

Sygn. akt: KIO 1305/21

WYROK
z dnia 14 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Defender Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław), **Impel Safety Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław), **Impel Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław), **Impel Facility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (53-111 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej im. prof. Józefa Kosackiego**, ul. Obornicka 136, 50-961 Wrocław

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **STEKOP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Młodawska 9, (02-127 Warszawa), **STEKOP-OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Kol. Porosty 52, (16-070 Choroszcz) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1305/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym (art. 275) z uwzględnieniem przepisów właściwych dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi (art. 359-360) przez Zamawiającego – Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej im. prof. Józefa Kosackiego we Wrocławiu na świadczenie usługi całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia realizowanej na rzecz Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej przez specjalistyczną uzbrojoną formację ochronną (SUFO) (nr ref.: 01/WITI/21) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.04.2021 r., nr 2021/BZP/00028568/01, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum Stekop S.A., Stekop-Ochrona Sp. z o.o.), wniesione zostało 4 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1305/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 i art. 17 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady efektywności;
- 2) art. 226 pkt 8 i 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Stekop z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 239 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Stekop jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający w dniu 29.04.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Stekop, która w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

Wartość netto oferty za cały okres zamówienia (12 miesięcy) wynosi 608.382,00 zł, co daje miesięcznie 50.698,50 zł netto i nie pokrywa podstawowych kosztów wykonania zamówienia, którymi są koszty pracy (zatrudnienia osób realizujących zamówienie). Z uwagi na wymagane uprawnienia, doświadczenie życiowe, dostępność i pozycję na rynku osoby nie będą zatrudniane wg stawek minimalnych. Jednak na potrzeby odwołania wykonawca przyjął takie założenie. Zamawiający wprowadził obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i zakaz podwykonawstwa oraz zatrudniania osób niepełnosprawnych, co wpływa na model zatrudnienia odpowiadający wymogom dostępności, ustalonym w swz.

Koszty realizacji zamówienia, oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników oraz na urlopy, odpowiadające obowiązującej stawce jednej roboczogodziny. Powinno uwzględniać również pozostałe koszty wynikające z swz.

Odwołujący przedstawił kalkulację sporządzoną w oparciu o obowiązujące stawki wynagrodzenia, chociaż osoby realizujące prawdopodobnie będą otrzymywały wyższe wynagrodzenie niż minimalne. Wynika ona z zestawienia minimalnych kosztów wykonania zamówienia (kosztów pracy), zaoferowanego w ofercie sposobu świadczenia, przy uwzględnieniu wymogów swz

Ochrona obiektu realizowana ma być w systemie całodobowym przez 7 dni w tygodniu (3 posterunki - jednoosobowe), dwuzmianowo, w godzinach 7.00-19.00 i 19.00-7.00, co daje średni wolumen 2190 rbg służby ochrony (365 dni x 24 godziny x 3 posterunki/12 miesięcy). Dodatkowo Zamawiający wymaga grupy interwencyjnej dwuosobowej, całodobowo uzbrojonej w broń palną. Pracownicy ochrony muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa co najmniej o klauzuli „zastrzeżone” i zaświadczenie o odbytym szkoleniu. Pracownicy ochrony fizycznej przewidziani do ochrony obiektu nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych.

Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie przepisów kodeksu pracy, co potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 14.04.2021 r. oraz we wzorze umowy (§ 8).

Konsorcjum Stekop wskazało w ofercie, że skieruje do realizacji zamówienia 21 osób z minimum 2-letnim doświadczeniem w ochronie obiektów (co było kryterium oceny ofert i umożliwiło uzyskanie 40 pkt przy min. 17 pracownikach z takim stażem). Średnio każda z osób ma do wypracowana 104,28 rbg (2190/21 osób), co stanowi 0,62 etatu na każdą osobę. W kosztach należy również ująć dodatek za pracę w porze nocnej (3,33 zł za 1 godzinę), co przy 3 posterunkach i 8 godzinach dziennie w okresie miesiąca daje 730 godzin nocnych. Na jedną osobę przypada zatem średniomiesięcznie 34,76 godzin nocnych, co po przemnożeniu przez stawkę dodatku daje kwotę 115,75 zł dla każdej osoby, doliczaną do wynagrodzenia podstawowego.

Do wyczenia kosztów pracy należy również przyjąć urlopy w wymiarze 26 dni (dla 19 osób ze stażem powyżej 10 lat) i 20 dni (dla 2 osób ze stażem poniżej 10 lat). Koszty te wynoszą dla jednej osoby przy wymiarze rocznym urlopu 26 dni – 215,75 zł rocznie, a przy wymiarze 20 dni – 165,78 zł.

Koszty pracy dla pracownika z doświadczeniem 10 lat i powyżej, zatrudnionego na 0,62 etatu (licząc od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r., przy uwzględnieniu najniższego możliwego wskaźnika wypadkowego w wysokości 0,93%) wynoszą **2.433,04 zł**, a dla pracownika z doświadczeniem poniżej 10 lat – **2.383,07 zł**. Tym samym suma tylko miesięcznych kosztów pracy wyniesie 50.993,98 zł, co przekracza miesięczną wartość oferty.

Przez okres co najmniej 6 miesięcy zamówienie będzie realizowane już w roku 2022 r., a Zamawiający nie dopuścił waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca powinien zatem przyjąć chociaż minimalny wzrost wynagrodzenia, czego nie uczynił.

Koszt grupy interwencyjnej (min. 2 osoby oraz koszty samochodu i paliwa) również powinien być uwzględniony w ofercie. Podobnie koszt zainstalowania systemu kontroli pracy pracowników na posterunku nr 1 (minimum trzy punkty kontroli) w miejscach uzgodnionych z zamawiającym (rozdział XI ust. 4 swz). Niezbędne jest karta SIM, której koszt utrzymania również ponosi wykonawca, podobnie pozostałe koszty wyposażenia, bhp lub prania umundurowania, nadzoru oraz marży.

Powyższe wskazuje, że wykonawca zaoferował cenę niepokrywającą wszystkich kosztów wykonania zamówienia wynikających z swz. Kalkulacja ta stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020, poz. 1913).

Zamawiający w piśmie z 31 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał na ustalone w postępowaniu kryteria oceny ofert, w tym cena (60%), doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (40%).

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty z cenami: 748.309,92 zł brutto (Konsorcjum Stekop), 764.297,60 zł brutto (Odwołujący), 857.889,58 zł brutto (Konsorcjum Solid).

Różnica w cenie Konsorcjum Stekop w stosunku do oferty Odwołującego wynosi jedynie 12.998,16 zł netto w skali roku, co w przeliczeniu na wynagrodzenie miesięczne odpowiada kwocie 1.083,18 zł netto (2%). Zamawiający uznaje, iż różnica ta wynika z przyjętej marży, a ponadto obie najniższe ceny nie są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający nie miał podstaw do podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwania do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 Ustawy Pzp. Tym samym to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie wprowadził do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, gdyż usługa realizowana będzie przez okres 12 miesięcy.

Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja nie przesądza o możliwościach innego wykonawcy, jak również na podstawie tych wycień nie wykazano braku możliwości realizacji usługi za zaoferowaną cenę.

Postępowanie przeprowadzone zostało w sposób zapewniający zachowanie zasad, o których mowa w art. 16 i 17 Ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, STEKOP - OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Kol. Porosty (zwane Konsorcjum Stekop).

Przystępujący przedstawił stanowisko w piśmie z 09.06.2021 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wniósł przy tym o udostępnienia załącznika do odwołania, który Odwołujący objął bliżej nieokreśloną tajemnicą wskazując, na rzekome dane osobowe podlegające ochronie. Załącznik ten zawierać ma kalkulację kosztów – sumę miesięcznych kosztów pracy, wynikających z oferty Przystępującego. Odwołujący zastrzegając załącznik nie wykazał, aby była to jego

tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wskazał również jakie kategorie danych osobowych zostały w nim zawarte. Przystępujący przypuszcza, iż dotyczyć może to danych osobowych wyszczególnionych w jego ofercie, tj. osób skierowanych do realizacji zamówienia. Przystępujący jako pracodawca tych osób przetwarza dane osobowe, o których mowa w Kodeksie Pracy, w tym w szczególności datę urodzenia i przebieg dotychczasowego zatrudnienia, a także inne dane, w tym dotyczące kwalifikacji do wykonywania zawodu pracownika ochrony. Powołując się na ochronę danych osobowych wynikającą z RODO Odwołujący nie wskazuje podstawy takiego działania.

Przystępujący pozbawiony został możliwości odparcia twierdzeń Odwołującego i przedstawienia dowodów przeciwnych, zgodnie z obowiązkiem nałożonym w przepisie art. 537 pkt 1 Pzp. W tej sytuacji załącznik ten powinien być pominięty.

Na brak cech rażąco niskiej ceny wskazuje w szczególności porównanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia, tj. 735.840,00 zł netto, co po powiększeniu o należny podatek VAT – 23%, daje kwotę 905.083,20 zł brutto. Cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen o ok. 5%, od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o ok. 17% i o ok. 2,09% od oferty Odwołującego.

Różnice w cenach ofertowych nie świadczą jeszcze o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego. Dalej Przystępujący wyjaśnił sposób kalkulacji ceny przy uwzględnieniu średniomiesięcznej liczby roboczogodzin – 2190 oraz wynagrodzeniu pracowników równym co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę – 2.800,00 zł brutto. Przystępujący przyjął, że w ramach realizacji zamówienia opierać się będzie na wszystkich osobach, których wiek pozwala na nieodprowadzanie składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz rezygnację z PPK, tj. osobach które nie osiągnęły wieku wynoszącego, co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn. Wykonawca uwzględnił dodatek za pracę w porze nocnej w średniomiesięcznej wysokości 186,67 zł (3,33 zł x 56 godzin – stosunek wszystkich godzin nocnych do wszystkich godzin realizacji zamówienia na jeden etat). Dla jednego etatu wyliczenie prezentowane w tabeli wskazuje na wynagrodzenie brutto 2986,67 zł, a z kosztami pracodawcy 3500,07 zł. W cenie uwzględniono również koszty zastępstwa urlopowego wyliczone w kwocie 361,12 zł w przeliczeniu na jeden etat miesięcznie. Koszty zatrudnienia pracowników w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę wynoszą 22,98 zł. (3861,19 zł : 168 godzin). Dla wyliczenia ceny oferty przyjęta została stawka roboczogodziny – 23,15 zł.

Łączny koszt zatrudnienia pracowników wynosi 603.914,40 zł (26.280 rbh x 22,98 zł), a zatem cena pozwala na pokrycie kosztów oraz zysk Przystępującego.

Przystępujący obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego, a zatem nie musi ponosić szeregu kosztów początkowych usługi (np. badań wstępnych, przeszkolenia pracowników) oraz kosztów związanych z zapewnieniem wymaganego wyposażenia, który jest już zamortyzowany. Jako producent nadajników do systemów napadowych ponosi koszty tylko wytworzenia bez kosztów pośrednich związanych z wprowadzeniem nadajnika do obrotu oraz koszt zapewnienia karty SIM (1,90 netto/miesięcznie). Nadajniki Przystępującego znajdują się już na obiekcie Zamawiającego. Koszt miesięczny grupy interwencyjnej dla umowy z Zamawiającym wynosi 18,30 zł. miesięcznie.

Odnosnie ilości osób koniecznych do zatrudnienia dla kalkulacji kosztów wykonawca przyjął ilość etatów – 13,03 etatu, a zatem nie wszystkie osoby wskazane w ilości 21 do realizacji zamówienia będą to zamówienie jednocześnie realizować (w przeliczeniu na etat, wypracują 0,66 etatu – 104 ze 168 godzin miesięcznie). Zamawiający nie wskazał, aby osoby te były skierowane do realizacji zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy. Niektórzy będą mogli zastępować innych w ramach urlopów. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 z 14.04.2021 r. potwierdził prawidłowość interpretacji postanowień swz i wskazał, że punktuje w kryterium oceny ofert skierowanie osób do realizacji zamówienia w wyższej liczbie, niż liczba etatów wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego twierdzenia Odwołującego o braku uwzględnienia w cenie wszystkich koniecznych kosztów, jakie wykonawca będzie ponosił są bezzasadne. Nawet gdyby przyjąć, że cena jest rażąco niska, to zarzut naruszenia art. 226 pkt 8 Pzp należałoby uznać za przedwczesny. Wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, co jest wymagane przed ewentualnym odrzuceniem oferty na tej podstawie.

Nawet stwierdzenie, że cena jest rażąco niska nie może z automatu być traktowane, jako czyn nieuczciwej konkurencji, o czym świadczy chociażby przewidzenie w prawie zamówień publicznych odrębnych przesłanek odrzucenia oferty z tego tytułu. Odwołujący powinien sprecyzować i wykazać, na czym opierają się te działania w przedmiotowych realiach, przy uwzględnieniu sytuacji podmiotowej wykonawcy. Brak konkretyzacji sposobu popełnienia czynów związanych z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji stoi na przeszkodzie stwierdzeniu wystąpienia takiego czynu w postępowaniu.

Oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, jej wybór nie prowadził do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert. Nie doszło zatem do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania i rozpoznała zarzuty na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, a żądania odwołania zmierzają do uchylenia wyniku oceny ofert, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania nie budzi wątpliwości. Odwołanie może doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co wskazuje na możliwość poniesienia szkody na skutek decyzji

objętej zarzutami, w postaci braku uzyskania korzyści związanych z realizacją umowy o zamówienie publiczne.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, wyjaśnienia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie całodobowej usługi ochrony fizycznej osób i mienia, w sposób opisany w rozdziale XI pkt 2 SWZ, w systemie całodobowym przez 7 dni w tygodniu na trzech posterunkach, w ramach dwóch zmian w godzinach 7:00-19:00 i 19:00-7:00, co w ujęciu średniomiesięcznym daje liczbę roboczogodzin 2190, a w przeliczeniu na etat – 13,03 etatu.

Zamawiający przewidział, iż pracownicy ochrony nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych. Wymagał zatrudnienia osób realizujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę (rozdział X ust. 1). Zamawiający nie dopuścił powierzenia wykonania jakiejkolwiek czynności podwykonawcom (rozdział XII).

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty z cenami brutto: 748.309,92 zł (netto: 608.382,00 zł) – oferta Konsorcjum Stekop; 764.297,60 zł (netto: 621.380,16 zł) – oferta Odwoływającego; 857.889,58 zł (netto: 697.471,20 zł) – oferta Konsorcjum Solid.

Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia środki w kwocie 735.840,00 zł netto, co po powiększeniu o należny podatek VAT 23%, daje kwotę 905.083,20 zł brutto.

Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Na wstępie należy wskazać, iż zarzuty w odwołaniu wynikają ze wspólnej podstawy faktycznej, jaką miało być zaferowanie ceny rażąco niskiej w ofercie Konsorcjum Stekop.

W świetle powyższego punktem wyjścia stało się odniesienie się do stwierdzenia stanowiącego podstawę wniosków Odwoływającego – tj. braku uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów związanych z realizacją usługi na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący całość argumentacji opierał na wyliczeniu minimalnego poziomu kosztów, jakie wykonawca zobowiązany był uwzględnić, przyjmując w odniesieniu do oferty Konsorcjum Stekop informacje prezentowane w ofercie o ilości osób skierowanych do realizacji prac – 21 osób. Prezentowane wyliczenia kosztów wynikały również z niespornej okoliczności dotyczącej minimalnej liczby roboczogodzin – 2190, co odpowiada 13,03 etatu oraz wysokości minimalnego wynagrodzenia – 2.800,00 zł brutto.

Odwołujący na rozprawie odniósł się do wyliczeń prezentowanych w piśmie procesowym przez Przystępującego, w szczególności prezentowanej na stronie 10 tabeli kosztów pracodawcy, kwestionując wyliczoną na tej podstawie uśrednioną stawkę 23,15 zł/ rbh, która według jego wyliczenia nie mogła być niższa od kwoty 23,18 zł za 1 rbh. Odnosząc te stawki do ceny ofertowej dla 1 miesiąca wynoszącej 50.698,50 zł netto wskazał na brak pokrycia w tej cenie kosztów pracowniczych (50.753,29 zł netto - po przeliczeniu stawki 23,18 i ilości roboczogodzin). Modyfikując wyliczenia na rozprawie w związku z argumentami Przystępującego Odwołujący wyliczył minimalne koszty, przyjmując wszystkie zwolnienia pracownicze (dla 8 osób w wieku 55/60 lat) na kwotę 3861,19 zł, co miało nie uwzględniać dodatkowych kosztów niezwiązanych z samym wynagrodzeniem pracowników (ich poziom nie został wykazany).

Przystępujący przedstawił kalkulację, przy której stawka 23,15 przyjęta do wyliczenia ceny ofertowej (23,15x2190 rbh = 50.698,50 zł netto) uwzględnia koszty pracodawcy jednego pracownika ochrony (wraz z kosztami zastępstwa urlopowego – 361,12 zł miesięcznie) z uwzględnieniem zwolnień od składek na FP, FGSP oraz PPK, wyliczone według stawki 22,98 zł (3.861,19 zł : 168 godzin). Jednocześnie na rozprawie wskazywał na możliwość optymalizacji kosztów zastępstwa urlopowego (361,12 zł/miesięcznie) w trakcie świadczenia usługi w okresie 12 miesięcy, na co pozwala brak konieczności skierowania pracowników wyłącznie do realizacji usługi u Zamawiającego i dużej ilości pracowników zatrudnionych i możliwych do oddelegowania (ponad 5600 pracowników we Wrocławiu).

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby oferta Konsorcjum Stekop zawierała rażąco niską cenę, jak również aby jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponieważ Konsorcjum Stekop nie było wzywane do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp, nie spoczywał na nim obowiązek wykazania przed Zamawiającym okoliczności, jakie podważać mogłyby podejrzenie zaferowania rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 Pzp). Stąd dopiero na rozprawie w piśmie procesowym Konsorcjum Stekop przedstawiło szczegółowe założenia przyjęte do kalkulacji ceny ofertowej.

Zasadniczo Odwołujący opierał zarzuty na wyliczeniu poziomu kosztów pracowniczych, do jakich poniesienia będzie zobowiązany Wykonawca, których pokrycie nie jest możliwe przy zaferowanej cenie. Wyliczony w odwołaniu poziom wynagrodzenia pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracodawcy (rezerwy urlopowej urlopu, zwolnień od składek pracowniczych) przy minimalnej stawce wynagrodzenia - w ocenie Odwoływającego, wynosi 3.861,19 zł miesięcznie. Wyliczenia Odwoływającego były kwestionowane na rozprawie, a wyjaśnienia Przystępującego dotyczące kalkulacji kosztów miały na celu obalenie wniosków Odwoływającego. Nie stanowiły one wyjaśnień składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ponieważ Zamawiający nie powziął wątpliwości co do wysokości zaferowanej ceny (dotyczy to wszystkich ofert, których ceny były niższe od szacunków Zamawiającego). Stąd ewentualne niejasności nie wywoływały skutku, jakie Ustawa wiąże z brakiem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 6 Pzp). Złożone na rozprawie i w piśmie procesowym Przystępującego wyjaśnienia nie były zatem elementem oceny oferty i były prezentowane na potrzebę oddalenia wniosków Odwoływającego.

Odnosząc się do argumentów prezentowanych w odwołaniu Izba uznała, iż Odwołujący wyszedł z błędnego założenia o konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztu zatrudnienia wszystkich pracowników wskazanych w ofercie (21 osób). Pozostawało to w sprzeczności z wyliczoną ilością etatów, jaka jest konieczna do pokrycia ilości roboczogodzin potrzebnych do wykonania usługi na warunkach opisanych w swz. Odwołujący oczekiwał ponadto przedstawienia wyliczenia kosztów pracy konkretnych osób wskazanych w ofercie, co nie miało w ocenie Izby uzasadnienia dla wskazania minimalnego poziomu kosztów pracowniczych, wyliczanych przez Odwoływającego w oparciu o minimalny

poziom wynagrodzenia, który jest niezależny od stażu, czy też wieku pracownika. Dodatkowo wykaz osób mógł ulec zmianie na co wskazują postanowienia wzoru umowy, w których Zamawiający oczekuje przedłożenia wykazu osób przy podpisaniu umowy, jak również przewidział możliwość wymiany osób na etapie realizacji umowy. Stąd przyjęcie konkretnych założeń kalkulacyjnych uwzględniających indywidualne warunki zatrudnienia każdej z osób wskazanych w ofercie nie miało uzasadnienia. Miało to swoje konsekwencje dla prezentowanych wniosków, w tym w szczególności o potrzebie zwiększenia stawki za 1 rbh do 23,48 zł dla 5 pracowników, spośród wskazanych w wykazie, których wiek nie pozwalałby na skorzystanie ze zwolnienia z odprowadzenia składek na FP i FGŚP.

Wykonawca mógł przyjąć główne założenia kalkulacyjne wynikające z ilości roboczogodzin, minimalnego poziomu wynagrodzeń oraz ilości etatów koniecznych do zabezpieczenia realizacji umowy. Założenia te były prawidłowe co potwierdza Odwołujący w swoich wyliczeniach przyjmując identyczne wskaźniki. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, iż Odwołujący w swoich wyliczeniach nie uwzględnił kolejnej okoliczności pozwalającej obniżyć koszty pracodawcy, a która związana jest z zatrudnieniem osób w wieku 55 lat (kobiety) i 60 lat (mężczyźni). Pozwala to obniżyć koszty zatrudnienia tych osób, gdyż pracodawca korzysta wówczas ze zwolnienia z obowiązku odprowadzenia składki na FP, FGŚP i PPK. Przy dużej ilości pracowników jaką zatrudnia Przystępujący (ponad 5600 osób we Wrocławiu), jako wiarygodne przyjęła Izba stanowisko, iż nie będzie on miał trudności w znalezieniu odpowiedniej ilości osób w tym wieku. Nie miały zatem znaczenia wyliczenia Odwołującego dotyczące konieczności zwiększenia stawki wynagrodzenia osób skierowanych do wykonania prac z 22,98 zł. do 23,48 zł, co po uśrednieniu miałyby wskazywać na stawkę 23,18 zł, jako minimalną dla wyliczenia ceny oferty.

Przystępujący wskazał również na optymalizację kosztów związanych z urlopami pracowników (tzw. rezerwa urlopową), czego nie dopuszczał Odwołujący w swoich wyliczeniach. W przypadku optymalizacji wynikającej ze zmniejszenia ilości dni urlopu z 26 do 20, stawka osobowa uległaby zmniejszeniu do 22,49 zł za 1bh, co zmniejsza koszty o 0,66 zł na 1 rbh (łącznie 1445,40 zł dla 2190 rbh). Ponieważ Odwołujący nie przedstawił dostatecznej argumentacji w tej materii, w szczególności nie odniósł się rzeczowo do możliwości, jaka wynika z faktu, że umowa będzie zawarta w trakcie roku kalendarzowego i zakończy się również przed upływem kolejnego roku kalendarzowego, Izba uznała za wiarygodne założenie, że nie wszyscy pracownicy w danym roku kalendarzowym będą mieli do wykorzystania pełen wymiar urlopu wypoczynkowego. Bez szczegółowej wiedzy o tym w jaki sposób pracownicy będą korzystali z urlopów nie można stwierdzić, iż optymalizacja przy wyliczaniu kosztów nie jest dopuszczalna.

Ponieważ stawka 22,98 zł nie została przez Odwołującego skutecznie podważona jako nierealna Izba uznała, iż cena oferty Przystępującego, w przeliczeniu na stawkę rbh, tj. 23,15 zł nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący nie zdołał przekonać, iż cena oferty Przystępującego powinna wzbudzić wątpliwość, a to w tym elemencie ewentualnie można byłoby dopatrywać się podstawy do wzruszenia wyniku postępowania. Sam zarzut zaniechania odrzucenia oferty mógł ewentualnie prowadzić do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym przepisami art. 224 Ustawy. Ponieważ złożone oferty były na poziomie zbliżonym, a Odwołujący nie wykazał, aby poziom ceny przyjętej w ofercie Przystępującego był poniżej poziomu, który czyniłby niemożliwym wykonanie świadczenia, Izba uznała, iż czynności Zamawiającego nie naruszały Ustawy i oddaliła w całości zarzuty odwołania.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący: