Sygn. akt: KIO 3594/21

WYROK

z dnia 28 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Agencja Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Teatr Muzyczny w Łodzi

przy udziale:

A. wykonawcy Atos Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane

Biuro Ochrony Magnum J. S. w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Agencję Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi 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 odwołującego Agencji Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wnoszącego sprzeciw z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 3594/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający 1 znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca Agencja Ochrony Eskort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. w Łodzi (dalej jako „Przystępujący") i zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy:

   a) wykonawca złożył nierzetelne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów

   uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do 1

   b) przedmiotu zamówienia i tym samym należy uznać, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie,

   c) wykonawca zaniżył koszty wynagrodzeń w zakresie godzin nocnych pracowników (dodatek za pracę w godzinach nocnych, koszty składek na US, wynagrodzenie urlopowe), a przy kalkulacji ceny nie uwzględnił kosztów wynagrodzenia chorobowego.

   d) cena oferty oraz koszty oferty były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się: wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, które to oferta zawierała rażąco niską cenę oraz rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Przystępującego i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż odrzucenie oferty Przystępującego uzasadnione jest zaniżeniem przez wykonawcę kalkulacji stawki jednej roboczogodziny pracownika ochrony. Pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek wynoszący 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę (art. 151^8 kodeksu pracy). Z wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego wynika, że wartość dodatku za pracę w godzinach nocnych była liczona jako 7% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia. W związku z powyższym dodatek w kwocie 201,47 zł za pracę w godzinach nocnych jest wartością zaniżoną. Dodatek w wysokości 20% wynosiłby 610 zł, a nie 201,47 zł. Powyższe powoduje też, że zaniżony jest koszt opłat na ZUS oraz zastępstwa urlopowego. W przypadku wyliczenia dodatku na poziomie 20% stawki godzinowej wynikającej z wynagrodzenia minimalnego koszt składek na ZUS za godziny nocne wyniósłby 660 zł, a nie 549,16 zł. Natomiast koszt zastępstw urlopowych powinien wynieść w zakresie godzin nocnych 440 zł, a nie 388 zł jak wskazano w wyjaśnieniach. Przy założeniach wskazanych przez wykonawcę koszt roboczogodziny powinien więc wynieść: 24,86 zł {23,24x2+28,10}:3= 24,86zł. Ilość roboczogodzin w okresie zamówienia: 38 544 Miesięczne dofinansowanie z PUP : 1300 zł. Łącznie dofinansowanie w skali 10 miesięcy : 1300 x 10= 1300 zł Wpływ dofinansowania na stawkę: 24,86 zł x 38544 = 958203,84. 958 203,84 zł - 13000 zł = 945 203,84 zł. 945203,84 zł/38 544 = 24,52 zł. Stawka za roboczogodzinę pracy według założeń Wykonawcy przy 20% dodatku za pracę w nocy z uwzględnieniem dofinansowania z PUP wyniosłaby więc 24,52 zł. Koszt stawki za roboczogodzinę wynoszący 24,52 zł przewyższa więc stawkę wskazaną w ofercie tj. wynoszącą 23,47 zł. Z wyjaśnień ceny wynika więc, że Wykonawca zakładał wykonanie usługi ze stratą.

Odwołujący podniósł ponadto, że jednocześnie wykonawca wskazał, że w kosztach nie uwzględnił kosztów wynagrodzenia chorobowego. Jednakże w 2019 r. tj. przed pandemią

pracownicy przebywali na zwolnieniach lekarskich rocznie średnio 11,99 dnia co wynika z raportu ZUS (Str. 34). Ponadto wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że zamierza zatrudniać pracowników w wieku ponad 50 lat. Nie było więc żadnych podstaw do kalkulowania kosztów wynagrodzeń bez ani jednego dnia chorobowego. Powyższe powoduje, że wystąpienie rażąco niskiej ceny jest oczywiście uzasadnione. Wykonawca przyznał bowiem, że nie ujął części kosztów (wynagrodzenie chorobowe) w kalkulacji. Nie ma możliwości, żeby wykonawca nie poniósł jakichkolwiek kosztów wynagrodzenia chorobowego, a pracownicy nie przebywali na zwolnieniu lekarskim w ciągu całego roku. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że przysługuje mu dofinansowanie z UP na pracownika. Jednakże wskazany pracownik powinien być kwalifikowanym pracownikiem ochrony. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających uprawnienia wskazanego pracownika tj. np. dowodu potwierdzającego wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Wykonawca nie poparł więc swoich wyjaśnień dowodami.

Odwołujący wskazał, iż ceny składowe lub ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełniania przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji (KIO 488/18 - wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r.). Badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty (wyrok KIO z 7 grudnia 2017 r., KIO 2473/17). Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia prowadzi do bowiem do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. W przepisie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych wskazano, że podstawą odrzucenia oferty może być przypadek, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty może więc być zaniżenie kosztu wynagrodzeń pracowników (dodatek za godziny nocne, składki ZUS, wynagrodzenie urlopowe) lub pominięcie pewnych składników cenotwórczych takich jak koszt wynagrodzeń chorobowych. W związku z zaniżeniem przez wykonawcę kosztów wynagrodzeń oraz pominięciem w kalkulacji kosztu wynagrodzeń chorobowych rażąco niska jest cała cena oferty. Wykonawca nie ma bowiem możliwości wykonania zamówienia z uwzględnieniem kosztów wynagrodzeń w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach ceny oraz bez ponoszenia kosztów wynagrodzeń chorobowych. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, że rażąco niska jest zarówno całościowa cena wskazana w ofercie jak i istotna część składowa ceny tj. koszt w postaci wynagrodzeń pracowników mających wykonywać usługę. Natomiast koszt wynagrodzenia chorobowego nie został uwzględniony w kalkulacji (Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 109/20).

Podniósł, iż celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (KIO 2494/19 - wyrok KIO z dnia 23-12-2019). Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty. Jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku prawidłowego wyliczenia dodatku za pracę w nocy stawka godzinowa wykonawcy wyniosłaby 24,52 zł tj. przewyższałaby stawką wskazaną w ofercie. Zauważył, że stawka 24,52 zł i tak była stawką zaniżoną, ponieważ nie zawierała wynagrodzenia chorobowego. Na rażąco niską cenę wskazują zdaniem Odwołującego następujące okoliczności: 1.Stawka za roboczogodzinę wskazana przez

Wykonawcę nie pokrywa kosztów pracy przy założeniu 20% dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych. Stawka wskazana przez Wykonawcę nie zapewnia więc zysku lecz zakłada poniesienie straty (wyrok KIO z 2 października 2018 r., KIO 1873/18). 2.Jeżeli w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Wykonawca przedstawił wyjaśnienia zawierające szereg nieścisłości, to wyjaśnienia te należy określić mianem nierzetelnych. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Za nieścisłości należy uznać błędne wyliczenia kosztów wynikających z pracy w nocy w związku z zaniżeniem kosztu dodatku za pracę w nocy (wyrok KIO z 1 czerwca 2021 r.). 3.Procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nieuwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych (wyrok KIO 3 września 2018 r., KIO 1589/18). Przykładem czynnika cenotwórczego pominiętego przez Wykonawcę są koszty wynagrodzeń chorobowych. Natomiast wskazana stawka za roboczogodzinę w zakresie godzin nocnych była skalkulowana nieprawidłowo i tym samym należy ją uznać za nierealną. Jako dowód Odwołujący załączył wydruk ze strony

-absencja chorobowa w 2019 r. - raport ZUS. Odwołujący podniósł, iż wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Natomiast powyższe nie zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia nie mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. (KIO 292/21). W związku z powyższym Przystępujący powinien był wykazać, że pracownik, na którego przysługuje mu dofinansowanie z PUP posiada wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Jednakże Wykonawca nie przedstawił dowodu potwierdzającego wpis i uprawnienia wskazanego pracownika.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Atos Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawcę J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Przystępujący Magnum na posiedzeniu w dniu 23 grudnia 2021 r. złożył pisemne oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec ww. czynności Zamawiającego i przedstawił stanowisko procesowe.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego Magnum wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwanie i wyjaśnienia Przystępującego Magnum w zakresie ceny oferty, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów w postaci załączonego do odwołania wydruku raportu ZUS dotyczącego absencji chorobowej w 2019 r., załączonego do pisma Przystępującego Magnum wydruku z kalkulatora kosztów płacowych - roboczogodziny pracy pracownika ochrony rok 2022 opracowanego przez Polski Związek Pracodawców Ochrona oraz

złożonego przez Przystępującego Magnum na rozprawie zaświadczenia o posiadaniu uprawnień kwalifikowanego pracownika ochrony, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów i wskazane przez wnioskujących.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot postępowania obejmuje całodobową ochronę obiektu, urządzeń oraz osób i mienia znajdującego się w obiekcie Teatru Muzycznego w Łodzi przy ul. Północnej 47/51, realizowaną poprzez stałą całodobową i bezpośrednią ochronę fizyczną, w systemie zmianowym (na każdej zmianie nie może być mniej niż 2 pracowników), w dni robocze,

świąteczne i dni ustawowo wolne od pracy przez kwalifikowanych jednolicie umundurowanych pracowników ochrony fizycznej. Usługa polega na realizacji w formie stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej obiektu, urządzeń oraz osób, mienia wraz z monitoringiem obiektu oraz obsługą recepcyjną, patrolowaniem terenu wokół budynku i utrzymaniu porządku na terenie chronionym wraz ze stałym 24 godzinnym dozorem sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach alarmowych zainstalowanych w budynku Teatru - dotyczących instalacji antywłamaniowej oraz Systemu Sygnalizacji Pożarowej, Systemu transmisji alarmu pożarowego do Państwowej Straży Pożarnej tzw. monitoringu pożarowego oraz Dźwiękowego Systemu Ostrzegawczego. Zamówienie obejmuje również doraźną ochronę osób i mienia podczas wydarzeń (koncertów, spektakli, spotkań i innych wydarzeń) odbywających się w Obiekcie zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż wymaga świadczenia ochrony jedynie przez kwalifikowanych pracowników ochrony. Zamawiający nie wyraził zgody na wykonywanie zamówienia przez osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności. Zamawiający wymagał także zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób świadczących usługi ochrony przedmiotu zamówienia. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone w Załączniku nr 1 do SWZ - Wzór umowy. Termin realizacji zamówienia określono na 24 miesiące od dnia zawarcia umowy.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty: Przystępującego Magnum z ceną 1 112 692,05 zł, konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o.o. i Maxus Sp. z o.o. z ceną 1 130 233,42 zł, Odwołującego z ceną 1 189 968,91 zł oraz Przystępującego Atos z ceną 1 296 639,43 zł. Zamawiający wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę: 925 056,00 zł (24,00 PLN/godz.)

Zamawiający wezwał ww. wykonawców, za wyjątkiem Przystępującego Atos, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W szczególności w dniu 26 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Magnum na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia, o których mowa powyżej muszą dotyczyć w szczególności: -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.

Przystępujący Magnum w odpowiedzi złożył wyjaśnienia, przedstawiając szczegółową kalkulację cenową dotycząca przedmiotowego zamówienia. Wskazał na czas trwania zamówienia od 01.01.2022 do 31.12.2023 tj. 24 miesięcy. Wskazał, iż ofertę skalkulowano w oparciu o minimalne stawki wynagrodzenia za pracę w 2022 roku. W 2022 roku stawka godzinowa obejmująca tylko godziny dzienne wynosi 23,24 zł. Składowe wynagrodzenia zawarto w tabeli: minimalne wynagrodzenie: 3 010,00, składki ZUS pracodawcy: 514,71, koszty zastępstw urlopowych 363,66. Podstawowy koszt zatrudnienia pracownika na umowę o pracę: 3 888,37. W 2022 roku stawka godzinowa obejmująca tylko godziny nocne wynosi 24,79 zł. Składowe wynagrodzenia zawarto w tabeli: minimalne wynagrodzenie: 3 010,00, dodatek za pracę w porze nocnej: 201,47 zł, składki ZUS pracodawcy: 549,16, koszty zastępstw urlopowych 388,00. Podstawowy koszt zatrudnienia pracownika na umowę o pracę: 4 148,63. Uśredniona stawka obejmująca godziny nocne i dzienne wynosi: {(23,24*2)+24,79}/3=23,76 zł. Ilość roboczogodzin w okresie zamówienia: 38 544. Dalej wyjaśniono, iż ofertę skalkulowano w oparciu o dofinansowanie z Urzędu Pracy dla pracownika 50 roku życia. Miesięczne dofinansowanie z PUP: 1 300 zł. Łącznie dofinansowanie w skali 10 miesięcy: 1 300 x 10 = 13 000 zł Wpływ dofinansowania na

stawkę: 23,76 zł *38 544 = 915 805,44 zł. 915 805,44 zł - 13 000 zł = 902 805,44 zł 902 805,44 /38 544 = 23,42 zł 23,76 zł - 23,42 zł = 0,34 zł. Kalkulując ostateczną cenę do oferty uwzględniono 0,29 zł z dofinansowania z PUP. Pozostała część traktowana jest jako zysk firmy. Ceny do oferty: 23,47 zł

Wykonawca wskazał ponadto, że do wykonania zamówienia na świadczenie usług ochrony Teatru Muzycznego w Lodzi. przede wszystkim skierowane będą osoby/ doświadczeni pracownicy, powyżej 60 (dla mężczyzn) i 55 (dla kobiet) roku życia oraz osoby skierowane; na podstawie stosownych umów, do naszej firmy przez Urząd Pracy z dofinansowaniem wynagrodzenia i inne, od których przysługuje zwolnienie z opłacania składem na Fundusz Pracy i Fundusz GŚP (ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1409, z późn. zm. oraz Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 7, z późn. zm..)). Dodatkowo, z uwagi na brak „wypadkowości przy pracy" firma Magnum posiada stosowne decyzje ZUS uprawniające do obniżenia składki wypadkowej do poziomu 0,84 % (skan decyzji ZUS w załączeniu). Kalkulacja cenowa nie uwzględnia ponadto wynagrodzenia chorobowego, gdyż jest to koszt stanowiący ryzyko przedsiębiorcy. W załączeniu przesłano umowę o dofinansowanie wynagrodzenia za zatrudnienie skierowanego bezrobotnego powyżej 50. roku życia, skierowanie do pracodawcy wydane przez Powiatowy Urząd Pracy w Lodzi, umowę o pracę z pracownikiem ochrony zatrudnionym w ramach dofinansowania (dokumenty te objęto tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego Magnum.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Magnum jako zawierającej rażąco niską cenę nie zostały wykazana.

Przywołując brzmienie powyższych przepisów należy wskazać, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ust. 6 tego przepisu stanowi zaś, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Art. 16 pkt1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z kolei zgodnie z art. 239 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust.2).

Zgodzić należy się z wywodem prawnym przywołanym przez Odwołującego, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe ma istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również

wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert.

Natomiast dokonując oceny prawidłowości działania zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Ceną rażąco niską jest bowiem cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy.

W ramach uwag natury ogólnej dodać należy, że postępowanie odwoławcze ma ściśle zakreślone granice, wyznaczane przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wyczerpujące i wykazujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości Izby, że Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia. Tak zakreślone podstawy faktyczne zarzutów odwołania stają się następnie punktem odniesienia dla weryfikacji wyjaśnień przedstawionych przez konkurencyjnego wykonawcę, przy czym ciężar wykazania ich bezzasadności spoczywał będzie w postępowaniu odwoławczym co do zasady na uczestniku postepowania, który złożył ofertę podlegającą ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na względzie Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego Magnum wyłącznie pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Izba zweryfikowała, iż Przystępujący Magnum udzielając wyjaśnień dotyczących ceny oferty przedstawił informacje w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w treści wezwania, wezwanie to miało bowiem charakter ogólny i wskazywało na obowiązek wyjaśnienia przede wszystkich przyjętych kosztów pracy i ich zgodności z obowiązującymi przepisami prawa pracy. Takie wyjaśnienie Przystępujący Magnum złożył, przedstawiając szczegółową kalkulację ceny ofertowej z rozbiciem na przyjęte koszty wynagrodzenia pracowników z uwzględnieniem należności publicznoprawnych i wskazaniem pełnych kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem. Ponadto Przystępujący załączył do wyjaśnień dowody potwierdzające możliwość obniżenia tych kosztów z uwagi na fakt otrzymywania dofinansowania na zatrudnienie osoby bezrobotnej z Urzędu Pracy na potrzeby realizacji zamówienia (umowę zawartą z Urzędem Pracy, skierowanie do pracodawcy wydane przez Urząd Pracy i umowę o pracę zawartą z pracownikiem ochrony zatrudnionym w ramach dofinansowania). Elementy cenotwórcze zostały w wyjaśnieniach omówione, podobnie jak okoliczności sprzyjające wykonawcy pozwalające na obniżenie ceny, a realność założeń przyjętych przez Przystępującego Magnum w powyższym zakresie znalazła odzwierciedlenie w załączonych do wyjaśnień dowodach. Tym samym za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, że Przystępujący Magnum złożył nierzetelne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Za niewykazane Izba uznała także twierdzenia, że Przystępujący Magnum zaniżył koszty wynagrodzeń w zakresie godzin nocnych pracowników (dodatek za pracę w godzinach nocnych, koszty składek na US, wynagrodzenie urlopowe). Teza Odwołującego

została oparta na stwierdzeniu, że Przystępujący Magnum nie uwzględnił dodatku za pracę w porze nocnej na wymaganym poziomie 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia, lecz na poziomie 7% tej stawki. Oczywiście rację ma Odwołujący, że dodatek ten powinien zostać uwzględniony na poziomie 20%, zgodnie bowiem z art. 151^8 § 1 Kodeksu Pracy pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. Niemniej Odwołujący nie podważył prawidłowości wyliczeń dokonanych w tym zakresie przez Przystępującego Magnum. Przystępujący Magnum poparł własne obliczenia, także w zakresie dodatku za pracę w porze nocnej, wyliczeniami dokonanymi z użyciem narzędzia w postaci kalkulatora ceny usług ochrony opracowanego przez Polski Związek Pracowników Ochrona i Izba nie znalazła podstaw, aby podważyć ich

wiarygodność - poziom ustalonej wysokości dodatku za pracę w porze nocnej przez Przystępującego Magnum (201,47 zł) był zgodny z poziomem ustalonym przez Polski Związek Pracowników Ochrona (201,47 zł). Co więcej, był on zgodny z poziomem przewidzianym przez samego Odwołującego, który również założył kwotę 202 zł.

W odwołaniu w ogóle nie wyjaśniono dlaczego kwota ta powinna być aż trzykrotnie wyższa (610 zł) i w jaki sposób Odwołujący dokonał takich obliczeń. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Odwołującego podczas rozprawy po pierwsze jest argumentacją spóźnioną, a po drugie została ona oparta jedynie o niczym nie popartą tezę, że inny sposób przedstawienia kalkulacji ceny miałby uzasadniać błędne wyliczenie wysokości dodatku za pracę w porze nocnej. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dalszych twierdzeń czy dowodów, które wykazywałyby zasadność takiego stanowiska. Odwołujący nie odparł też twierdzeń Przystępującego Magnum, że przy założeniu kwoty dodatku z pracę w porze nocnej na poziomie wskazywanym przez Odwołującego liczba godzin pracy musiałaby być trzykrotnie wyższa. Przystępujący podkreślił, że w normie 167.33 przyjęto 56 godzin i jest to wartość właściwa. Izba stwierdziła, że jest to zgodne także z założeniami co do liczby godzin, jakie przyjął Odwołujący (w poz. 2 kalkulacji kosztów pracownika za rok 2022 zawartej w wyjaśnieniach ceny oferty Odwołujący wskazał: „dodatek za godziny nocne (56godz) 202,00 zł"). Tym samym Izba nie uznała stanowiska Odwołującego za wykazane. W konsekwencji za bezzasadne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego o zaniżeniu przez Przystępującego wysokości opłat publicznoprawnych i zastępstwa urlopowego w ustalonych kosztach wynagrodzenia w zakresie godzin nocnych pracowników.

Odnosząc się do argumentacji odwołania dotyczącej uwzględnienia kosztów wynagrodzenia chorobowego pracowników Izba zgodziła się z Przystępującym Magnum, iż co do zasady jest to jest to pewien element ryzyka wykonawcy, oparty na prowadzonej obserwacji absencji pracowników, niemożliwy do jednoznacznego przewidzenia. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Przystępującego, iż ustalając to ryzyko oparł się on na danych dotyczących absencji w zakresie usługi realizowanej dla Zamawiającego w okresie ostatnich dwóch lat (poziom absencji wynosił zero) oraz na danych o znikomym stopniu zachorowalności w jego przedsiębiorstwie. Trudno uznać tak poczynione założenia za błędne, skoro sam Odwołujący bazował na średniej zachorowalności pracowników w jego przedsiębiorstwie przyjmując w tym zakresie absencję na poziomie 5 dni. Jednocześnie Odwołujący nie wyjaśnił, jaki przyjęty w ofercie poziom absencji byłby jego zdaniem odpowiedni w realiach przedmiotowego zamówienia i dlaczego, a jedynie poprzestał na stwierdzeniu, że jakiś poziom tych kosztów należy uwzględnić w cenie oferty. Odwołujący nie odparł także twierdzeń Przystępującego, iż nie jest to istotny czynnik cenotwórczy, gdyż w oparciu o ofertę Odwołującego stanowi on jedynie ok. 0,6% ceny całkowitej.

Za niczym nieuzasadniony Izba uznała wywód Odwołującego, jakoby Przystępujący Magnum był zobowiązany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączyć dokument potwierdzający, że osoba, na zatrudnienie której Przystępujący Magnum otrzymuje dofinansowanie z Urzędu Pracy, jest kwalifikowanym pracownikiem ochrony. Zamawiający wymagał świadczenia ochrony jedynie przez kwalifikowanych pracowników ochrony, niemniej dokumenty potwierdzające posiadanie takich uprawnień wykonawca zobowiązany będzie przedstawić dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (jak wskazano w załączniku nr 5 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia „Zamawiający wymaga świadczenia ochrony jedynie przez kwalifikowanych pracowników ochrony, co będzie weryfikowane przed przystąpieniem pracownika do świadczenia pracy".) Zamawiający nie wymagał złożenia tego rodzaju dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na potrzeby badania i oceny ofert. Do wyjaśnień w zakresie ceny oferty należało zaś dołączyć dowody potwierdzające wiarygodność przyjętego poziomu kosztów pracowniczych i takie dokumenty Przystępujący Magnum załączył, wykazując możliwość obniżenia kosztów pracowniczych z uwagi na otrzymywane dofinansowanie na zatrudnienie pracownika z Urzędu Pracy. Niezależnie od tego Przystępujący na rozprawie złożył zaświadczenie potwierdzające, że osoba, na zatrudnienie której otrzymał dofinansowanie,

jest kwalifikowanym pracownikiem ochrony (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....