po odliczeniu dofinansowania ze środków PEFRON, wyliczenie kosztu ostatecznego na kwotę 4 444 750,43 brutto. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum podało również, że różnica stanowiąca zysk firmy oraz rezerwę finansową na inne koszty wynosi 191 876,27 zł. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w kontekście treści wezwania z dnia 14 sierpnia 2018 r. wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Ochrona24 należy uznać za wystarczające i spełniające oczekiwania Zamawiającego.

W tym miejscu nadmienić należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, w sytuacji, gdy Zamawiający uzna, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą jego wątpliwości to może powtórnie wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienie ich treści. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, gdyż Zamawiający uznał wyjaśnienia zarówno Konsorcjum MAXUS jak i Konsorcjum Ochrona24 za dostatecznie szczegółowe i na ich podstawie rozstrzygnął występujące wątpliwości w zakresie występowania w ofercie owych wykonawców ceny rażąco niskiej.

Izba podzieliła również twierdzenia i argumentację Zamawiającego, prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, jak i w toku rozprawy, który na podstawie przeprowadzonej analizy twierdził, że koszty pracy, które są najbardziej kosztochłonnymi elementami składowymi kalkulowania ceny oferty - zarówno w przypadku Konsorcjum Ochrona24 jak i Konsorcjum MAXUS - nie odbiegają od wartości rynkowych. W tym miejscu należy odwołać się chociażby do kalkulowanych kosztów pracy w przeliczeniu na roboczogodzinę, która kształtowała się następująco: Konsorcjum Ochrona24 - 16,68 zł, Konsorcjum MAXUS - 18,78 zł, Odwołujący - 17,40 zł.

Kolejno Izba odniosła się do argumentacji Odwołującego zasadzającej się na tym, że obaj wykonawcy w zaoferowanych cenach nie uwzględnili kosztów związanych z dodatkowym urlopem dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Przede wszystkim wskazać

należy, że nie było sporne między Stronami, że ww. wykonawcy przy realizacji zamówienia zamierzają korzystać z osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 511 z późn. zm. - dalej „ustawa 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.

Konsorcjum Ochrona24 w złożonym piśmie procesowym twierdziło, że w złożonej kalkulacji nie uwzględniło kosztów dodatkowego urlopu dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, ponieważ na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia zamierza zatrudnić osoby, które nie nabyły prawa do dodatkowego urlopu rehabilitacyjnego, ponieważ nie przepracowały roku po dniu zaliczenia ich do stopnia niepełnosprawności.

Izba stanęła na stanowisku, że treść powołanego powyżej przepisu art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej jednoznacznie rozstrzyga, że prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności. Zatem skoro Konsorcjum Ochrona24 przewidziało, że na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia zamierza zatrudnić osoby, które nie nabyły prawa do dodatkowego urlopu rehabilitacyjnego to oczywistym jest, że tego rodzaju koszty nie zostały uwzględnione w cenie złożonej oferty. Zatem trudno obarczać wykonawcę obowiązkiem składania wyjaśnień co do kosztów, których złożona przez niego oferta nie zawiera.

Za nietrafną Izba uznaje argumentację Odwołującego, który wskazując na treść wyjaśnień Konsorcjum Ochrona24 z dnia 21 sierpnia 2018 r. twierdził, że skoro wykonawca

oświadczył, że „zatrudnia pracowników legitymujących się orzeczeniami o niepełnosprawności”, to oznacza, że przysługuje im prawo do dodatkowego urlopu wypoczynkowego w wymiarze 10 dni. Izba wskazuje, że wykonawca w treści wyjaśnień podał, że: „Do realizacji zamówienia oddeleguje 50 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności”. W ocenie Izby powyższe nie oznacza, że osoby, które będą delegowane przez wykonawcę posiadają prawo do dodatkowego urlopu.

W omawianym zakresie Izba nie dopatryła się wzajemnej sprzeczności pomiędzy wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum Ochrona24 a stanowiskiem Zamawiającego, który twierdził, że „koszt urlopu dodatkowego znajduje swoje pokrycie w przyjęciu 27 miesięcy pracy na każdym stanowisku”. Powyższe wyjaśnienia należy osadzić w kontekście stwierdzeń Zamawiającego, który wskazywał, że: „Odwołujący nie dostrzega, że obaj pozostali wykonawcy dokonując kalkulacji uśrednili ilość miesięcy świadczenia usługi jako 27 miesięcy na każdym ze stanowisk Izba traktuje wyjaśnienia Zamawiającego jako argumentację, w której wskazuje on, że wykazane przez Konsorcjum Ochrona24 koszty świadczenia usługi przez 27 miesięcy na każdym ze stanowisk pracy (co było wymagane w niższym wymiarze treścią załącznika nr 1A do SIWZ) są wystarczające do pokrycia dodatkowych kosztów związanych z liczbą dni dodatkowego urlopu. W związku z tym Izba nie dopatryła się sprzeczności w wyjaśnienia składanych przez Zamawiającego oraz Konsorcjum Ochrona24.

Natomiast w zakresie podobnego zarzutu Konsorcjum MAXUS twierdziło, że przewidziało tego rodzaju urlopy w kosztach realizacji usługi. W złożonym piśmie wykonawca wskazywał na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 17 sierpnia 2018 r., gdzie Przystępujący wyraźnie oświadczył, iż: „Wykonawca założył, że do realizacji usługi w zakresie ochrony, obsługi parkingu oraz ochrony imprez zatrudni przeciętnie 70 osób, z czego 65 etatów osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym. Powyższe wyliczenie wynika z podzielenia łącznej liczby roboczogodzin przez ilość miesięcy oraz średniomiesięczną normę czasu pracy oraz powiększenia o wskaźnik absencji urlopowo chorobowej (20%)”. Następnie wykonawca podnosił, że: „nominalne zapotrzebowanie na etaty (bez urlopów, zwolnień lekarskich itp.) w przypadku ochrony, obsługi parkingu i ochrony imprez wynosi bowiem tylko 58 etatów. Wynika ono bowiem z podzielenia łącznej liczby roboczogodzin przewidzianych do realizacji usługi przez przeciętną średniomiesięczną normę czasu pracy oraz ilość miesięcy świadczenia usługi. W analizowanym przypadku łączna liczba roboczogodzin wynosi 263 564 rbh, średniomiesięczna norma czasu pracy 168 rbh zaś ilość miesięcy to 27. Otrzymujemy zatem następujący wynik nominalnej liczby etatów: $263\,564 \text{ rbh} / 27 \text{ miesięcy} / 168 \text{ rbh} = 58 \text{ etatów}$. Tak więc Wykonawca zakładając zatrudnienie, aż 70 etatów założył, że te dodatkowe 12 etatów będzie przeznaczone na wykonywanie czynności wynikających z umowy na czas przebywania pracowników na urloпах i zwolnieniach lekarskich. Przekładając powyższe dane na liczby, otrzymujemy wynik: $12 \text{ etatów} \times 168 \text{ rbh} \times 27 \text{ miesięcy} = 54\,432 \text{ rbh}$ rezerwy na okres zwolnień lekarskich oraz urlopów. Licząc zaś zapotrzebowanie na same godziny urlopowe należy poczynić następujące wyliczenia: $65 \text{ pracowników niepełnosprawnych} \times 24 \text{ h urlopu miesięcznie} (36 \text{ dni} / 12 \text{ miesięcy} \times 3 \text{ dni} \times 8 \text{ rbh} \times 24 \text{ rbh miesięcznie}) \times 27 \text{ miesięcy} = 42\,120,00 \text{ rbh}$; $5 \text{ pracowników zdrowych} \times 17,33 \text{ h urlopu miesięcznie} (26 \text{ dni} / 12 \text{ miesięcy} = 2,166 \text{ dnia} \times 8 \text{ rbh} \times 17,33 \text{ rbh miesięcznie}) \times 27 \text{ miesięcy} = 2\,340,00 \text{ rbh}$. (...) Pozostałe 9972,00 rbh przewidzieliśmy jako rezerwę na czas zastępstw w przypadku zwolnień lekarskich”.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba stwierdziła, że racje ma Zamawiający oraz Konsorcjum MAXUS, którzy zgodnie twierdzili, że Konsorcjum MAXUS uwzględniło w cenie oferty koszt dodatkowych urlopów związanych z osobami niepełnosprawnymi w stopniu umiarkowanym. Zgodzić należy się z Konsorcjum MAXUS, że powyższa okoliczność jasno wynika z treści złożonych przez nie wyjaśnień z dnia 17 sierpnia 2018 r., w których wprost podano, że wykonawca założył, że do realizacji usługi w zakresie ochrony, obsługi parkingu oraz ochrony imprez zatrudni przeciętnie 70 osób, z czego 65 etatów osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym. Przedstawione wyliczenie wynika z podzielenia łącznej liczby roboczogodzin przez ilość miesięcy oraz średniomiesięczną normę czasu pracy oraz powiększenia o wskaźnik absencji urlopowo chorobowej (20%). Zacytowane wyjaśnienia znajdują również odzwierciedlenie w wyliczeniach przedstawionych przez Konsorcjum MAXUS, zawartych w piśmie procesowym, które zostały powołane wyżej. W związku z tym argumentację prezentowaną przez Odwołującego, opierającą się na tym, że Konsorcjum MAXUS powinno jeszcze uwzględnić dodatkowe urlopy dla przewidzianej rezerwy urlopowo chorobowej, należy uznać za nietrafną. Izba stoi na stanowisku, że przewidziany przez Konsorcjum MAXUS wskaźnik absencji urlopowo-chorobowej na poziomie 20% pokrywa koszt dodatkowych urlopów wypoczynkowych dla osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym, dlatego też za nadmiarową należy uznać wskazywaną przez Odwołującego konieczność doliczenia kosztu dodatkowego urlopu, który już znajduje się w cenie ofertowego Konsorcjum MAXUS.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutów zasadzających się na tym, że w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum MAXUS brakuje prawidłowego wyliczenia liczby etatów osób

zatrudnionych do obsługi szatni. Zdaniem Odwołującego do obsługi szatni Konsorcjum MAXUS przewidziało średniomiesięcznie zatrudnienie 10 osób podczas, gdy prawidłowo wyliczona ilość etatów powinna wynosić 12 etatów. Natomiast Konsorcjum MAXUS w złożonym piśmie procesowym wyjaśniło, że zamierza wprowadzić do realizacji zamówienia rozwiązanie oparte na uzyskaniu zgody lekarza (w przypadku osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym) na pracę w wymiarze 8 godzin.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Natomiast przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy stanowi, że przepisu art. 15 nie stosuje się gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów Izba stanęła na stanowisku, że powołane powyżej przepisy uprawniają wykonawcę, w zakresie obsługi szatni, do posłużenia się osobami niepełnosprawnymi w stopniu umiarkowanym, które będą dysponowały zgodą lekarza na pracę w wymiarze 8 godzin. W takiej sytuacji na wykonawcy spoczywa ciężar zapewnienia osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym, legitymujących się posiadaniem określonej zgody, który należy zakwalifikować jako ryzyko biznesowe wykonawcy, prowadzącego tego rodzaju działalność gospodarczą. Izba nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego bazującymi na wyjątkowości omawianej sytuacji wskazując, że skoro ustawodawca przewidział w obowiązującym systemie prawnym tego rodzaju wyjątki, to wykonawca ma prawo z nich skorzystać, co jednocześnie jest związane z obowiązkiem pozyskania na potrzeby realizacji zamówienia osób, posiadających wymagane zgody lekarskie. W związku z powyższym Izba uznała zgłoszone zarzuty w omawianym zakresie za niezasadne

Kolejną grupą zarzutów wymagającą omówienia są zarzuty kierowane przez Odwołującego pod adresem Konsorcjum Ochrona24 w kontekście nieuwzględnienia przez tegoż wykonawcę w zaoferowanej cenie kosztów, związanych z zapewnieniem: utrzymania umów na podjazdy grup interwencyjnych, odpowiedniego umundurowania, polisy dedykowanej na potrzeby realizacji kontraktu a także obsługi kadrowo - płacowej.

Na wstępie Izba dostrzega konieczność odniesienia się generalnych kwestii dowodowych, związanych z zagadnieniem ceny rażąco niskiej. Izba w pełni zgadza się z poglądem, że wykonawca wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej, składa określone wyjaśnienia celem wykazania występowania danych okoliczności. W takiej sytuacji wraz z wyjaśnieniami składa Zamawiającemu również odpowiednie dowody. W przypadku, gdy wykonawca nie załączy do składanych wyjaśnień odpowiednich dowodów to składanie ich dopiero w toku toczącego postępowania odwoławczego przed Izbą należy uznać za spóźnione. Jednak z taką sytuacją

nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Otóż, wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego przedstawił żądane przez niego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny ze szczególnym uwzględnieniem kwestii związanej z wyliczeniem ceny jednostkowej za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi ochrony. W tym zakresie wykonawca wyjaśnił, że nie przedstawiał żadnych dowodów, gdyż wyliczenia dotyczyły najbardziej kosztochłonnego składnika zaoferowanej ceny, tj. kosztu pracy. Izba złożone wyjaśnienia uznała za wiarygodne i przekonujące.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że wysokość kosztów związanych z zapewnieniem: utrzymania umów na podjazdy grup interwencyjnych, odpowiedniego umundurowania, polisy dedykowanej na potrzeby realizacji kontraktu a także obsługi kadrowo - płacowej nie była przedmiotem szczegółowego zainteresowania ze strony Zamawiającego, gdyż w treści wezwania kierowanego do Konsorcjum Ochrona24, na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, nie zawarł on żądania, aby wykonawca podał poziom i sposób wyliczenia tych kosztów. Powyższe zostało również potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy. Zamawiający dodał również, że powyższe grupy kosztów należy traktować jako marginalne, nie mające istotnego wpływu na ostateczną cenę oferty. Zatem dostrzec należy, że omawiana materia pojawia się dopiero w treści odwołania.

W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że nie sposób odmówić wykonawcy Konsorcjum Ochrona24 prawa do składania odpowiednich dowodów w toku rozprawy przed Izbą. W omawianej sytuacji zastosowanie znajduje przepis art. 190 ust. 1 ustawy, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego

- ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne - należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Mając na względzie powyższe rozważania Izba nie znalazła podstaw, aby pomąć dowody złożone przez Konsorcjum Ochrona 24 wraz z pismem procesowym uznając je za spóźnione.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania tak zgłoszonych zarzutów Izba przede wszystkim wskazuje, że Konsorcjum Ochrona24 w wyjaśnieniach z dnia 21 sierpnia 2018 r. podało, że oprócz kosztów związanych z całkowitym wynagrodzeniem pracowników oraz kosztami systemu monitorującego przewiduje rezerwę zysk oraz finansową na inne koszty w kwocie 191 876,27 zł. Natomiast w piśmie procesowym Konsorcjum Ochrona24 podano, że wskazywane przez Odwołującego koszty stanowią znikomą składową całości zamówienia. Ponadto wskazano na „inne koszty”, które kształtują się następująco:

1. Podjazd grupy interwencyjnej - $111,2 \times 27 = 3\,002,40$
2. Polisa dedykowana 5 400/12 m-cy = 450; $450 \times 27 = 12\,150,00$
3. Obsługa kadrowo - płacowa $67,30 \times 6,74 = 453,60 \times 27 = 12\,247,20$
4. Absencja chorobowa - 14 012,35
5. Konserwacja systemu - 4 000,00
6. Dodatkowe sorty mundurowe - 3 500,00

Konsorcjum Ochrona24 oświadczyło, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SIWZ i brak jest podstaw do jej odrzucenia, ponieważ zapewnia: wsparcie mobile grupy interwencyjnej wynikające z Rozdziału V ust. 9 pkt 9.1. SIWZ, stosowny ubiór pracownikom ochrony wynikający z Rozdziału V ust. 9 pkt 9.3. SIWZ, polisę kontraktową zgodnie z wymogiem wynikającym z § 12 ust. 3 wzoru umowy.

Zestawiając dane przedstawione przez Odwołującego w treści odwołania z danymi podanymi przez Konsorcjum Ochrona24 (nawet przyjmując, że są one przedstawione w ujęciu

brutto) w zakresie polisy OC czy też obsługi kadrowo-płacowej stwierdzić należy, że charakteryzują się one zbliżonym poziomem wielkości i nieznacznymi różnicami, które można uznać za pomijane. Tym samym dowody złożone przez Odwołującego w postaci propozycji polisy oraz umowy o świadczenie usług należy uznać za potwierdzające rynkowy poziom cen tych usług.

Zasadnicze różnice w poziomie kosztów przedstawianych przez Odwołującego i Konsorcjum Ochrona24 dotyczą kosztów podjazdu grupy interwencyjnej oraz umundurowania. Konsorcjum Ochrona24 poziom kosztów grupy interwencyjnej, powołując się na postanowienia specyfikacji, opisane w Rozdziale V ust. 9 SIWZ, uzasadniało posiadaniem własnej grupy interwencyjnej, spełniającej wymagania Zamawiającego. Odwołujący nie przeczył temu, że Odwołujący posiada grupę interwencyjną a jedynie, że wykonawca nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ nie posiada odpowiedniej koncesji. W toku rozprawy Zamawiający potwierdził, że w specyfikacji nie zawarł wymogu posiadania koncesji dla grupy interwencyjnej posiadającej status specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej (SUFO). Wobec tego Izba uznała twierdzenia Odwołującego za bezzasadne.

W toku rozprawy Konsorcjum Ochrona24 wyjaśniało, że jego koszty w tym zakresie są niższe, gdyż posiadając własną grupę interwencyjną nie musi korzystać z usług innych podmiotów. Izba uznała twierdzenia Konsorcjum Ochrona24 za przekonujące i jednocześnie uzasadniające określony poziom kosztów. Zestawiając z powyższymi dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci faktur, pochodzących z firmy Solid Security oraz Agencji Ochrony G. Izba stwierdziła, że zawierają one co najwyżej informacje odnoszące się do sytuacji Odwołującego i warunków, które wykonawca uzyskuje w kontaktach z innymi podmiotami gospodarczymi. Powyższe dowody nie mają zastosowania do sytuacji Konsorcjum Ochrona24, która dysponuje własną grupą interwencyjną, a tym samym nie musi korzystać w tym zakresie z usług innych podmiotów co niewątpliwie powoduje obniżenie kosztów podjazdu grupy interwencyjnej.

Jeśli chodzi o koszty umundurowania wskazać należy, że Konsorcjum Ochrona24 przewidziało w tym zakresie „dodatkowe sorty mundurowe” na kwotę 3 500,00 zł. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że posiada już własne umundurowanie, dlatego też do w zakresie zaoferowanej kwoty uwzględnił jedynie koszty związane z doposażeniem pracowników. Porównanie kosztów poszczególnych części odzieży przedstawione zarówno przez Odwołującego jak i Konsorcjum Ochrona24 w przedłożonych dowodach w postaci faktur

nie wykazuje zasadniczych rozbieżności cenowych a raczej na podobne poziomy cen, np. ceny koszul 31,71 zł i 41 zł, czy też polar 60,16 zł i 78,20 zł. Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia, a także ilość osób delegowanych do jego realizacji o należy z dużą ostrożnością potraktować kwotę przeznaczoną przez Konsorcjum Ochrona24 na umundurowanie. Co prawda wykonawca w przedstawionej kalkulacji zawarł określenie „dodatkowe sorty mundurowe”, co sugerowałby jedynie doposażenie pracowników a w toku rozprawy podnosił, że posiada własne umundurowanie jednak okoliczność ta nie została wykazana przez wykonawcę. Ponadto Konsorcjum Ochrona24 nie zakwestionowało skutecznie kwoty umundurowania podawanej przez Odwołującego. Jednak nawet gdyby przyjąć za miarodajne koszty umundurowania wskazywane przez Odwołującego na łączną kwotę 25 831,31 zł netto to stwierdzić należy, że mieszczą się one w kwocie 191 876,27 zł zawierającej zysk oraz tzw. rezerwę, przeznaczoną na pokrycie pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie potwierdziła występowania w ofertach Konsorcjum Ochrona24 i Konsorcjum MAXUS cen rażąco niskich, które nie gwarantują wykonania zamówienia czy też jego należyte wykonanie. Wręcz przeciwnie. Ceny zawarte w ofertach Konsorcjum Ochrona24 i Konsorcjum MAXUS są cenami rynkowymi, zbliżonymi do poziomu cen zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Konsekwencją powyższego stanowiska było przyjęcie przez Izbę, że ich złożenie nie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba nie dopatrzyła tego, aby treść oferty Konsorcjum Ochrona24 nie odpowiadała treści specyfikacji skutkującej koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Podsumowując Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się wskazywane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 90 Pzp, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).