Sygn. akt: KIO 2796/21

WYROK

z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Rejonowy w Wejherowie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. Security Biuro Ochrony Mienia M. S. z siedzibą w Wejherowie, którego oferta zawiera rażąco niską cenę;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 2796/21

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Wejherowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, o wartości szacunkowej mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro, pn. „Usługi ochrony osób i mienia”; znak sprawy: G. 115-47/2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00142001/01.

W dniu 22 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. Security Biuro Ochrony Mienia M. S. z siedzibą w Wejherowie (dalej „S. Security”) którego oferta zawiera rażąco niską cenę; dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 16 pkt 1, art. 239 oraz 522 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy S. Security; odrzucenia oferty wykonawcy S. Security, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę a także dokonanie wyboru oferty spośród pozostałych, nieodrzuconych ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy

Pzp, względnie w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania - o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka opisana w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia wniesionego odwołania. Nie mamy bowiem do czynienia z sytuacją w której, jak wskazuje powyższy przepis, wniesione odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak ustalił skład orzekający, zamawiający 3 września 2021 r., po przeprowadzeniu

postępowania o udzielenie zamówienia, dokonał wyboru oferty S. Security, jako najkorzystniejszej. Na czynność tą w dniu 7 września 2021 r. odwołujący złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu, że dokonał on wyboru oferty pomimo, że zawierała rażąco niską cenę. Zamawiający uznał wówczas racje odwołującego i uwzględnił przedmiotowe odwołanie. W konsekwencji, Izba Postanowieniem z dnia 13 września 2021 r. w sprawie KIO 2654/21 - umorzyła postępowanie.

Zamawiający, powtarzając czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, unieważnił decyzję z 3 września 2021 r. o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty S. Security. Pismem z 13 września 2021 r. wezwał tego wykonawcę, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny i jej istotnych części składowych. S. Security złożył wyjaśnienia (pismo z 15 września 2021 r.), które zamawiający uznał za wystarczające, a następnie ponownie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Nie budzi wątpliwości, że przedmiotem odwołania jest zatem nowa czynność, polegająca na dokonaniu ponownego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez S. Security. Zamawiający wprawdzie skorzystał z przesłanek art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednakże ocena tych wyjaśnień nie doprowadziła do takiego skutku, którego domagał się odwołujący składając pierwsze odwołanie w postepowaniu tj. odrzucenia oferty wykonawcy S. Security.

Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu zakwestionował również złożone przez S. Security wyjaśnienia, a w konsekwencji prawidłowość czynności zamawiającego, który gdyby ocenił je w sposób rzetelny powinien był uznać, że te wprost potwierdzają, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany tj. odrzucenia oferty S. Security, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt V specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") jest świadczenie usług całodobowego dozoru oraz ochrony osób

1 mienia oraz obsługa systemów monitorujących w obiektach Sądu Rejonowego w Wejherowie zlokalizowanych przy ulicy: Wniebowstąpienia 4 w Wejherowie i Reformatów 9 w Wejherowie. Dozór oraz ochrona osób i mienia oraz obsługa systemów monitorujących wykonywana będzie przez osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i wykonujące zadania ochrony na rzecz wykonawcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, o których mowa w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 838 ze zm.): Wejherowo ul. Wniebowstąpienia 4, w dni robocze od godziny 7:00 do godziny 18:00 (11 roboczogodzin/ osobę) przez 5 pracowników ochrony, od godziny 18:00 do 7:00 przez 2 pracowników ochrony, w pozostałe dni 2 pracowników ochrony przez cała dobę; Wejherowo ul. Reformatów 9,

2 pracowników ochrony przez cała dobę. Dalej zamawiający przewidział, że łączna ilość roboczogodzin wynosi: do 44.500 ochrony świadczonej kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Uwzględnia ona ewentualne wzmocnienie ochrony o dodatkowe osoby w przypadku wystąpienia takiej potrzeby u zamawiającego np. po zgłoszeniu takiej potrzeby przez sędziego w zakresie realizowanych sesji. W SWZ zawarto również wymóg, aby wszyscy pracownicy skierowani do ochrony sądu byli zatrudnieni przez wykonawcę i wszystkich podwykonawców na podstawie umowy o pracę. Zamawiający zapisał również w warunkach zamówienia, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiedni stan etatowy tak, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy. Powyższy wymóg nie dotyczy pracowników grup interwencyjnych. Do monitorowania sygnału włamania i napadu oraz podejmowania interwencji przez mobilne zespoły wykonawca winien uwzględnić grupy interwencyjne, o których mowa w § 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji z dnia 18 czerwca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 992). Kolejne wymaganie dotyczyło tego, iż wszyscy pracownicy ochrony wykonujący zadania związane z ochroną fizyczną

budynków sadu musza być wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej przez cały czas trwania umowy i jednocześnie nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej i muszą legitymować się aktualnymi orzeczeniami lekarskimi o zdolności do pracy, w tym stwierdzających brak przeciwwskazań do pracy w warunkach narażenia, wydanych przez uprawnionego lekarza, o którym mowa w art. 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. - Prawo atomowe (Dz. U. 2019 poz. 1792 ze zm.).

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zaznaczył również, że kalkulacja usługi przedstawiona przez wykonawcę musi dawać podstawę do weryfikacji kosztów wynagrodzeń pracowników, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie, lub minimalne wynagrodzenie za godzinę pracy, oraz winna wskazywać wysokość kosztów administracyjnych i kosztów nadzoru. Wykonawca powinien zapewnić odpowiednią liczbę osób do nadzoru realizowanej usługi oraz zapewnić możliwość podjęcia skutecznych działań w określonym czasie.

Ponadto Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców. Wykonawca S. Security zaproponował cenę za wykonanie zamówienia: 1 094 700,00 zł brutto, a odwołujący podał cenę w wysokości: 1 278 609,60 zł brutto.

Wykonawca Se. Security został wezwany przez zamawiającego w dniu 13 września 2021 r. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana cena budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. W piśmie zaznaczył, że wyjaśnienia muszą dotyczyć: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający zauważył, że minimalna stawka 1 roboczogodziny to 24,09 zł. zgodnie z kalkulatorem kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony na rok 2021, opracowanym przez Polski Związek Ochrony Pracodawców przy uwzględnieniu tylko płacowych kosztów wynagrodzenia pracownika ochrony, bez innych dodatkowych elementów i należnego podatku VAT, które muszą być uwzględniane przy kalkulacji ceny za realizację usługi ochrony.

Dalej sprecyzował, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: zarządzania procesem produkcji świadczonych usług; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług; oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska; wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy; elementów kalkulacyjnych dot. ceny oferty; wszelkich obiektywnych czynników odnoszących się do elementów oferty i mających znaczenie dla należytej realizacji zamówienia.

Wykonawca S. Security, w piśmie z 15 września 2021 r., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zaoferowana przez niego łączna cena za realizację zamówienia nie odbiega o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia. Dalej deklarował, że w kalkulacji uwzględniono obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczący wartości kosztów pracy przyjętych do ustaleń ceny ofertowej i kalkulując cenę oferty przyjęto koszty pracy zgodne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę na podstawie umów o pracę. Wykonawca zadeklarował ponadto, że uwzględnił również konieczność ponoszenia kosztów z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, finansowane przez płatnika według obowiązujących przepisów. Ponadto ilość pracowników odpowiada wymaganiom zamawiającego. Wyjaśnił także, że część czynności wynikających z nadzoru oraz interwencji, jak i bezpośredniej ochrony, będzie realizowane osobiście przez właściciela firmy i nie otrzymuje on za to wynagrodzenia, co obniża koszty pracy. Nie zgadzał się z argumentacją zamawiającego dotyczącą minimalnej stawki 1 roboczogodziny opracowanej przez Polski Związek Pracodawców Ochrony, gdyż jak stwierdził w praktyce nie jest ona stosowana na rynku usług ochrony mienia i oferowane ceny praktycznie znacznie odbiegają od tej stawki. Przytoczona stawka ta jest przykładowa, nie jest obowiązująca i nierealna do zastosowania w praktyce. Dowodem i przykładem może posłużyć ostatnio rozstrzygnięty przetarg na ochronę ZUS

Gdańsk gdzie firma, która wygrała to postępowanie zaoferowała cenę brutto za jedną roboczogodzinę - 22,15 zł.

W dalszej części wyjaśnień wskazał, że założenia przyjęte w przygotowanej przez niego kalkulacji opierają się również na innych wskaźnikach niż w przytoczonej kalkulacji Związku Pracodawców Ochrony. Dodatek za pracę w godzinach nocnych przyjęto na poziomie 50 godzin miesięcznie ponieważ nie wszystkie służby są obarczone godzinami nocnymi. Składka wypadkowa wynosi 0,84 %, a nie jak podano w kalkulacji 0,93 % (na co załączył dowód). Z kolei Fundusz Pracy i Fundusz GŚP założono na zdecydowanie niższym poziomie, w związku z zatrudnieniem osób spełniających przesłanki do obniżenia ich wysokości. Koszty PPK są również minimalne, ponieważ pracownicy są w wieku, w którym nie ma obowiązku przystąpić do PPK, a dobrowolnie pracownicy bardzo rzadko przystępują do PPK. Praktyka upoważnia wykonawcę do tego, że nie zakłada tak wysokich kosztów wynagrodzenia chorobowego. Dodatkowo w kalkulacji założył zysk na poziomie 3 408,68 zł., jednak może on być również przeznaczony na wydatki nieprzewidziane, gdyż żadne przepisy nie obligują wykonawcy aby zostawił margines środków na te wydatki oraz wykonawca może mieć minimalny zysk lub wcale nawet nie musi zakładać zysku. Założony przez wykonawcę zysk daje możliwość pokrywania innych, nieprzewidzianych kosztów. Jako dowód, mający potwierdzać rynkowy charakter ceny, wykonawca załączył do wyjaśnień kalkulację.

Zadeklarował też, że koszt wykonania usługi znacznie obniża fakt, że firma ma siedzibę w Wejherowie i obsługa Grup Interwencyjnych, przy zapewnieniu gotowości do podjęcia działań w ciągu 10 minut w porze dziennej, nie będzie stanowiła dodatkowego kosztu, jak miałoby to miejsce w przypadku firm z Polski np. Maxus, które muszą podnająć Grupy Interwencyjne z innych firm lokalnych co stanowi dodatkowy koszt.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i pismem z 17 września 2021 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy S. Security.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba zauważa, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Przy czym należy wskazać, że o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Przypomnieć należy, że zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości 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. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odnosząc powyżej wskazane przepisy do okoliczności ustalonych w rozpoznawanej sprawie Izba w pierwszej kolejności dostrzegła, że chociaż w sprawie nie zachodziły

przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy S. Security o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, to zamawiający takie wezwanie do wykonawcy skierował. Tym samym ciężar udowodnienia, że zaproponowana w jego ofercie cena nie jest rażąco niska - spoczywał na wezwanym wykonawcy.

Z prezentowanego przez zamawiającego stanowiska na rozprawie wynika, że w sposób wybiórczy ocenił złożone wyjaśnienia, skupiając się raczej na ich części opisowej, nie zaś na istotnym elemencie jakim jest załączona do wyjaśnień kalkulacja. To właśnie na jej podstawie możliwa była ocena realności, jak też rentowności zaproponowanej ceny ofertowej. Z niej bowiem, a nie z gołosłownych deklaracji składanych przez wykonawcę w treści wyjaśnień, można było uzyskać informację czy wyliczone koszty pracy ponoszone przez wykonawcę zostały przyjęte przez niego na poziomie umożliwiającym realizację zamówienia publicznego.

Wydaje się, że zamawiający kierując do wykonawcy S. Security swoje wezwanie oczekiwał, że ten przedstawi mu rzetelne wyliczenia w zakresie przyjętych kosztów płacowych, sam bowiem zaznaczył w wezwaniu, że minimalna stawka jednej roboczogodziny to 24,09 zł., zgodnie z przywołanym przez niego kalkulatorem. Tym samym, rolą wezwanego wykonawcy było co najmniej odniesienie się do tej stawki i wskazanie w jaki sposób obliczył istotne części składowe ceny, za które należy między innymi uznać koszt jednej roboczogodziny. To bowiem cena jednej roboczogodziny była podstawą kalkulacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie S. Security ograniczył się do złożenia lakonicznych wyjaśnień, nie popartych przy tym żadnymi dowodami odnoszącymi się do sposobu i podstaw kalkulacji jego oferty. Za dowód nie sposób bowiem uznać dokumentów pochodzących z innego postępowania (organizowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Gdańsku), w którym jak wskazywał odwołujący, zamawiający nie ustanowił w SWZ zakazu dotyczącego zatrudniania osób niepełnosprawnych, co mogło mieć istotne znaczenie dla sposobu ustalenia ceny oferty.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisania sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Odnosząc się z kolei do przedstawionej przez S. Security kalkulacji, stwierdzić należy, że ta wprost potwierdza, że zaproponowana przez tego wykonawcę cena nie uwzględnia wszystkich, obowiązkowych elementów składających się na to zamówienie, w konsekwencji, że jest to cena rażąco niska. W niniejszym stanie faktycznym, dla oceny czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską istotne jest, że zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich pracowników kierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz nie dopuścił do realizacji usługi osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności. Zakaz polegający na niedopuszczeniu do realizacji usługi osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, sformułowany przez zamawiającego, a wynikający jednoznacznie z treści SWZ, jest okolicznością decydującą w tym przypadku o tym, w jaki sposób należało skalkulować cenę oferty. Dodatkowo, niezwykle istotne jest, że zamawiający sprecyzował, że przewiduje łączną liczbę roboczogodzin w całym okresie świadczenia usług - 44 500 roboczogodzin. Biorąc zatem pod uwagę cenę oferty wykonawcy S. Security tj. 890 000,00 zł. netto, skalkulowana przez tego wykonawcę cena jednej roboczogodziny wynosi 20,00 zł. netto.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w przypadku niniejszego zamówienia, którego przedmiotem jest usługa w zakresie ochrony osób i mienia, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z usługami, w których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób skierowanych do realizacji zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących. Dodatkowo, w warunkach zamówienia zamawiający

zastrzegł, iż wszystkie osoby skierowane do realizacji zadania, muszą być zatrudnione na umowę o pracę. Tym samym, wzywając wykonawcę S. Security, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, winien przede wszystkim zweryfikować czy przyjęte przez tego wykonawcę koszty odpowiadają wymaganiom w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem narzutów związanych z koniecznością zatrudnienia pracowników (takich jak koszty ubezpieczeń, koszty dodatków związanych z zatrudnieniem osób w porze nocnej, koszty urlopów wypoczynkowych czy też absencji spowodowanych chorobą).

Izba, po zapoznaniu się z kalkulacją przedstawioną przez wykonawcę S. Security, podzieliła sformułowane przez odwołującego zastrzeżenia, że przedłożone przez niego wyliczenia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że istotną częścią kosztów zatrudnienia pracownika, są urlopy pracownicze. Wymiar urlopu regulują przepisy kodeksu pracy. I tak, zgodnie z art. 154 §1 pkt 1 kodeksu pracy wymiar urlopu wypoczynkowego dla pracowników zatrudnionych krócej niż 10 lat - wynosi 20 dni, jeżeli pracownik zatrudniony jest co najmniej 10 lat - wówczas wynosi 26 dni. Kodeks pracy wprowadza również obowiązek udzielenia przez pracodawcę urlopu w tym roku kalendarzowym, w którym pracownik uzyskał do niego prawo (art. 161 kodeksu pracy). Jeśli, na wniosek pracownika, urlop zostanie podzielony na części, to w takim przypadku co najmniej jedna część wypoczynku powinna trwać nie mniej niż 14 kolejnych dni kalendarzowych (art. 162 kodeksu pracy). Pracownik nie może zrzec się prawa do urlopu, a zatem urlop niewątpliwie stanowi istotną część składową kosztów pracy, które należy uwzględnić w cenie oferty.

Jak wynika z kalkulacji przedłożonej przez S. Security zamierza on skierować do realizacji tego zamówienia 25 osób, przy czym w przeliczeniu na pełne etaty - 23. (jednocześnie wykonawca ten zaznacza, że z tego jeden etat wykonuje osobiście, nie pobierając z tego tytułu wynagrodzenia).

Oznacza to, iż aby uznać można było, że cena zaproponowana przez wykonawcę jest ceną rynkową, musiałby on uwzględnić w kosztach realizacji zamówienia koszty związane z zatrudnieniem co najmniej 23 etatowych pracowników. Inne założenie oznaczałoby sprzeczność oferty z postanowieniami SWZ, gdyż nie zostałaby zapewniona niezbędna obsada pracowników, którzy muszą zostać skierowani do wykonania tego zadania.

Tymczasem jedyną pozycją w przedmiotowej kalkulacji, gdzie wykonawca S. Security wymienia koszty związane z zastępstwem pracownika to pozycja 20,00 zł. brutto w skali jednego miesiąca. Nie budzi wątpliwości, że takie założenie jest nierealistyczne, a koszty związane z zastępstwem zostały rażąco zaniżone. Mając na uwadze okoliczność, co również wynika z przedłożonej kalkulacji, że wykonawca wycenił koszt jednego etatu na poziomie 3 578,10 zł oznacza to, iż prawidłowo oszacowane koszty zastępstwa urlopowego winny się kształtować:

(1) przy założeniu, że wymiar urlopu danego pracownika wynosi 20 dni: 3578,10 zł./ 168 rbh x 8 rbh x 20 dni / 12 miesięcy = 283,98 zł.

(2) zakładając wymiar urlopu 26 dni: 3578,10 zł./ 168 rbh x 8 rbh x 26 dni / 12 miesięcy = 369,17 zł.

Powyższe kwoty dotyczą kosztów ponoszonych przez pracodawcę, związanych z koniecznością wypłacania wynagrodzenia, miesięcznie na jednego pracownika.

Jeśli zatem przemnożymy powyższe wartości przez ilość etatów to otrzymamy kwotę:

(1) 263,98 zł. x 23 etaty x 12 miesięcy = 72 858,48 zł. netto x 23% VAT = 89 615,93 zł. brutto

(2) 349,17 zł. x 23 etaty x 12 miesięcy = 96 370,92 zł. netto x 23 % VAT = 118 536,23 zł. brutto

Wyliczenia te obrazują, że łącznie w skali kontraktu, wykonawca S. Security, nie uwzględnił tak istotnej pozycji jaką jest koszt związany z absencją pracowników. Przy czym należy zaznaczyć, że założenia powyższe dotyczą wyłącznie konieczności udzielania pracownikom urlopów wypoczynkowych, w wymiarze przewidzianym w kodeksie pracy, nie uwzględniają natomiast absencji pracowników wynikającej ze zwolnień spowodowanych

chorobą. Nawet, jeśli wykonawca deklaruje w swoich wyjaśnieniach, że z jego praktyki wynika, że nie ma potrzeby uwzględniania w kalkulacji wysokich kosztów absencji chorobowych - to nie zmienia to faktu, że takie się zdarzają i wykonawca powinien w wyjaśnieniach wskazać jak często one występują i uwzględnić koszty ponoszone z tego tytułu w wyliczeniach.

Nie sposób również pokryć tych kwot z kwoty zakładanego zysku, który wykonawca S. Security założył na poziomie 3 408,68 zł. miesięcznie, co daje kwotę 40 904,16 zł. przez okres 12 miesięcy tj. przez cały okres realizacji kontraktu. Nawet jeśli przyjąć, że wykonawca całkowicie zrezygnuje z zysku (co deklaruje w wyjaśnieniach, a co wydaje się mało prawdopodobne, gdyż założeniem każdego przedsiębiorcy jest to, że osiąga zysk z prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej), to i tak kwota wypracowanego zysku nie pokryje zobowiązań wykonawcy w związku z koniecznością opłacenia urlopów wypoczynkowych swoich pracowników.

Kolejnym elementem, na który winien był zwrócić uwagę zamawiający, oceniając sposób w jaki kalkuluje swoje koszty wykonawca S. Security, jest kwestia obowiązkowego doliczenia podatku od towarów i usługi w wysokości 23% do ceny zaoferowanej usługi. Z treści wyjaśnień wynika, że wykonawca utożsamia koszty brutto wynagrodzenia pracowników z kosztami brutto realizacji zamówienia. Kalkulacja zakłada bowiem, że koszty brutto wynagrodzenia pracowników wraz z zyskiem stanowią cenę oferty brutto. Z kolei prawidłowo sporządzona kalkulacja winna być zaprezentowana w taki sposób, aby koszty brutto wynagrodzenia pracowników, powiększone o wypracowany przez wykonawcę zysk stanowiły cenę oferty netto. Dopiero do tej kwoty należy doliczyć obowiązkowy podatek od towarów i usług, który w tym przypadku wynosi 23%. Również na tą okoliczność zamawiający nie zwrócił uwagi i pomimo, że stanowiła ona treść zarzutu odwołującego - zamawiający nie odniósł się do przedmiotowej kwestii ani w złożonym piśmie procesowym, ani na rozprawie.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia wykonawcy S. Security, w rezultacie czego zaniechał odrzucenia jego oferty pomimo, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U., poz. 2437).

Przewodniczący : .....