Sygn. akt: KIO 3201/21

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2021 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Raven J.M. K. spółka jawna z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky One sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione 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 z późn. 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 3201/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Usługa ochrony mienia, budynków i posesji w podziale na części", nr postępowania: O.WR.D-3.2413.32.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2021 r., za numerem 2021/S 139-370322.

W dniu 29 października 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) wyboru oferty Wykonawcy Raven J.M. K. spółka jawna z siedzibą w Zielonej Górze, jako najkorzystniejszej w części I oraz III - dalej Przystępujący Raven,

2) wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky One sp. z o.o.z siedzibą w Mysłowicach w części V, VI, VII, VIII - dalej Przystępujący Time,

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Raven w części I oraz III, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań zawartych w dokumentacji

przetargowej,

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Time w części I, III, V, VI, VII, VIII, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań zawartych w dokumentacji

przetargowej,

5) zaniechania czynności badania i oceny ofert z pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu w części I, III, V, VI, VII, VIII.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku

z art. 224 ust. 6 ustawy pzp. - Dotyczy części I, III, V, VI, VII, VIII.

2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Raven w części I i III oraz Time w części V, VI, VII, VIII.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Raven w części I i III jako oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty Time w części V, VI, VII, VIII jako oferty najkorzystniejszej,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części I, III, V, VI, VII, VIII,

4) odrzucenie oferty Wykonawcy Raven w części I i III,

5) odrzucenie oferty Wykonawcy Time w części I, III, V, VI, VII, VIII.

oraz o zobowiązania Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty dot. części I i III i oferty Raven wskazał, że w treści wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu w kalkulacji kosztów pracy, Wykonawca Raven pominął ważne części składowe stanowiące elementy wynagrodzenia wynikające ze stosunku pracy (czyli umowy o pracę), której na podstawie odrębnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019, Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu. Zawarty w postępowaniu wymóg zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji zadań na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy o pracę, wynika z art. 95 pkt ustawy pzp. Powyższy przepis ma na celu zabezpieczenie interesu pracowników wykonujących pracę na rzecz podmiotów publicznych, co zostało uregulowane już w uchwalonej w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawie o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Zmiana ta, miała uchronić Pracowników przed nieuczciwymi działaniami Wykonawców realizujących zadania na rzecz Instytucji podlegających budżetowi Państwa, których Instytucje wybierają w ramach zamówień publicznych. Elementy wynagrodzenia pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, to niedające się pominąć świadczenia nabywane w trakcie realizacji zadań na rzecz Pracodawcy, a wynikające wprost z wymogu zatrudnienia Pracowników na umowę o pracę określonych w SIWZ przez Zamawiającego na podstawie art. 95 ustawy pzp. Oznacza to, że

należne pracownikowi świadczenie urlopowe, chorobowe i inne określone w Kodeksie Pracy elementy związane z realizacją zadań na rzecz Zamawiającego są nieodłącznym elementem wynagrodzeń pracowników, co wynika wprost z art. 92 KP w przypadku wynagrodzenia chorobowego oraz art. 152 - 173 w przypadku wynagrodzenia urlopowego. Dodatkowo, w przypadku osób niepełnosprawnych, na podstawie 19 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2018, Poz. 511 z późn. zm.) osobom z orzeczeniem o niepełnosprawności przysługuje dodatkowe 10 dni urlopu, co zawarte jest w art. 19 powyższej ustawy.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Raven, pominął te elementy w kalkulacji kosztów pracy, stanowiącej fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny przesłanych na wezwanie Zamawiającego. Oznacza to jawne pominięcie części kosztów pracy, o które Zamawiający wprost pyta w wezwaniu w punkcie 1, a na które odpowiedzi nie otrzymuje. Nieuwzględnienie kosztów urlopu i chorobowego, które wynikają z Kodeksu Pracy, stanowi naruszenie art. 224. pkt 3. ppkt.4 i ppkt. 6. ustawy pzp, w którym Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień, które w szczególności dotyczą pkt. 4: tj. „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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie” oraz pkt. 6. „zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”. Na podstawie powyższego w ocenie Odwołującego należy uznać, że Wykonawca nie dostosował się do zasady, że wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Odwołujący podkreślił, że Wykonawca powinien od samego początku użyć wszystkich argumentów, którymi dysponuje, a jednocześnie przedstawić dowody. Brak dowodów oznacza, że wyjaśnienia są niekompletne. Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że więcej niż jednokrotne wzywanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień to absolutny wyjątek mogący mieć miejsce wtedy, gdy złożone wyjaśnienia poskutkowały nowymi wątpliwościami Zamawiającego do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny.

Brak ważnych elementów wynagrodzeń w kalkulacji, to w opinii Odwołującego

wyjaśnienie niekompletne. Odwołujący wskazał również, że koszty urlopu dla wszystkich pracodawców wyliczane są w taki sam sposób na podstawie zasad określonych w odpowiednich ustawach. W związku z tym, przedstawił symulację kosztów urlopowych dla pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności, którym przysługuje dodatkowe 10 dni urlopu. Założenia: Pracownik zatrudniony na pełen etat za minimalną płacę ustawową zgodnie z deklaracją Pracodawcy. Pracownik posiadający orzeczenie o niepełnosprawności kwalifikujące go do otrzymania dodatkowego urlopu w liczbie 10 dni. Łączny urlop przysługujący pracownikowi przez cały rok 288 godzin. (36 dni x 8h = 288h) Poniżej na podstawie obowiązujących przepisów wyliczony został koszt urlopu, który uwzględnia

LP	PRACOWNIK STAWKA ** CZAS PRACY	EL. WYPŁATY	WARTOŚĆ OPOD.	WARTOŚĆ NIEOPOD.	SKŁADKI ZUS SKŁADKI PPK UBEZPIECZ.	SKŁADKI ZUS SKŁADKI PPK PŁATNIK	ZAL. POD. ZDR. ODLICZONE ZDR. OD NETTO KOSZTY ULGA ZAN. POD.	DO WYPŁATY
1	GALL ANONIM [11111111111] 2 800,00 PLN / mies. Urlopy 288.00 Nadgodziny: Nadgodziny 00:00 5°, , . 00:00 Nadgodziny 00:00 100: Nocne:	wynagr.url. Podsumowanie:	5 105,45 5 105,45	0,0(	E 498,21 R 76,58 C 125 08 699,98 PPK P 0,00 PPK D 0,00 0,00	E 498,29 R 331,85 W 47,48 FP* 0,00 FGŚP* 0,00 FEP 0,00 877,62 PPK P 0,00 PPK D 0,00 0,00	Zal. 321,00 Zdr. 341,43 55,07 250,00 K 43,76 U Zan.	razem 3 688,00 GOT 0,00 ROR 3 688,00 (podpis)

powyższe założenia oraz koszty określone przepisami w tym niezbędnymi składkami na ubezpieczenie pracownika. Pełen koszt pracodawcy za rok urlopu jednej osoby niepełnosprawnej wynosi 5.105,45 zł, co w przeliczeniu na miesiąc podwyższa koszty realizacji zamówienia o 425,45 zł za każdego pracownika. (5.105,45 / 12 = 425,45).

PODSUMOWANIE:

	EL. OPOD.	EL. NIEOPOD.
Wynagrodzenia	5 105,45	0,00
Zasiłki ZUS	0,00	0,00

SUMA SKŁADEK				ZAL. POD., ZDROW. KOSZTY, ULGA, ZANIECH. POD.	SUMA WYPŁAT	
		E	498,29			
		R	331,85			
	498,2	W	47,48			
	9	FP*	0,00			
E	76,5	FGŚP	0,00			
R	8	*		Zal.		
C	125,0		0,00	Zdr.		
	8					
				321,00		
		FEP		341,43		
	699,95		877,62	K 55,07		3 688,00
	0,00		0,00	U 250,00	Razem: GOT:	0,00

PPK P		PPK P		Zan. 43,76	ROR:	3 688,00
PPK D	0,00	PPK D	0,00			
	0,00		0,00			

Powyższa kalkulacja oznacza, że w przypadku części I, Rejon Głogów Obwód utrzymania drogi Drożów przy DK 12 i S3 koszty miesięczne wzrosną o wartość urlopów x liczba osób, czyli 425,45 x 5 = 2.127,25 zł. Oznacza to, że po uwzględnieniu marży miesięcznej przedstawionej przez Wykonawcę, osiąga on stratę w wysokości 946,36 zł (1.180,89 - 2,127,25 = - 946,36 zł). W przypadku drugiego obiektu części I, Rejon Głogów obwód drogowy Lubin II przy DK 3 koszty miesięczne wzrosną o wartość urlopów x liczba osób, czyli 425,45 x 5 = 2.127,25 zł. Oznacza to, że po uwzględnieniu marży miesięcznej przedstawionej przez Wykonawcę, osiąga on stratę w wysokości 529,74 zł (1.597,51 - 2,127,25 = - 529,74 zł). Łącznie miesięczna strata Wykonawcy w części I po uwzględnieniu brakujących urlopów wynosi 1.476,10 zł Dla części III, Rejon Legnica Siedziba Rejonu i Obwodu drogowego koszty miesięczne wzrosną o wartość urlopu x liczba osób, czyli 425,45 x 4 = 1.701,80 zł. Oznacza to, że po uwzględnieniu marży miesięcznej przedstawionej przez Wykonawcę, osiąga on stratę w wysokości 593,28 zł (1.108,52 - 1701,80 = - 593,28 zł). W przypadku drugiego obiektu, Obwód drogowy Nowa Wieś Legnica koszty miesięczne wzrosną o wartość urlopów x liczba osób, czyli 425,45 x 5 = 2.127,25 zł. Oznacza to, że po uwzględnieniu marży miesięcznej przedstawionej przez Wykonawcę, osiąga on stratę w wysokości 563,12 zł (1.564,13 - 2.127,25 = - 563,12 zł). W przypadku trzeciego obiektu, Obwód utrzymania drogi Jawor Północ przy S3 koszty miesięczne wzrosną o wartość urlopów x liczba osób, czyli 425,45 x 5 = 2.127,25 zł. Oznacza to, że po uwzględnieniu marży miesięcznej przedstawionej przez Wykonawcę, osiąga on stratę w wysokości 1.129,74 zł (997,51 - 2.127,25 = - 1.129,74 zł). Łącznie miesięczna strata Wykonawcy w części III po uwzględnieniu brakujących urlopów wynosi 2.286,14 zł.

Podsumowując, powyższe wyliczenia potwierdzają, że pominięcie kosztów samych urlopów, bez uwzględniania obowiązkowych kosztów wynagrodzenia chorobowego, przyniosła Wykonawcy korzyść w postaci wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przedstawione przez Odwołującego powyższe argumenty, jasno potwierdzają, że Raven, nie spełniała kryterium wyczerpujących wyjaśnień, a przypuszczenie Zamawiającego, że zaoferowana cena jest rażąco niska, niewystarczająca do zrealizowania usługi w sposób właściwy potwierdza się. W związku z czym oferta oferenta na podstawie art. 224 pkt. 6. ustawy pzp. powinna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących części I, III, V, VI, VII, VIII - oferty

Konsorcjum Firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky one sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że Wykonawca wybrany do realizacji zadań w części V, VI, VII i VIII oraz będący na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert w części I, III w treści wyjaśnień udzielonych

Zamawiającemu wpisał jedynie „kwotę kosztu pracodawcy jednego pracownika z uwzględnieniem godzin nocnych", nie popartej stosowną kalkulacją. Według oceny Odwołującego, wybrany wykonawca nie dostosował się do zasady, że wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.

Analizując podaną w tabeli kwotę ponownie można dojść do wniosku, że nie uwzględnia ona kosztów urlopów ani chorobowego. Ponadto, ze względu na utajnienie liczby osób skierowanej do realizacji zamówienia, Odwołujący nie jest w stanie oszacować, czy wybrany wykonawca prawidłowo obliczył liczbę godzin nocnych przypadających na jednego pracownika, w szczególności na obiektach gdzie występuję ochrona 16 godzin w dni robocze i 24 godziny w weekendy, w których liczba godzin nocnych stanowi średnio 240 rbh nocnych w miesiącu na 552 rbh łącznie (21 dni robocze x 16h) + (9 dni weekendów x 24h) = 552 rbh per obiekt = 1656 rbh za 3 obiekty w cz. V. Wartość ta jest inna od wartości obliczonej przez wybranego wykonawcę, który w wyjaśnieniach podał liczbę godzin 1632 rbh - niestosując się do Zaleceń Zamawiającego co do sposoby liczenia godzin i nie przedstawiając swojego wyliczenia w sposób jasny i zrozumiały.

Zupełnie niezrozumiałe i nieuzasadnione w piśmie, pozostaje liczba 139 godzin, która została wskazana w tabeli „Miesięczna ilość roboczogodzin 1 pracownika zatrudnionego na pełen etat po uwzględnieniu urlopów i rezerw chorobowych". Ponownie brak szczegółowej kalkulacji oraz liczby osób uniemożliwia poprawną weryfikację poprawności dokonanych obliczeń. Bez względu na to, udzielone wyjaśnienia nie pozwalają na dokładną analizę elementów składowych kosztów wynagrodzeń pracowników. Na podstawie powyższego

Odwołujący uznał, że Wykonawca nie dostosował się do zasady, że wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Odwołujący podkreślił, że wykonawca powinien od samego początku użyć wszystkich argumentów, którymi dysponuje, a jednocześnie przedstawić dowody. Brak dowodów oznacza, że wyjaśnienia są niekompletne. Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że więcej niż jednokrotne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień to absolutny wyjątek mogący mieć miejsce wtedy, gdy złożone wyjaśnienia poskutkowały nowymi wątpliwościami Zamawiającego do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny. Brak ważnych elementów wynagrodzeń w kalkulacji, to w opinii Odwołującego wyjaśnienie niekompletne. Taka sama sytuacja występuje we wszystkich pozostałych częściach, gdzie został wybrany lub gdzie zajmuje drugie miejsce w rankingu złożonych ofert Wykonawca Konsorcjum Firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky One sp. z o.o.

Przedstawione przez Odwołującego powyższe argumenty, jasno potwierdzają, że zarówno Wykonawca Raven w części I i III jak i Konsorcjum Firm: Time Security sp. z o.o. - oraz Sky One sp. z o.o. w części I, III, V, VI, VII, VIII, nie spełniają kryterium wyczerpujących wyjaśnień, a przypuszczenie Zamawiającego, że zaoferowana cena jest rażąco niska, niewystarczająca do zrealizowania usługi w sposób właściwy, potwierdza się.

W dniu 4 listopada 2021 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca Raven J.M. K. spółka jawna z siedzibą w Zielonej Górze wskazując, iż zarzuty odwołania w odniesieniu do oferty ww. Wykonawcy nie zasługują na uwzględnienie, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 5 listopada 2021 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky One sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach wskazując, iż zarzuty odwołania w odniesieniu do oferty ww. Wykonawców nie zasługują na uwzględnienie, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Zamawiający odpowiedzi na odwołanie nie złożył, a na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego oraz rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: Raven J.M. K. spółka jawna z siedzibą w Zielonej Górze oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Time Security sp. z o.o. oraz Sky One sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenia przystąpień wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 6.1. SWZ 6.1. Przedmiotem zamówienia jest: „Usługa ochrony mienia, budynków i posesji w podziale na części Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części: Część I Ochrona fizyczna całodobowa Rejon Głogów, Część II Ochrona fizyczna po godzinach pracy oraz w dni wolne: Rejon w Kłodzku, Część III Ochrona fizyczna mieszana Rejon Legnica, Część IV Ochrona fizyczna mieszana Rejon Lubań, Część V Ochrona fizyczna po godzinach pracy oraz w dni wolne Rejon Oleśnica, Część VI Ochrona fizyczna mieszana Rejon Wałbrzych, Część VII Ochrona fizyczna po godzinach pracy oraz w dni wolne Rejon Wołów, Część VIII Ochrona fizyczna całodobowa: Rejon Wrocław, Oddział Wrocław ul., Powstańców Śląskich, Oddział Wrocław Wydział Technologii Mokronos Dolny."

W myśl pkt 7 SWZ: „7. TERMIN REALIZACJI 7.1. Zamawiający wymaga, aby Usługa została zrealizowana w terminie od 30 listopada 2021 r. godz. 12:00 do 30 listopada 2024 r. godz. 12:00 (36 miesięcy)."

Zgodnie z pkt 17 SWZ: „17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV. 17.2. Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego. 17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. 17.4. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych. 17.5. Wszystkie skalkulowane koszty Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „Razem". Obliczoną w ten sposób „Cenę netto" należy powiększyć o VAT. Obliczoną w ten sposób „Ogółem brutto" należy następnie przenieść do Formularz Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW.17.7. Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego oraz cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 17.8. Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Tom II SWZ."

Izba ustaliła, że zgodnie z OPZ dla poszczególnych części zamówienia (I, III, V, VI, VII i VIII) Zamawiający co do zasady wymagał ochrony fizycznej 24h na dobę, przy czym w części III dla siedziby Rejonu i Obwodu Drogowego, części V, części VI dla siedziby Rejonu w Wałbrzychu i Obwód Drogowy, części VII ochrony fizycznej 16 godz. na dobę w dni robocze oraz 24 godz. na dobę w dni wolne. Ponadto, Zamawiający wymagał by pracownicy ochrony i pracownik obsługi klienta w siedzibie Oddziału, zatrudnieni byli na podstawie umowy o pracę. Zamawiający wskazał także, że za miesiąc kalendarzowy do cen jednostkowych należy przyjąć średnią ilość dni wynikającą z 12 miesięcy w skali roku tj. 365 dni lub 366 dni. Ponadto wskazał, że system zmianowy nie może być dłuższy niż 12 godzin, a poszczególne osoby nie mogą przekraczać 60 godzin służby w ciągu tygodnia liczonego jako 7 następujących po sobie dni. Zamawiający wymagał minimum 1 osoby na zmianie na obiekcie (część I: dwa obiekty, część III: trzy obiekty, części V: trzy obiekty, część VI: dwa obiekty, część VII: trzy obiekty, część VIII: pięć obiektów). W części VIII Zamawiający wymagał dodatkowo zatrudnienia pracownika obsługi kilenta (BOK).

Dnia 2 sierpnia 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 11: „Uprzejmie proszę o informację w

jakich godzinach odbywa się praca na posterunkach tam gdzie jest dyżur po 16h." Zamawiający odpowiedział: „Praca na posterunkach 16 godzin na dobę odbywa się w dni robocze tj. od godziny 15:00 do 7:00."

Ponadto Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia w części I wynosiła: 1 286 353,20 zł, a zgodnie z informacją z otwarcia ofert w części I złożono 13 ofert: oferta 2: 1 539 287,93 zł, oferta 3: 1 219 699,68 zł, oferta Raven: 905 618,10 zł, oferta 5: 1 433 278,07 zł, oferta 6: 1 188 259,11 zł, oferta 7: 1 164 625,11 zł, oferta 9: 1 099 029,60 zł, oferta Odwołującego: 1 061 200,31 zł, oferta 12: 1 213 272,00 zł, oferta Time: 994 945,03 zł, oferta 14: 1 264 282,00

zł, oferta 16: 1 228 067,72 zł i oferta 17: 1 155 682,32 zł.

Wartość szacunkowa w części III wynosiła: 1 769 987,67 zł, a w postępowaniu wpłynęło

w części III 16 ofert: oferta 2: 2 129 699,74 zł, oferta 3: 1 692 078,72 zł, oferta Raven: 1 254

503,60 zł, oferta 5: 1 993 667,15 zł, oferta 6: 1 612 805,13 zł, oferta 7: 1 612 312,73 zł, oferta 8: 1 579 279,41 zł, oferta 9: 1 562 371,09 zł, oferta 10: 1 836 335,88 zł, oferta Odwołującego: 1 470 023,38 zł, oferta 12: 1 699 466,40 zł, oferta Time: 1 329 243,09 zł, oferta 14: 1 666 167,84 zł, oferta 15: 1 998 586,66 zł, oferta 16: 1 700 982,99 zł i oferta 17: 1 655 525,58 zł.

Wartość szacunkowa w części V wynosiła: 1 450 903,41 zł, a w postępowaniu wpłynęło

w części V 14 ofert: oferta 2: 1 771 235,42 zł, oferta 3: 1 504 428,94 zł, oferta 5: 1 564 662,58 zł, oferta 7: 1 343 062,88 zł, oferta 8: 1 461 240,00 zł, oferta 9: 1 269 153,36 zł, oferta 10: 1 615 113,00, oferta Odwołującego: 1 226 469,21 zł, oferta 12: 1 478 509,20 zł, oferta Time: 1 094 782,26 zł, oferta 14: 1 437 860,16 zł, oferta 15: 1 590 174,50 zł, oferta 16: 1 418 745,81 zł i oferta 17: 1 487 946,15 zł.

Wartość szacunkowa w części VI wynosiła: 1 126 811,07 zł, a w postępowaniu wpłynęło

w części VI 15 ofert: oferta 2: 1 360 055,77 zł, oferta 3: 1 064 701,44 zł, oferta 5: 1 163 302,02 zł, oferta 6: 1 054 770,85 zł, oferta 7: 1 030 000,18 zł, oferta 8: 972 112,05 zł, oferta 9: 972 565,92 zł, oferta 10: 1 103 528,45 zł, oferta Odwołującego: 939 423,23 zł, oferta 12: 1 103 457,60 zł, oferta Time: 846 963,04 zł, oferta 14: 1 089 288,00 zł, oferta 15: 961 867,87 zł, oferta 16: 1 086 949,13 zł, oferta 17: 1 019 288,85 zł.

Wartość szacunkowa w części VII wynosiła: 1 450 903,41 zł, a w postępowaniu wpłynęło

w części VII 15 ofert: oferta 2: 1 771 235,42 zł, oferta 3: 1 504 428,94 zł, oferta 5: 1 486 243,14 zł, oferta 6: 1 411 525,96 zł, oferta 7: 1 343 062,88 zł, oferta 8: 1 461 240,00 zł, oferta 9: 1 269 153,36 zł, oferta 10: 1 619 983,80 zł, oferta Odwołującego: 1 226 469,21 zł, oferta 12: 1 478 509,20 zł, oferta Time: 1 096 982,09 zł, oferta 14: 1 437 860,16 zł, oferta 15: 1 590 174,50 zł, oferta 16: 1 418 745,81 zł, oferta 17: 1 338 102,63 zł.

Wartość szacunkowa w części VIII wynosiła: 3 363 497,61 zł, a w postępowaniu wpłynęło
w części VIII 14 ofert: oferta 2: 4 794 987,33 zł, oferta 3: 3 810 714,66 zł, oferta 5: 3 739 945,48 zł, oferta 7: 3 049 374,08 zł, oferta 8: 3 615 383,40 zł, oferta 9: 3 478 875,91 zł, oferta 10: 3 652 922,88, oferta Odwołującego: 3 036 828,67 zł, oferta 12: 3 448 526,40 zł, oferta

Time: 2 571 746,98 zł, oferta 14: 3 822 958,08 zł, oferta 15: 3 255 323,90 zł, oferta 16: 3 215 487,84 zł i oferta 17: 3 534 542,51 zł.

Izba ustaliła na podstawie protokołu badania rażąco niskiej ceny, że cena całkowita żadnej z ofert w części I, III, V, VI, VII oraz VIII nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Pismami z dnia 25 sierpnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz 187 ustawy pzp, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w

części I i III do Wykonawcy Raven wskazując: „W celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w SWZ, a cena oferty uwzględnia wszystkie związane z tym koszty oraz złożenie wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji oraz innych dowodów, odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający w szczególności prosi o wyjaśnienie nw. kwestii: 1) koszty zatrudnienia pracowników ochrony w oparciu o umowę o pracę z uwzględnieniem urlopów oraz zastępstw [część I]: dla 2

lokalizacji w ramach ochrony całodobowej (szacunkowy czas pracy na posterunku dla pracownika ochrony to 30 dni robocze w miesiącu * 24h) [część III] dla 3 lokalizacji. W ramach ochrony 16 godzin w tygodniu i całodobowo w weekendy i święta dla jednej lokalizacji oraz całodobowo tj. średnio 30 dni robocze w miesiącu * 24h dla dwóch lokalizacji zgodnie z formularzem cenowym 2) koszty związane z pracą koordynatora na obiektach 3)

koszty związane z uwzględnieniem ewentualnej rotacji pracowników 4) koszty związane z zapewnieniem sprzętu, materiałów do prawidłowego wykonania usługi: Umundurowanie tj. jedna koszula z krótkim rękawem i jedna koszula z długim rękawem w kolorze niebieskim z widocznym napisem „ochrona" , jedna bluza lub polar z długim rękawem, łączność- telefon komórkowy służbowy na każdym posterunku, wyposażenie dodatkowe niezbędne do wykonywania usługi 5) koszty związane z zakupem i obsługą systemu active guard 6) zakładany zysk Wykonawcy. Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę lub istotne składowe ceny, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku oraz zgodność 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) Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na cenę, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także w innych, które uważacie Państwo za istotne. Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją usług oraz zgodność 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 a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia musza być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanych w ofercie kwot, za które Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej."

Pismami z dnia 31 sierpnia 2021 r. Wykonawca Raven wskazał: „W odpowiedzi na pismo z dnia 25 sierpnia br. uprzejmie informuję, że cena zawarta w ofercie skalkulowana została w sposób prawidłowy, uwzględniający koszty przewidziane do poniesienia w zakresie realizacji umowy, a także z założeniem zysku dla wykonawcy zamówienia. Koszty związane z realizacją umowy obejmują w szczególności wynagrodzenia pracowników wraz ze składkami na ubezpieczenia społeczne ponoszonymi zarówno przez pracodawcę, jak i pracowników. Realizacja umowy wykonywana będzie wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, które otrzymają za pracę wynagrodzenie w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego w odpowiednich przepisach. [część I]: Ponadto planowane skierowanie do wykonania zamówienia 5 pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w przypadku OUW Drożów (dla zamówienia konieczne jest zatrudnienie 4,36 etatu) oraz 5 pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w przypadku OD Lubin II Południe (dla zamówienia konieczne jest zatrudnienie 4,36 etatu), pozwala uzyskać nadwyżkę do wykorzystania na zastępstwa urlopowe oraz ewentualne choroby. [część III]: Ponadto planowane skierowanie do wykonania zamówienia 4 pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w przypadku Siedziby Rejonu i OD Legnica (dla zamówienia konieczne jest zatrudnienie 3,34 etatu), 5 pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w przypadku OD Nowa Wieś Legnicka (dla zamówienia konieczne jest zatrudnienie 4,36 etatu) oraz 5 pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w przypadku OUD Jawor (dla zamówienia konieczne jest zatrudnienie 4,36 etatu), pozwala uzyskać nadwyżkę do wykorzystania na zastępstwa urlopowe oraz ewentualne choroby.

Jednocześnie informuję, że oferent jest pracodawcą posiadającym status zakładu pracy chronionej, zatrudnia osoby niepełnosprawne i uzyskuje zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych pomoc publiczną na zatrudnianie osób niepełnosprawnych w formie dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. Jednak w przypadku spółki nie występuje stan faktyczny, o którym

mowa w orzeczeniu KIO 267/15 w zakresie „rażąco niskiej ceny", gdyż kalkulacja kosztów sporządzona przez spółkę nie posiada charakteru hipotetycznego ani ogólnikowego, lecz jest realna, dokonana na podstawie rzeczywiście ponoszonych kosztów oraz szczegółowa, wykazująca koszty wynikające z zatrudnienia poszczególnych pracowników, wraz z kwotami pomocy publicznej należnej spółce w związku z zatrudnieniem konkretnych osób niepełnosprawnych, posiadających określone stopnie niepełnosprawności i rodzaje schorzeń, od których uzależniona jest wysokość pomocy publicznej. Przypadek, o którym mowa w przedmiotowym wyroku, nie dotyczy zatem spółki, co zostanie wykazane w dalszej części pisma w formie szczegółowej kalkulacji. Warto podkreślić, że wszyscy pracownicy Oferenta, bez względu na rodzaj i stopień niepełnosprawności, podlegają przepisom ogólnym o bezpieczeństwie i higienie pracy, w tym podlegają obowiązkowym badaniom lekarskim wykonywanym przez lekarza medycyny pracy, na podstawie których mogą zostać dopuszczeni do pracy. Dlatego też w każdym przypadku dopuszczenia pracownika niepełnosprawnego do pracy, bezwzględnym wymogiem jest uzyskanie uprzedniego zaświadczenia lekarskiego wydanego przez lekarza medycyny pracy o zdolności danej

osoby do wykonywania określonych czynności - zgodnych z wymaganiami zawartymi w SWZ. Powyższy wymóg jest u Oferenta spełniony w odniesieniu do każdej zatrudnionej osoby. Osoba nie posiadająca ważnego orzeczenia lekarskiego o potwierdzeniu zdolności do pracy nie zostałaby przez Oferenta dopuszczona do wykonywania pracy."

Do wyjaśnień Wykonawca Raven załączył szczegółową kalkulację czynników kosztotwórczych oraz zysku, wymaganych do wykazania w wezwaniu Zamawiającego.

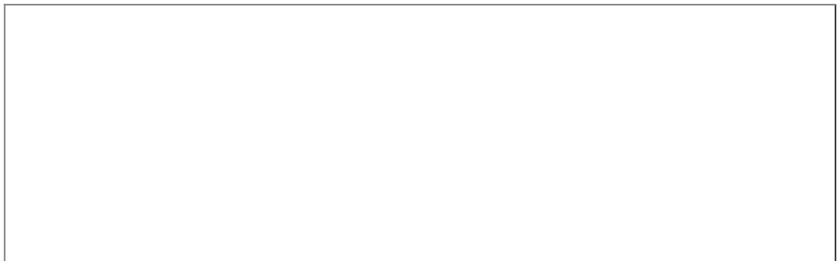
Pismami z dnia 25 sierpnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp oraz 187 ustawy pzp, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części I, III, V, VI, VII oraz VIII do Wykonawcy Time wskazując: „W celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w SWZ, a cena oferty uwzględnia wszystkie związane z tym koszty oraz złożenie wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji oraz innych dowodów, odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający w szczególności prosi o wyjaśnienie nw. kwestii: 1) koszty zatrudnienia pracowników ochrony w oparciu o umowę o pracę z uwzględnieniem urlopów oraz zastępstw [część I]: dla 2 lokalizacji w ramach ochrony całodobowej (szacunkowy czas pracy na posterunku dla pracownika ochrony to 30 dni robocze w miesiącu * 24h) [część III]: dla 3 lokalizacji. W ramach ochrony 16 godzin w tygodniu i całodobowo w weekendy i święta dla jednej lokalizacji oraz całodobowo tj. średnio 30 dni robocze w miesiącu * 24h dla dwóch lokalizacji zgodnie z formularzem cenowym [część V]: dla trzech lokalizacji w ramach ochrony tj. 16 godzin w tygodniu i całodobowo w weekendy i święta [część VI]: dla 2 lokalizacji . W ramach ochrony 16 godzin w tygodniu i całodobowo w weekendy i święta dla 1 lokalizacji i całodobowo tj średnio 30 dni robocze w miesiącu * 24h dla 1 lokalizacji zgodnie z formularzem cenowym [część VII]: dla trzech lokalizacji w ramach ochrony mieszanej tj. 16 godzin w tygodniu i całodobowo w weekendy i święta [część VIII]: dla 5 lokalizacji w ramach ochrony całodobowej (szacunkowy czas pracy na posterunku dla pracownika ochrony to 30 dni robocze w miesiącu * 24h) 2) koszty związane zatrudnieniem pracownika na stanowisku BOK w godzinach 8:00-16:15 w dni robocze z uwzględnieniem zastępstwa na czas urlopu (szacunkowy czas pracy na obiekcie to: 23 dni robocze w miesiącu * 8,15h + 30 dni robocze w miesiącu * 24h) 2) koszty związane z pracą koordynatora na obiektach 3) koszty związane z uwzględnieniem ewentualnej rotacji pracowników 4) koszty związane z zapewnieniem sprzętu, materiałów do prawidłowego wykonania usługi: Umundurowanie tj. jedna koszula z krótkim rękawem i jedna koszula z długim rękawem w kolorze niebieskim z widocznym napisem „ochrona" , jedna bluza lub polar z długim rękawem, łączność- telefon komórkowy służbowy na każdym posterunku, wyposażenie dodatkowe niezbędne do wykonywania usługi 5) koszty związane z zakupem i obsługą systemu active guard 6) zakładany zysk Wykonawcy. Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę lub istotne składowe ceny, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku oraz zgodność 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) Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest

zamówienie. Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na cenę, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także w innych, które uważacie Państwo za istotne. Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją usług oraz zgodność 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 a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia musza być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanych w ofercie kwot, za które Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej."

Pismami z dnia 3 września 2021 r. Wykonawca Time złożył następujące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w części I, III, V, VI, VII oraz VIII (w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa): „W odpowiedzi na pismo z dnia 25.08.2021 r., wzywające nas do udzielenia wyjaśnień dotyczących oferty złożonej w w/w postępowaniu informujemy, iż oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia opisane w swz, a także: a) rynkowe warunki świadczenia usług objętych zamówieniem; b) regulacje prawne wpływające na wysokość cen w tym w szczególności przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokości składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zamawiający wymagał zaoferowania usługi realizowanej przez 36 miesięcy. Zgodnie z zapisami SWZ usługa ma być realizowana w: [część I]: 2 lokalizacjach całodobowo przez wszystkie dni tygodnia przez jednego pracownika na zmianie. W związku z powyższym łącznie w 2 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 1440 h. [cześć III]: 3 lokalizacjach - w tym w 1 lokalizacji 16 h na dobę w dni robocze oraz 24 h w dni wolne oraz w 2 lokalizacjach całodobowo przez wszystkie dni tygodnia przez jednego pracownika na zmianie w każdej lokalizacji. W związku z powyższym łącznie w 3 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 1984 h. [część V]: w 3 lokalizacjach - po 16 h na dobę w dni robocze oraz 24 h w dni wolne przez jednego pracownika na zmianie w każdej lokalizacji. W związku z powyższym łącznie w 3 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 1632 h. [część VI]: w 2 lokalizacjach - w jednej lokalizacji 16 h na dobę w dni robocze oraz 24 h w dni wolne oraz w drugiej lokalizacji całodobowo przez wszystkie dni tygodnia przez jednego pracownika na zmianie w każdej lokalizacji. W związku z powyższym łącznie w 2 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 1264 h. [część VII]: w 3 lokalizacjach - po 16 h na dobę w dni robocze oraz 24 h w dni wolne przez jednego pracownika na zmianie w każdej lokalizacji. W związku z powyższym łącznie w 3 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 1632 h. [część VIII]: w 5 lokalizacjach - całodobowo we wszystkie dni tygodnia przez jednego pracownika na zmianie w każdej lokalizacji oraz dodatkowo pracownika Biura obsługi klienta w dni robocze w godzinach od 8:00 do 16:15. W związku z powyższym łącznie w 5 lokalizacjach miesięczna liczba roboczogodzin wynosi 3781,5 h.

Kalkulacja kosztów pracy Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia na usługi ma prawo odliczyć od kosztów realizacji zamówienia koszty, które są mu refundowane. Art.224 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dotyczy zasad ustalania czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 pkt.3 ust.5 Zamawiający oceniając wyjaśnienia Wykonawcy ma obowiązek wziąć pod uwagę wpływ pomocy publicznej na cenę oferty. Do realizacji zamówienia w zakresie pracowników

ochrony przewidujemy: (...) Koszt jednego w/w pracownika kształtuje się następująco:



	Maksymalne dofinansowanie	Koszt pracodawcy zatrudnienia 1 pracownika z uwzględnieniem godzin nocnych	Koszty pracownika po uwzględnieniu dofinansowania	Miesięczna ilość roboczogodzin 1 pracownika zatrudnionego na pełen etat po uwzględnieniu urlopów i rezerw chorobowych*
DOTYCZY CZĘŚCI VIII: Pracownik pełnosprawny - jako pracownik Biura obsługi klienta	0	3366,72 zł (bez dodatku za godziny nocne ponieważ pracownik BOK nie będzie realizował zadań w godzinach nocnych)	3366,72 zł	146 rbh*
Pracownik niekwalifikowany ze stopniem niepełnosprawności umiarkowanym	1200,00 zł	3 591,28 zł	2 391,28 zł	139 rbh*
Pracownik niekwalifikowany ze stopniem niepełnosprawności umiarkowanym ze schorzeniem	2100,00zł	3 591,28 zł	1 491,28 zł	139 rbh*

(...) *W powyższej tabeli uwzględniliśmy już zastępstwa chorobowo-urlopowe dlatego ilość faktycznie wypracowanych godzin przez pracownika niepełnosprawnego wynosi 139 rbh miesięcznie, [część VIII]: a pełnosprawnego 146 rbh miesięcznie (a nie 168 rbh co odpowiada normatywowi pełnego etatu). Koszt łączny: [część I]: 685787,76 zł [część III]: Koszt łączny: 895.861,44 zł [część V]: Koszt łączny: 727528,32 zł [część VI]: Koszt łączny:

552806.64 zł [część VII]: Koszt łączny: 727528,32 zł [część VIII]: Koszt łączny: 1801171,80 zł KOSZTY DODATKOWE Umundurowanie: Ze względu na długi czas kontraktu oraz nasze doświadczenia dotyczące zużycia mundurów podczas ich użytkowania do realizacji usługi przez 36 miesięcy przewidzieliśmy po 2 sorty mundurowe dla każdego pracownika (tj. po 2 koszule z krótkim rękawem, 2 koszule z długim rękawem, 2 polary, 2 pary spodni oraz 2 pary butów) (...) Koszt łączny: [część I]: 6459,42 zł, [część II]: Koszt łączny: 8808,30zł [część V]: Koszt łączny: 7046,64 zł [część VI]: Koszt łączny: 5872,20 zł [część VII]: Koszt łączny:

7046.64 zł [część VIII]: Koszt łączny: 15267,72 zł Umundurowanie pracowników BOK: Koszt łączny: 1827,28 zł Wyposażenie / wyposażenie stanowiska pracy (art. biurowe, dziennik zmiany, dziennik szkoleń, identyfikator, latarka i inne wymagane w SIWZ): Koszt łączny: [część I]: 1100 zł, [część II]: 1 650 zł [część V]: Koszt łączny: 1650 zł [część VI]: Koszt łączny: 1100 zł [część VII]: Koszt łączny: 1650 zł [część VIII]: Koszt łączny: 3300 zł Łączność: Telefony komórkowe [część I, VI]: (2 szt w cenie 18,45 zł miesięcznie za 1 abonament z aparatem telefonicznym) Koszt łączny: 1328,40 zł [część III, V, VII]: (3 szt w cenie 18,45 zł miesięcznie za 1 abonament z aparatem telefonicznym) Koszt łączny: 1992,60zł [część VIII]: (6 szt w cenie 18,45 zł miesięcznie za 1 abonament z aparatem telefonicznym) Koszt łączny: 3985,20 zł Wyposażenie techniczne: Rejstrator obchodów

Activ-Guard wraz z punktami kontrolnymi (1 szt w cenie 1030 zł) Koszt łączny [część I i VI]: (2 szt): 2060 zł, [część III, V, VII]: (3 szt): 3090 zł [część VIII]: Koszt łączny (5 szt): 5150 zł Badania i szkolenia pracowników: Koszt łączny: [cześć I]: 495 zł [część III]: 675 zł [część V]: Koszt łączny: 540 zł [część VI]: Koszt łączny: 450 zł [część VII]: Koszt łączny: 540 zł [część VIII]: Koszt łączny: 1260 zł Obsługa kadrowo - płacowa: Koszt łączny: [część I]: 7524 zł [część III]: 10260 zł [część V]: Koszt łączny: 8208 zł [część VI]: Koszt łączny: 6840 zł [część VII]: Koszt łączny: 8208 zł [część VIII]: Koszt łączny : 19152 zł Koszty nadzoru, koszty zarządu: Koszt łączny: 1080 zł (koszt nadzoru i zarządu jest rozłożony na wszystkie kontrakty spółek) Koszty polisy ubezpieczeniowej: Koszt łączny: 3300 zł (koszt polisy jest rozłożony na wszystkie kontrakty spółek) Zysk: [część I]: 99763,82 zł, [część III]: 153968,10 zł. [część V]: Zysk: 135631,32 zł. [część VI]: Zysk: 113750,60 zł [część VII]: Zysk: 137419,80 zł [część VIII]: Zysk: 235357,20 zł. (.) Jednocześnie podkreślamy, że w ww. wyjaśnieniach wskazujemy na obiektywne czynniki, dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany, co pozwoliło ukształtować ceny na poziomie niższym, niż konkurencja przy jednoczesnym zoptymalizowaniu zysku. Nie można zatem uznać zaoferowanej przez nas ceny za cenę dumpingową, rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia."

Do wyjaśnień wykonawca załączył: przykładowe faktury za zakup umundurowania, przykładową fakturę za usługi telekomunikacyjne, przykładową fakturę za zakup urządzenia: Rejstrator obchodów Activ-Guard.

Dodatkowo pismem z dnia 24 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się ponownie z wezwaniem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny do Wykonawcy Time wskazując: „Prosimy o dodatkowe informacje do przedłożonych wyjaśnień: Wykonawca przewiduje skierować do pracy osoby posiadające stopień niepełnosprawności umiarkowany oraz umiarkowany ze schorzeniem specjalnym. Czy Wykonawca potwierdza, że osoby posiadające stopień niepełnosprawności umiarkowany oraz umiarkowany ze schorzeniem specjalnym, o których mowa w Państwa wyjaśnieniach będą spełniać wymagania zawarte w OPZ a zwłaszcza: cykliczne obchody terenu w dzień i w nocy, możliwość przemieszczania się po budynku siedziby Oddziału w celu sprawdzenia zabezpieczeń (4 kondygnacje), czynności związane z obsługą manualną centrali telefonicznej oraz centrali przeciwpożarowej. Dla części VIII Wykonawca , poza pracownikiem Biura Obsługi Klienta w budynku Oddziału przewiduje zatrudnienie pozostałych pracowników, za których pozyska dofinansowanie PFRON w kwocie od 1200-2100 zł w zależności od rodzaju niepełnosprawności. Skąd pewność, że Wykonawcy uda się pozyskać wszystkich takich pracowników zgodnie z założeniami? W momencie braku możliwości zatrudnienia osób z niepełnosprawnością (choćby jednej osoby), a tym samym zmniejszonym dofinansowaniem, Wykonawca będzie świadczył usługę na poziomie prawie zerowego zysku lub poniżej zysku. Zgodnie z wyliczeniami wykonawcy zysk na jeden posterunek dla części VIII kształtuje się na poziomie 1 307,54 zł."

Pismem z dnia 27 września 2021 r. Wykonawca Time wyjaśnił: „W odpowiedzi na pismo z dnia 24.09.2021 r., wzywające nas do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących oferty złożonej w w/w postępowaniu potwierdzamy, że osoby posiadające stopień niepełnosprawności umiarkowany oraz umiarkowany ze schorzeniem specjalnym o których mowa w złożonych przez nas w dniu 03.09.2021 wyjaśnieniach będą spełniać wymagania zawarte w OPZ, a w szczególności będą zdolne do: - cyklicznych obchodów terenu w dzień i w nocy - przemieszczania się po budynku siedziby Oddziału w celu sprawdzenia zabezpieczeń (4 kondygnacje) - czynności związanych z obsługą manualną centrali telefonicznej oraz centrali przeciwpożarowej. Jednocześnie pragniemy podkreślić, że przyczyną posiadania orzeczenia o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym oraz umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym nie zawsze jest niedyspozycja ruchowa, która utrudniałaby wykonywanie w/w czynności. W dużej części osoby posiadające orzeczenia o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym oraz umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym nie posiadają żadnych dysfunkcji ruchowych, a posiadanie tegoż orzeczenia wiąże się z inną dysfunkcją, która w żaden sposób nie wpływa na wykonywanie wspomnianych powyżej czynności. Zamawiający w przesłanym piśmie poddaje w wątpliwość czy uda nam się pozyskać do realizacji usługi pracowników niepełnosprawnych zgodnie z założeniami kalkulacyjnymi. Aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego podkreślamy, że szczególnymi okolicznościami, wpływającymi na warunki realizacji zamówienia oraz na wysokość zaoferowanej ceny, jest potencjał kadrowy, którym dysponujemy (Wykonawca zatrudnia ponad 1600 pracowników ochrony, z czego większość to osoby niepełnosprawne) co pozwala na zapewnienie do realizacji usługi pracowników niepełnosprawnych posiadających stopień niepełnosprawności umiarkowany oraz umiarkowany ze schorzeniem specjalnym, oraz płynne zapewnienie obsady także zastępstw chorobowych lub urlopowych. Pozwalamy sobie również zaznaczyć, że na podstawie wieloletniego doświadczenia w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, potrafimy stworzyć organizację pracy uwzględniającą zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności przy jednoczesnym zachowaniu należytej jakości świadczenia usługi oraz spełnieniu oczekiwań klientów. W sytuacji wykonywania obowiązków przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, będą one posiadały stosowne zaświadczenie lekarskie, stwierdzające brak przeciwskazań do

wykonywania obowiązków na danym stanowisku.”

Artykuł 17 ust. 1 i 2 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

W myśl art. 95 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Ko-deks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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. (.)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępujących Raven w części I i III oraz Time w części I, III, V, VI, VII oraz VIII. Odwołujący podnosił, że z uwagi na niekompletność wyjaśnień, w tym nieuwzględnienie w zaoferowanych cenach wszystkich świadczeń związanych z kosztami pracy Zamawiający powinien uznać je za

niewystarczające i w konsekwencji odrzucić oferty Przystępujących jako wykazujące rażąco niską cenę. W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione ustalenia faktyczne z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że ceny ofert Przystępujących wykazywały cechy ceny rażąco niskiej. Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego. Dodatkowych okoliczności podnoszonych w postępowaniu odwoławczym Izba nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami faktycznymi ceny ofertowe Przystępujących w żadnej z kwestionowanych części zamówienia nie wypełniały przesłanki z art. 224 ust. 2 ustawy pzp. Niemniej jednak Zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanych cen i skierował do Przystępujących wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, wskazując które składniki ceny wymagają stosownego wyjaśnienia i udowodnienia.

Przystępujący złożyli wyjaśnienia odnoszące się do elementów ceny, co do których Zamawiający powziął wątpliwości. Odwołujący zakwestionował przedstawione wyjaśnienia wyłącznie w zakresie w jakim odnosiły się do kosztów pracy świadczonej usługi.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Raven to Odwołujący podnosił, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach pominął składowe elementy wynagrodzenia wynikające ze stosunku pracy, a mianowicie świadczenia urlopowe, chorobowe i inne, w konsekwencji czego w jego ocenie wyliczona przez

Przystępującego cena wykazuje stratę. Powyższe twierdzenia nie znajdują w ocenie Izby odzwierciedlenia w złożonych przez Przystępującego Raven wyjaśnieniach. Izba zwraca uwagę, że w części opisowej wyjaśnień Przystępujący wskazał dla części I, że do realizacji zamówienia planuje skierować po 5 pracowników na każdy Obiekt, pomimo że zapotrzebowanie na danym obiekcie oszacował na 4,36 etatu. Pozostała część etatu, która została wliczona w koszty pracy (kalkulacja obejmuje 5 pełnych etatów na każdym obiekcie) stanowi nadwyżkę na zastępstwa chorobowe i urlopowe. Ponadto, w przedstawionej kalkulacji Wykonawca ustalił wynagrodzenie pracowników na poziomie uwzględniającym minimalne wynagrodzenie za pracę określone ustawowo wskazując, że zawiera wymagane składniki wynagrodzenia, jak fundusze FP i FGŚP oraz składki ZUS. Przystępujący założył również dodatek za godziny nocne przypadający na jednego pracownika, wynikający ze średniej ilości godzin nocnych w miesiącu przy zatrudnieniu 5 osób na każdym Obiekcie. Ponadto, Wykonawca przedstawił wysokość dofinansowania do wynagrodzenia wyliczonego na podstawie przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Podobne wyjaśnienia zostały złożone w zakresie części III zamówienia. W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego, iż złożone wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy były niekompletne należy uznać za chybione i oparte na błędnych ustaleniach faktycznych Odwołującego. Wykonawca przedstawił wszystkie dane niezbędne do ustalenia, czy zakładana liczba pracowników pokrywa zapotrzebowanie na danym Obiekcie określone w SWZ oraz czy koszty pracy zawierają wszystkie składniki wynagrodzenia zgodne z określonym ustawowo minimalnym wynagrodzeniem za pracę oraz koszty świadczeń związanych z pracą, jak chorobowe czy urlopy. Kalkulacja własna Odwołującego przedstawiona w odwołaniu w zakresie kosztów urlopu pracownika niepełnosprawnego i argumentacja w tym zakresie jest nieadekwatna do sposobu kalkulacji kosztów pracy przyjętego przez Przystępującego Raven. Odwołujący twierdził bowiem, że koszty urlopu, które przedstawił w odwołaniu należałoby doliczyć do wynagrodzenia każdego z pracowników. Argumentacja Odwołującego jest chybiona, gdyż Przystępujący Raven skalkulował w cenie większą liczbę pracowników na danym obiekcie (liczbę etatów) niż wymaga tego OPZ. Oczywistym więc jest, że pozostała część kosztów pokrywa koszty urlopów i zwolnień chorobowych. W ocenie Izby nietrafione jest również twierdzenie Odwołującego, że szczegółowe dane w tym zakresie zostały dopiero przedstawione w zgłoszonym przez Przystępującego przystąpieniu. W piśmie tym Przystępujący wykazał, że nawet przy skrajnych założeniach co do absencji pracowników koszty związane z tymi

świadczeniami zostały uwzględnione w cenie i Wykonawca osiągnie zysk z realizacji zamówienia. Na podstawie złożonych wyjaśnień, zakładanej liczby pracowników, wymagań co do zapotrzebowania w OPZ oraz wysokości skalkulowanych wynagrodzeń Zamawiający mógł zweryfikować czy Przystępujący Raven uwzględnił wszystkie składniki wynagrodzenia oraz świadczenia związane z pracą wymagane dla prawidłowej realizacji zamówienia. Co do twierdzenia Odwołującego, że zakładana przez Przystępującego Raven absencja pracowników wynikająca z chorobowego jest niewystarczająca wskazać należy, że jako podniesione na rozprawie należało uznać je za spóźnione. Co więcej, Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń czy założeń, których poziom powinien zostać obiektywnie ujęty w kosztach pracy w zakresie świadczeń chorobowych czy urlopów. Izba zaznacza, że „odwrócony" rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku wskazania podstaw faktycznych zarzutu i przedstawienia dowodów na ich poparcie. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do ogólnego stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska w zakresie kosztów pracy, natomiast Odwołujący w żaden konkretny sposób nie zanegował prawidłowości kalkulacji, wskazując jedynie, że jest ona niewystarczająca i niekompletna, które to okoliczności się nie potwierdziły. Nie ulega wątpliwości, że każdy z wykonawców kalkuluje poszczególne składniki ceny, w tym przypadku co do absencji pracowników, bazując na własnych założeniach, zdobytym doświadczeniu oraz uwzględniając indywidualne możliwości organizacyjne. Subiektywne założenia Odwołującego nie mogą zatem stanowić jedynego wyznacznika oceny czy wyliczona przez Konkurenta cena wykazuje cechy rażąco niskiej. Nie sposób również w ocenie Izby uznać, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadały w pełni na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał jak szczegółowego rozbicia składników ceny oczekuje dla stwierdzenia jej realności. Przystępujący odniósł się do wymaganych przez Zamawiającego elementów cenotwórczych, w tym kosztów pracy, w takim stopniu szczegółowości, który pozwalał na stwierdzenie, że cena oferty nie wykazuje cech rażąco niskiej. Zarzut braku bardziej szczegółowych wyjaśnień stanowił zatem subiektywną ocenę Odwołującego, nieuzasadnioną w okolicznościach faktycznych. Powyższe potwierdził również Zamawiający wskazując na rozprawie, że złożone wyjaśnienia rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, a kalkulacje kosztów pracy zostały zweryfikowane przez pracowników Zamawiającego z działu księgowości.

Przechodząc do zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty Przystępującego Time wskazania wymaga, że Odwołujący podnosząc niekompletność złożonych wyjaśnień co do kosztów pracy wskazywał na brak kalkulacji i założeń w zakresie godzin nocnych. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, że Odwołujący nie otrzymał wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Time w pełnym zakresie, a jedynie w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, Odwołujący nie posiada wiedzy ilu pracowników na danym Obiekcie w danej części zamówienia przewidział w kalkulacji Przystępujący, co doprowadziło Odwołującego do błędnych ustaleń faktycznych. Izba zaznacza, że Przystępujący przedstawił założenia co do wymaganej ilości roboczogodzin, a także wysokość wynagrodzenia pracowników z określonym stopniem niepełnosprawności na poziomie uwzgledniającym określone ustawowo minimalne wynagrodzenie za pracę. Co prawda poszczególne składniki wynagrodzenia, jak świadczenia ZUS, FP i FGŚP nie zostały przez Przystępującego wyszczególnione, jednak są to stawki ustawowo określone, a tym samym łatwo weryfikowalne. Ponadto, Przystępujący wskazał na wysokość dofinansowania za zatrudnienie pracowników z określonym stopniem niepełnosprawności. Zamawiający uzyskał w wyjaśnieniach wszystkie niezbędne dane dla sprawdzenia czy koszty pracy i świadczenia z nią związane zostały oszacowane na poziomie gwarantującym należytą realizację zamówienia, w tym odnośnie założeń co do kosztów godzin nocnych. Chybiona jest również argumentacja Odwołującego co do kosztów urlopów oraz chorobowego. Przystępujący poczynił założenia co do liczby pracowników na danym Obiekcie, która gwarantuje realizację wymaganych roboczogodzin a także wskazał, że do kalkulacji wynagrodzenia przyjmuje niższą ilość roboczogodzin 1 pracownika zatrudnionego na pełen etat - 139 rbh, gdyż uwzględnia ona właśnie urlopy i rezerwy chorobowe. Izba przywołuje w tym miejscu wcześniejszą argumentację poczynioną w odniesieniu do zarzutów względem Przystępującego Raven. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, na podstawie której w sposób obiektywny można by było uznać, że założenia i wyliczenia Przystępującego Time są niewłaściwe. Za skuteczne podważenie przedstawionych w wyjaśnieniach kosztów nie można uznać ogólnego stwierdzenia Odwołującego, że absencja została założona na zbyt niskim poziomie. Odwołujący podnosił brak szczegółowej kalkulacji, jednak jest to argument nietrafiony, gdyż Odwołujący nie dysponował pełną treścią wyjaśnień co uniemożliwiło weryfikację wyliczeń Przystępującego wyłącznie Odwołującemu.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawili żadnych dowodów na poparcie realności kosztów pracy Izba wskazuje, że analiza złożonych wyjaśnień powinna być dokonywana przez pryzmat zarówno wymagań opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki jak i czynników cenotwórczych z nim związanych. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w przypadku kosztów pracy dowodzenie będzie w większości

polegało na przedstawieniu szczegółowej i rzetelnej kalkulacji. Izba zauważa, że z uwagi na brak definicji „dowodu", oświadczenia własne wykonawcy mogą być uznane za wypełniające normę z art. 224 ust. 1 ustawy pzp w zakresie konieczności „udowodnienia", jeśli wraz ze złożonymi wyjaśnieniami uwiarygadniają zaoferowaną cenę. W ocenie Izby, złożone przez Przystępujących oświadczenia oraz kalkulacje cenowe w zakresie kosztów pracy są precyzyjne, konkretne i wykazują realność ceny oferty.

W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania co do naruszenia art. 17 i 239 ustawy pzp. Zamawiający prawidłowo przeanalizował wyjaśnienia Przystępujących stwierdzając, że ceny ofertowe Wykonawców nie wykazują cech ceny rażąco niskiej i dokonał wyboru ofert Przystępujących jako najkorzystniejszych.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie znalazła podstawy do zasądzenia Przystępującemu Time kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł. W myśl § 5 pkt 2 ww. Rozporządzenia: „Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy Natomiast zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia: „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego." W niniejszym postępowaniu Przystępujący nie był uczestnikiem postępowania wnoszącym sprzeciw, dlatego też Izba oddalając odwołanie mogła jedynie zasądzić koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. Rozporządzenia na rzecz Zamawiającego.

Przewodniczący:.....