

WYROK

z dnia 27 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, ul. Irysowa 19, 02-660 Warszawa

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi

społeczne - wykonywanie usług ochrony obiektów znajdujących się na terenie ZGN w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy ul. Irysowa 19, 02-660 Warszawa (dalej „zamawiający”),

prowadzonego przez wskazany podmiot wykonawca Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Ochrony MK Sp. z o.o. (dalej „Agencja MK”) i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechania odrzucenia oferty Agencji MK,
3. zaniechania dokonania pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Agencję MK,
4. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum w firm składzie: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. oraz Vigor Security Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Emporio”) jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5. zaniechania dokonania pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Emporio,
6. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Agencję MK i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Agencji MK mimo, że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska,
2. art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Emporio mimo, że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska,
3. art. 204 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”), poprzez wybór oferty Agencja MK jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy,
4. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Emporio pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy,
5. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1) i art. 226 ust. 1 pkt 8), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Agencję NIK w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie

właściwych przepisów,

6. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1) i art. 226 ust. 1 pkt 8), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Emporio w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów,

7. art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 204 ust. 1, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Agencji MK podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury

rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

8. art. 16 pkt 1), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Emporio podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Agencji MK jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Agencji MK jako zawierającej rażąco niską cenę i której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
3. odrzucenia oferty konsorcjum Emporio jako zawierającej rażąco niską cenę i której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

ewentualnie

4. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Agencji MK i oferty konsorcjum Emporio, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ,

ewentualnie

5. w przypadku przyjęcia, iż oferta Agencja MK nie podlega odrzuceniu, wezwanie Agencji MK do ponownego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, poprzez złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie

6. w przypadku przyjęcia, iż oferta konsorcjum Emporio nie podlega odrzuceniu, wezwanie konsorcjum Emporio do ponownego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, poprzez złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny w stosunku do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i niezgodności oferty z ustawą w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę odwołujący podał, że zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę oraz, aby wykonawca dysponował minimum 27 osobami z doświadczeniem i kwalifikacjami w wykonywaniu usług ochrony, odpowiadającymi rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wskazał, że zamawiający dopuścił do realizacji usług pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności, tym samym dając możliwość obniżenia kosztów pracy, poprzez zatrudnienie pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności i skorzystania z idących za tym dofinansowań z PFRON.

Podał także, że usługa realizowana jest w okresie od 31.12.2021 r. do 31.03.2023 r. oraz, że zamawiający określił, co do sposobu obliczenia ceny, że stawka osobo / roboczo / godziny musi uwzględniać całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu usług i musi uwzględniać wszelkie czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 5 SWZ.

Podkreślił, że zamawiający zastrzegł, że ceny określone przez wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

Wskazał nadto, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku, ustalono obowiązujące od 1 stycznia 2022 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3.010.00 zł brutto.

Podniósł, że z uwagi na fakt, że zamawiający wykluczył możliwość waloryzacji ceny, wykonawcy, kalkulując swoją cenę ofertową powinni wziąć pod uwagę także zwiększenie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na podstawie umowy o pracę przez okres styczeń - marzec 2023 roku. Oświadczył, że bazując na zapowiedziach programów rządowych, w 2024 roku wynagrodzenie minimalne ma osiągnąć poziom 4.000,00 zł brutto, toteż wzrost wynagrodzenia w 2023 roku do poziomu około 3.500,00 - 3.600,00 zł brutto (lub wyżej) należy uznać za realny.

Zaznaczył, że w związku z tym, że termin składania ofert mijał 3 grudnia 2021 r., minimalne wynagrodzenie znane było już w dniu składania ofert, co wyklucza potencjalne twierdzenia wykonawców o braku możliwości uwzględnienia tych wartości w ofercie.

Przedstawił wyliczenie kosztów zatrudnienia pracowników, uznając za minimalne koszty w wysokości:

- ✓ płaca brutto - 3 256,44 zł,
- ✓ koszty uzyskania przychodu - 259,00 zł
- ✓ ulga podatkowa - 425,00 zł
- ✓ skala podatkowa - 17%
- ✓ podstawa opodatkowania do ubezpieczenia zdrowotnego - 2 817,74 zł
- ✓ podstawa opodatkowania - 2 568,00 zł
- ✓ zaliczka podatku - 0,00 zł
- ✓ wypłata netto - 2 564,15 zł
- ✓ składka wypadkowa (0,93) firmy oraz razem - 30,37 zł
- ✓ składki emerytalna (19,52) odpowiednio pracownika i firmy oraz razem - 318,71 zł, 318,71 zł oraz 637,41 zł
- ✓ składki rentowe (8,00) odpowiednio pracownika i firmy oraz razem - 49,98 zł i 212,25 zł oraz 261,23 zł
- ✓ składka chorobowe (2,45) pracownika oraz razem - 80,00 zł oraz 80,00 zł
- ✓ składka fundusz pracy (2,45) firmy oraz razem - 80,00 zł oraz 80,00 zł
- ✓ składka zdrowotna (9,00) pracownika oraz razem - 253,60 zł oraz 253,60 zł
- ✓ składka FGŚP (0,10) firmy oraz razem - 3,27 zł oraz 3,27 zł
- ✓ ilość dni urlopu - 26
- ✓ ilość dni zwolnienia - 1,
- ✓ zastępstwa urlopowe - 403,42 zł,
a także
- ✓ ilość godzinnych nocnych - 71, godziny nocne - 255,44 zł.

Oświadczył, że w wyliczeniach nie uwzględnił kosztów składki na PPK, wskazując, że nieprzystąpienie do PPK warunkowane jest odebraniem od wszystkich pracowników oświadczeń o braku chęci uczestniczenia w PPK.

Na podstawie swoich wyliczeń podał, że minimalne koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracownika (bez pozostałych kosztów, które należy uwzględnić przy wyliczeniu oferty aby była ona zgodna z SWZ) to według wyliczeń odwołującego:

- ❖ w przypadku pracownika bez orzeczenia o niepełnosprawności - 25,78 zł,
- ❖ w przypadku pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności - 23,13 zł.

Stwierdził, że oferty wykonawców Agencja MK oraz konsorcjum Emporio zawierają stawki, które nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2022 roku i z tego względu winny ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, czyli z uwagi na nieważność na podstawie odrębnych przepisów.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2021 roku sygn. akt KIO 702/21, zgodnie z którym „Zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. z uwagi na zastosowanie stawki wynagrodzenia niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ta okoliczność, może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu mielibyśmy do czynienia ze stawką jednostkową nie uwzględniającą założeń wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to podstawą działań Zamawiającego powinien być art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p., z którego wynika, że ofertę odrzuca się, jeżeli jest niezgodna z ustawą, przez co rozumie się przepisy ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i przepisów wykonawczych do ustawy, a nie przepisy innych regulacji rangi ustawowej.”

Uzupełnił, że powyższe stanowisko zachowuje aktualność także na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp z uwagi na analogiczne brzmienie obecnie obowiązującego przesłankę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podniósł, że wobec zakończenia realizacji usługi w marcu 2023 roku, kalkulując stawkę na styczeń - marzec 2023, uwzględniając tendencję podwyższania corocznie minimalnego wynagrodzenia, należało uwzględnić wzrost kosztów w 2023 roku (przy braku waloryzacji). Skoro zatem Agencja NIK i konsorcjum Emporio - wywodził odwołujący - nie są w stanie zapewnić pokrycia wynagrodzenia pracowników według kosztów znanych już w 2022 roku, to trudno za realne uznać, że pozwolą one sprostać stawkom, które będą obowiązywać w 2023 roku.

Stanął na stanowisku, że nie jest możliwe dodatkowe ograniczenie kosztów „pracowniczych” poprzez skierowanie pracowników z umiarkowanym i znacznym stopniem niepełnosprawności z uwagi na dodatkowe wymogi związane z zatrudnieniem takich pracowników. postanowienia.

Stwierdził, że w art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 27 stycznia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych przyjęto, że „Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. ”, zaś zgodnie z pkt 4 ust. 1 „Do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji.”

Podał także, że zaliczenie do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności osoby nie wyklucza możliwości zatrudnienia tej osoby u pracodawcy niezapewniającego warunków pracy chronionej, w przypadkach:

1. przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej,
2. zatrudnienia w formie telepracy.

Skonstatował, że Agencja MK i konsorcjum Emporio powinny być zakładem pracy chronionej lub aktywności zawodowej, a według wiedzy odwołującego nie są, lub przystosować stanowiska pracy dla wszystkich osób w odpowiednie sprzęty typu: pochylnie, windy dla niepełnosprawnych, poręcze wzdłuż tras patrolowania, łazienki dla niepełnosprawnych i uczynić teren obiektów zamawiającego terenem aktywności zawodowej osób niepełnosprawnych.

Oświadczył, że z wiedzy odwołującego wynika, że obiekty zamawiającego nie są przystosowane do pracy takich osób i w jego ocenie nie było intencją zamawiającego uczynienie obiektów zamawiającego terenem aktywności zawodowej niepełnosprawnych.

Uzupełnił, że zgodnie z art. 15 i 17 ustawy o rehabilitacji:

- o czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo,
- o czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo,
- o osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych,
- o osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek; czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy.

Zdaniem odwołującego wskazane ograniczenia powodują potencjalnie konieczność zwiększenia ilości etatów do realizacji przedmiotu umowy, ponieważ co do zasady zamawiający wymagał realizacji ochrony obiektów w zakresie przekraczającym ww. normy godzinowe, a w niektórych przypadkach wymagał w ogóle całodobowej ochrony obiektów.

Uzupełnił, że osoby te mają także dodatkowe wymiary urlopu (art. 19 i 20 ustawy o rehabilitacji), tj. osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym; urlop nie przysługuje jednak osobie uprawnionej do urlopu wypoczynkowego w wymiarze przekraczającym 26 dni roboczych lub do urlopu dodatkowego na podstawie odrębnych przepisów, a nadto, że osoby o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności mają prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia:

- o w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku,
- o w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy.

Podniósł, że realizacja zamówienia wymaga uwzględnienia szeregu kosztów dodatkowych, tj. wyposażenia chronionych budynków w system przeciwnapadowy radiowy na czas realizacji przedmiotu zamówienia oraz wyposażenia osób pełniących ochronę i wyznaczonych pracowników zamawiającego (8 osób) w przyciski anty-napadowe współdziałające z zainstalowanym systemem przeciw-napadowym oraz dodatkowo osób pełniących ochronę w środki łączności bezprzewodowej, zapewnienia transmisji sygnału alarmowego wyemitowanego przez osoby pełniące ochronę lub wyznaczonych pracowników zamawiającego z chronionych obiektów do patroli interwencyjnych przez 24 godziny na dobę

w okresie wykonywania zamówienia w celu powiadomienia o zaistniałym zagrożeniu

i konieczności podjęcia interwencji przez ww. patrole interwencyjne.

Wskazał, że wykonawca musi dysponować odpowiednim potencjałem technicznym,

tj. systemem radiowym do monitorowania chronionych obiektów wraz z transmisją sygnału alarmowego wyemitowanego przez pracowników ochrony z chronionych obiektów do patroli interwencyjnych i zmotoryzowanymi patrolami interwencyjnymi wyposażonymi w środki łączności bezprzewodowej z czasem reakcji patrolu 15 minut w dzień i 8 minut w nocy oraz zobowiązać się do zapewnienia transmisji sygnału alarmowego wyemitowanego przez pracowników ochrony z chronionych obiektów do patroli interwencyjnych przez 24 godziny na dobę w okresie wykonywania zamówienia w celu powiadomienia o zaistniałym zagrożeniu

i konieczności podjęcia interwencji przez ww. patrole interwencyjne.

Podał następujące koszty dodatkowe:

	ilość	koszt	razem na kontrakt
3 podjazdy między 19 a 6	12352,5	30,00 zł	370 575,00 zł
napadówka na każdym obiekcie	9	300	2 700,00 zł
łączność bezprzewodowa	135	15	2 025,00 zł
badania lekarskie	32	50	1 600,00 zł
materiały eksploatacyjne	135	15	2 025,00 zł
2 razy w miesiącu wezwanie GI	270	50	13 500,00 zł
Razem			392 425,00 zł
Per rbh			5,02 zł

Wskazał, że koszt roboczogodziny, przy uwzględnieniu wszelkich wymogów SWZ, a także wymogów związanych z zatrudnieniem pracowników kształtując się następująco:

- ❖ w przypadku pracownika bez orzeczenia o niepełnosprawności - 30,80 zł,
- ❖ w przypadku pracownika z I grupa niepełnosprawności - 28,15 zł.

Stanął na stanowisku, że nawet przy uwzględnieniu minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę obowiązujących od 2022 roku oraz kosztów związanych z realizacją usługi stawki wykonawcy Agencja MK i konsorcjum Emporio są niemożliwe do realizacji, a cenę należy uznać za rażąco niską.

Stwierdził, że oferta z rażąco niską ceną to oferta zawierająca cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, to jest ceną, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, która nie pozwala na realizację zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę.

Stwierdził nadto, że gdyby okazało się, że Agencja MK planowała dokonać obniżenia stawki z powodu skierowania do wykonania zadania osób posiadających orzeczoną niepełnosprawność, a następnie wykonywać zamówienie osobami pełnosprawnymi to należałoby to traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który prowadzić powinien do odrzucenia oferty.

Nawet gdyby przyjąć - wywodził odwołujący - że możliwe jest obniżenie kosztów pracowniczych z uwagi na możliwość uzyskania dofinansowania z PFRON, to stawki ww. wykonawców pozwalają wprawdzie na pokrycie kosztów zatrudnienia, jednakże nie pozwalają na uwzględnienie dodatkowych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno zostać objęte kalkulacją.

Podkreślił, że aby cena nie była kwalifikowana jako rażąco niska, po poniesieniu wszystkich kosztów powinna pozwolić na osiągnięcie zysku przez wykonawcę, czego ani oferta wykonawcy Agencja MK, ani konsorcjum Emporio nie spełnia.

Stwierdził, że potencjalne zastosowanie niższej stawki wynagrodzenia niż minimalne oznacza niezgodność oferty z ustawą, a tym samym konieczność jej odrzucenia.

W odniesieniu do zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców odwołujący uznał, że zamawiający poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców, mimo że jedynie w sposób formalny dopełnili oni procedury wyjaśnienia i nie obalili domniemania, że cena ich oferty są rażąco niskie.

Wskazał, że w zamówieniach związanych z ochroną fizyczną osób i mienia niekwestionowaną okolicznością jest, że koszt związany z zatrudnieniem jest najistotniejszym elementem cenotwórczym, który ma wpływ na całkowitą oferowaną cenę; wyjaśnienia mogą dotyczyć zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których

wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane

zamówienie.

Powołał się na orzecznictwo KIO dotyczące cech, jakie muszą posiadać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, aby obalały domniemanie powstałe na skutek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - wyrok z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1679/21: „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. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Powyższe ma bardzo 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 p.z.p.). (. .)

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 należyłą 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. Podkreślić przy tym trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawy obowiązki złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 p.z.p., gdzie jednoznacznie wskazano, iż "zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 p.z.p., wskazujący na konieczność odrzucenia oferty "jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu". Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień

dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Przedstawienie dowodów jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny."

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia ofert ze względu na ich złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że zaoferowanie przez wykonawcę Agencja MK oraz konsorcjum Emporio rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ tego rodzaju postępowanie spełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1 teże ustawy, a nadto narusza podstawowe zasady uczciwości kupieckiej i prowadzi do wypaczenia cen na rynku albowiem zachowaniem godzącym w zasady uczciwej konkurencji jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko by uzyskać zamówienie.

Zdaniem odwołującego, Agencja MK i konsorcjum Emporio, składając ofertę zawierającą rażąco niską cenę, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych przy piśmie z dnia 17 stycznia 2022 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, złożonych

przez odwołującego w toku posiedzenia ofert: Stekop S.A., Ekotrade Sp. z o.o. z Warszawy, oraz Seltik Security Sp. z o.o. z Warszawy, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z 26 stycznia 2022 r., a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (posiada legitymacje do wniesienia odwołania), czego zamawiający nie kwestionował.

W odniesieniu do wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „wykonywanie usług ochrony obiektów znajdujących się na terenie ZGN w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy. Ochrona ma polegać na

bezpośredniej ochronie fizycznej mienia Zamawiającego - tj. budynków położonych przy ul.

Irysowej 19, Smoluchowskiego 2, Wiśniowej 35, Konduktorskiej 12, Polkowskiej 7, Tuchlińskiej 1, Kolberga 6, Fałęckiej 10, Podchorążych 31 znajdujących się w nich pomieszczeń i rzeczy znajdujących się w tych pomieszczeniach oraz terenów do nich przyległych wraz z obiektami i rzeczami na nich się znajdującymi. W zakresie ochrony mienia określonego w umowie Wykonawca jest zobowiązany w ogólności podejmować działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu powierzonemu do ochrony, a także przeciwdziałające powstaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń lub ze zdarzeń losowych oraz nie dopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. Ponadto ma polegać na reagowaniu grup interwencyjnych. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi także zapewnienie asysty pracownikom Zamawiającego w razie konieczności przewiezienia gotówki z siedziby ZGN w Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy do banku.” (Rozdział I pkt 5 ppkt 5.1. SWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jak wskazał zamawiający w rozdziale I pkt 5 ppkt 5.3. SWZ, zawarto w postanowieniach umowy stanowiących rozdział III SWZ - w szczególności § wraz z załącznikami.

„Zakładany okres realizacji umowy: od dnia 31.12.2021 r. do dnia 31.03.2023 r., jednakże nie dłużej niż do wyczerpania kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia” (rozdział I pkt 6 SWZ).

W rozdziale I pkt 6 ppkt 6.1. zamawiający podał, że ochrona realizowana będzie poza godzinami pracy ZGN w budynkach:

- przy ul. Irysowej 19, ul. Smoluchowskiego 2, ul. Wiśniowej 35, ul. Konduktorskiej 12, ul. Polkowskiej 7, ul. Tuchlińskiej 1 i ul. Kolberga 6: od poniedziałku do piątku
- w godz. 14— - 7— (dnia następnego), w soboty, niedziele, święta, inne dni wolne od pracy - całodobowo (do dnia roboczego do godziny 7—),
- w budynku przy ul. Fałęckiej 10 całodobowo, 7 dni w tygodniu,
- w budynku przy ul. Podchorążych 31 we wszystkie dni tygodnia w godzinach od godz. 16:00 do godz. 08:00 dnia następnego.

W rozdziale I pkt 15 SWZ zamawiający następujące wymagania w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty:

15.1. W formularzu oferty należy podać stawkę osobo/roboczo/godziny netto, kwotę podatku VAT, stawkę osobo/roboczo/godziny brutto (z VAT). Ww stawka osobo/roboczo/godziny podana przez Wykonawcę w ofercie musi uwzględniać całkowity

koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu usług.

15.2. W ww. stawka musi uwzględniać wszelkie czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem pkt. 5. SWZ.

15.3. W przypadku określenia przez Wykonawcę, stawki procentowej podatku VAT innej niż 23%, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty informację zawierającą podstawę prawną zastosowania takiej stawki podatku VAT. Zastosowanie przez Wykonawcę stawki podatku VAT od towarów i usług niezgodnej z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego spowoduje odrzucenie oferty.

15.4. Wszystkie wartości, powinny być liczone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

15.5. Ceny określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

15.6. Rozliczenia wykonanych robót, będących przedmiotem zamówienia będą rozliczane zgodnie z przepisem § 4 postanowień umowy - Rozdział III SWZ.

W rozdziale I pkt 16 ppkt 16.4. SWZ zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, wskazując w pkt 32 ppkt 32.1. SWZ przeprowadzenie aukcji, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ramach Formularza ofertowego (wzór stanowił rozdział II SWZ) wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, iż dysponują co najmniej 27 osobami z doświadczeniem i kwalifikacjami w wykonywaniu usług ochrony, odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia, w ilości zapewniającej należyte wykonanie zamówienia oraz zobowiązując się do pracownicy będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umów o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320 z późn. zm.), a także zagwarantować zatrudnienie takiej liczby pracowników, która zapewni należyte wykonanie usługi.

W § 12 ust. 3 postanowień umownych (rozdział III SWZ) zamawiający podał, że „dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen usług związanych z realizacją przedmiotu zamówienia (waloryzacja). Zamawiający określa, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wprowadzonej powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszt wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę z tym, że cena netto nie może ulec podwyższeniu. W takim przypadku Zamawiający jak i Wykonawca może zwrócić się do

drugiej strony z uмотywowanym wnioskiem o wprowadzenie w tym zakresie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia;

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie [ustawy](#) z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w [ustawie](#) z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 ze zm.).”

Pismem z dnia 30 listopada 2021 r. zamawiający udzielił na pytania:

- czy zamawiający dopuszcza do realizacji usług pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności ?

- czy zamawiający wymaga do realizacji usługi pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej ?

następujących odpowiedzi:

- zamawiający dopuszcza do realizacji usług pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności,
- zamawiający nie wymaga do realizacji usług pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

Zgodnie z „Informację z otwarcia ofert” z 3 grudnia 2021 r. oferty złożyło 5 wykonawców, w tym wykonawca MK., konsorcjum Emporio oraz odwołujący. Zaoferowane stawki roboczogodziny brutto mieściły się w przedziale od 23,38 zł do 44,28 zł. Wykonawca MK zaoferował najwyższą stawkę (44,28 zł), konsorcjum Emporio najniższą stawkę (23,38 zł), zaś odwołujący stawkę w wysokości 31,64 zł.

16 grudnia 2021 r. od godziny 10⁰⁰ do godziny 10¹⁵, na zlecenie zamawiającego z 10 grudnia 2021 r., została przeprowadzona aukcja elektroniczna, do której zaproszono wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Po aukcji stawki wykonawców, z wyjątkiem Agencji MK, który obniżył stawkę do 23,34 zł, nie zmieniły się.

Pismami z dnia 23 grudnia 2021 r. zamawiający, powołując się na art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawców Agencji MK oraz konsorcjum Emporio do złożenia

wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, podając przykładowo czego wyjaśnienia mogą dotyczyć.

Wykonawca MK złożył, pismem z dnia 28 grudnia 2021 r., następujące wyjaśnienia:

„Przystępując do postępowania przetargowego Wykonawca dokonał szczegółowej analizy dokumentów przetargowych (ogłoszenie, opis przedmiotu zamówienia). Analizując koszty jakie będą niezbędne do wykonania zamówienia, przy kalkulacji oferowanej ceny jednostkowej za roboczogodzinę, a co za tym idzie wartości oferty przyjęliśmy wartości wynikające z powyższej analizy z uwzględnieniem poniższych aktów prawnych:

1) ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2002 roku, Nr 200, poz. 1679 z późn.zm.) wraz z wydanymi nam jej podstawie rozporządzeniami Prezesa Rady Ministrów, z uwzględnieniem Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 roku poz. 1690),

2) ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. z 2007 roku, Nr 11, poz. 74 z późn.zm),

3) ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 1997 roku, Nr 123, poz. 776),

4) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (j.t. Dz. U. z 2008 roku Nr 69, poz. 415 z późn.zm.),

5) ustawa z dnia 13 lipca 2006 roku o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz. U z 2006 roku, Nr 158, poz. 1121 z późn.zm.),

Kalkulację przedstawiamy na kalkulatorze opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w celu kontroli ewentualnych rażąco niskich cen w przetargach publicznych.

1) Stawka za roboczogodzinę po aukcji elektronicznej bezpośrednio stałej ochrony fizycznej 18,98 zł. netto.

- 2) Planowana ilość pracowników - 31,
- 3) Ilość etatów w przeliczeniu na pełny etat 31,09
- 4) Wymóg zatrudnienia wszystkich pracowników w ramach umowy o pracę zgodnie z wymaganiami Kodeksu pracy.
- 5) Wszystkie godziny pracy w trybie umowy o pracę zgodnie z wymogami Kodeksu pracy.
- 6) Pracownicy bez wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej
- 7) Zamawiający nie zastrzega iż Wykonawca nie może zatrudnić pracowników ochrony z orzeczoną niepełnosprawnością.
- 8) Ilość roboczogodzin w ciągu 12 miesięcy - 77 310 średniomiesięcznie 5154.
- 9) Łączna ilość etatów średniomiesięcznie $5154 : 168 = 30,68$.
- 10) Ilość godzin nocnych 32 760 w okresie 15 miesięcy , tj. 2184 średniomiesięcznie.
- 11) Koszt średniomiesięczny godzin nocnych na jeden etat przeliczeniowy: $2184 \times 3,58 = 7818,00$ zł. : 30,68 etatów = 254,85 zł.
- 12) Godzin nadliczbowych nie przewiduje się
- 13) Norma miesięczna czasu pracy - 168 roboczogodzin w 4-miesięcznym okresie rozliczeniowym.

Rozliczenie kosztów ochrony fizycznej kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej

- 1) Wynagrodzenie zasadnicze 3.010,00 zł. brutto (pełny etat).
- 2) Szacowany koszt programu PPK - zgodnie z aktualnym udziałem w programie pracowników zatrudnionych w spółce (10% posiadających uprawnienia). Planujemy środki dla 10% pracowników którzy będą zatrudnieni przy realizacji usługi i mają prawo do udziału w programie.

W przypadku gdyby udział w programie zgłosiło więcej pracowników, koszty zostaną pokryte z marży. (Koszt miesięczny w przeliczeniu na jeden etat to 45,15 zł. $(3010 \times 1,5\%)$ + składki na FUS x 1,5%

- 3) Składki na ubezpieczenia społeczne po stronie pracodawcy 17,98%, w tym:
 - a) Składka emerytalna - 9,76 %
 - b) Składka rentowa - 6,5 %
 - c) Składka wypadkowa 0,84%
 - d) Składka na Fundusz Pracy z uwzględnieniem zatrudnionych 6 pracowników ustawowo zwolnionych z opłacania składki przez pracodawcę. (w przeliczeniu na pełen etat) (0,85%).
 - e) Składka na FGŚP - patrz pkt d (0,03%)
- 4) Koszt zastępstwa za urlopy wypoczynkowe (Liczone jak ekwiwalent) zgodnie z załączonym kalkulatorem (zał. Nr 2 do wyjaśnień)
4041,44 zł. : 12 m-cy = 336,79 zł. średniomiesięcznie na jeden etat przeliczeniowy (zał. Nr 2 do wyjaśnień)

Urlopy dodatkowe dla pracowników o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym lub wyższym:

$10 \text{ dni} \times 8 \text{ rbg} = 80 \text{ rbg} \times 17,92 = 1433,60 \text{ zł.} : 12 \text{ m-cy} = 119,47 \text{ zł.}$

Razem koszty zastępstw za urlopy wypoczynkowe 456,26 zł. (zał. Nr 2) $456,26 \text{ zł.} \times 17,98\%$ składki na FUS = 538,30 zł. średniomiesięcznie na jeden etat przeliczeniowy .

5) Koszt zastępstwa za ewentualne nieobecności z tytułu zwolnień lekarskich: Przyjęto iż tak jak obecnie w ciągu 11 miesięcy 2021 (do końca listopada 2021) pracownicy Wykonawcy wykorzystali łącznie średnio 2 dni na zwolnieniach lekarskich rocznie.

Obliczenie:

Składki ZUS za pracownika -13,71% (emerytalna 9,76%, rentowa 1,50%, chorobowa 2,45%)
 $3264,85 \text{ zł.} \times 13,71\% = 447,61 \text{ zł.}$

$3264,85 \text{ zł.} - 447,61 \text{ zł.} = 2817,24 \text{ zł.} : 30 \text{ dni} = 93,91 \text{ zł.}$ (dzienna stawka 100%)
Stawka dzienna 80% = $75,13 \text{ zł.} \times 2,0 \text{ dnia w roku} = 150,25 \text{ zł.} : 12 \text{ m-cy} = 12,52 \text{ zł.}$

Jest to kwota średniomiesięczna na jeden etat przeliczeniowy (średnia dla wszystkich obiektów.)

Koszty pozapłacowe,

1) Szkolenie BHP 18000,00 zł. (roczny koszt pracy 1 inspektora BHP zatrudnionego na umowę zlecenie w spółce - przypadający na 680 zatrudnionych w przeliczeniu na normę czasu pracy 168 rbg. (zatrudnienie w Spółce) na rok. Średniorocznie na jednego pracownika 26,47 zł. : 12 m-cy = 2,21 zł. średniomiesięcznie).

2) Koszt środków ochrony osobistej w tym dodatkowo w związku z pandemią wirusa COVID 19 , biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenie oraz posiadane zapasy magazynowe kształtuje się na poziomie ok. 1.800,00 zł. miesięcznie (maseczki, rękawiczki, płyn dezynfekujący itd.).

Koszt w przeliczeniu na jednego pracownika wynosi ok . 2,65 zł. średniomiesięcznie. Należy przy tym wskazać iż obecnie spółka posiada duże zapasy magazynowe, szczególnie rękawiczek i środków dezynfekujących, co przez najbliższe miesiące pozwala na ograniczanie kosztów bieżących. Ponadto kalkulacja wskazana w wyjaśnieniu odnosi się do średniej z 15 miesięcy kontraktu.

3) Koszty umundurowania i wyposażenia w całym okresie wykonywania umowy przypadające na jeden pełny etat pracownika ochrony z uwzględnieniem wymogów Zamawiającego oraz zapasów magazynowych Wykonawcy szacujemy na kwotę 400,00 zł. Wykonawca szacując zamówienie uwzględnił posiadane zapasy magazynowe , całkowicie zamortyzowane . Wyłącznie z uwagi na ryzyko iż zatrudniani pracownicy nie będą mieścić się w średnich wartościach rozmiarów wyposażenia mundurowego, pozostawiamy kwotę 28,57 zł. na jeden etat dodatkowych nieprzewidywanych kosztów. Średniomiesięczny koszt na jeden etat wynosi 2,04 zł.

4) Środki łączności (obliczone zgodnie z treścią SWZ) łączność bezprzewodowa:

9 krótkofalówek (radiotelefony przenośne) - koszt roczny opłat za częstotliwości
 $18860,00 \text{ zł.} : 370 \text{ sztuk urządzeń posiadanych przez spółkę tj. } 50,98 \text{ zł. rocznie tj. } 4,25 \text{ zł.}$
miesięcznie $\times 9 = 38,25 \text{ zł.} : 31,09 \text{ etatów} = 1,23 \text{ zł.}$

5) Łącznie koszt łączności bezprzewodowej 1,18 zł.

Należy dodać iż Wykonawca ma obecnie na stanie magazynowym kilkadziesiąt wolnych aparatów telefonicznych i wolnych numerów (kart SIM), dlatego liczony jest wyłącznie koszt abonamentu i opłat stałych.

Inne wyposażenie jak broń palna, paralizatory pow. 10mA, środki przymusu bezpośredniego, paralizatory elektryczne małej mocy, pałki tonfa, kajdanki, ACTIV_GUARDY, latarki , apteczka pierwszej pomocy, pilot napadowy wraz z centralką do wezwania patrolu interwencyjnego, ręczne wykrywacze metalu, systemy obchodów ACTIV-GUARD itd. znajdują się w zasobach magazynowych Wykonawcy w ilości znacznie przekraczającej potrzeby zamówienia.

6) Koszty administracyjne : ok. 50.000 zł. rocznie poza pokazanymi w rozliczeniu innymi kosztami - zatrudnionych łącznie w spółce ok. 680 pracowników w przeliczeniu na wymiar jednego etatu (168 rbg miesięcznie) : średnio 6,13 zł.

miesięcznie . $(50.000,00 : 12 \text{ m-cy} = 4166,67 \text{ zł.} \text{ miesięcznie} : 680 \text{ etatów})$

7) nadzoru inspektorskiego - 2 inspektorów nadzoru;

• koszt pracy 1 inspektora zatrudnionych na umowę o pracę. Pracownik ten ma orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym. Koszt pracy 4300,00 zł. - 1200,00 zł. = 3.100,00 zł.

2 inspektorów nadzoru zatrudnionych na umowę zlecenie .Koszty średnie w miesiącu 19,70 x 75 rbg x 2 osoby w miesiącu = 2955,00 zł. . Koszt zatrudnienia tych pracowników 3.100,00 zł. + 2.955,00 zł. = 6.055,00 zł. : 680 = 8,90 zł. średniomiesięcznie na jeden etat przeliczeniowy.

8) Szkolenia pozostałe . Szkolenie bieżące i stanowiskowe prowadzi Inspektor nadzoru - koszt został uwzględniony w pkt 7.

9) Badania lekarskie pracowników kwalifikowanych zgodnie z przepisami powinny być ponawiane co dwa lata, dotyczą jedynie inspektorów nadzoru..

Zgodnie z przepisami tzw. ustawy COVIDOWEJ w czasie epidemii wszelkie badania w tym badania okresowe ulegają zawieszeniu nie dłużej niż do upływu 180 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. W sytuacji nasilania się pandemii w chwili obecnej i przewidywań na rok 2022 nie planujemy kierowania pracowników na badania okresowe, w związku z czym nie naliczamy kosztów w tym zakresie. Ewentualna konieczność skierowania pracowników w drugiej połowie 2022 roku i związane z tym koszty pokryte będą z marży.

10) Inne koszty zamówienia - polisy ubezpieczeniowe : koszt roczny 4.500,00 zł. rocznie: 680 etatów : 12 m-cy = 0,55 zł. na jeden etat miesięcznie .

11) Grupy interwencyjne - PODWYKONAWCA . Ryczałt miesięczny za abonament GI na każdy obiekt 30,00 zł. . Razem 270,00 zł. : 31,09 etatów = 8,68 zł. średniomiesięcznie na jeden etat. (razem pkt 10 i 11 = 9,23)

Pomoc publiczna

Wykonawca - Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. zatrudnia osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności i z tego tytułu otrzymuje dotacje z PFRON.

Wykonawca zamierza zatrudnić pracowników w wymiarze łącznym 30,00 etatów posiadających orzeczenia o niepełnosprawności, w tym w stopniu umiarkowanym 26, znacznym 4), których schorzenia w żadnym przypadku nie utrudniają wykonywania zadań wymaganych przez Zamawiającego co potwierdzone jest zaświadczeniami lekarskimi. Wyliczenie wysokości dotacji z PFRON :

25x1200,00 zł. = 30.000,00 zł. miesięcznie + 5 x 1950,00 = 39.750,00 zł.
Razem 596.250,00 zł. za okres 15 miesięcy.

Planowana marża za cały kontrakt 12-miesięczny to ok. 1500,00 zł. miesięcznie tj. ok. 22 500,00 zł. za okres 15 miesięcy .

Podsumowując, wszystkie obliczenia i pokazane koszty są zgodne z obowiązującym prawem oraz obliczone są na podstawie stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę

obowiązującego w 2022 roku .

Kalkulację przedstawiamy na druku opracowanym przez ZUS dot. wykazania iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dane zawarte w druku pokazują wszystkie koszty w skali zarówno miesiąca jak i całości zamówienia oraz oddzielnie marżę miesięczną."

Wykonawca Agencja MK załączył także wskazane w wyjaśnieniach dokumenty.

Wyjaśnienia, pismem z dnia 27 grudnia 2021 r., złożyło także konsorcjum Emporio, zastrzegając, że zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

13 stycznia 2022 r. zamawiający przekazał odwołującemu wyjaśnienia wykonawcy MK, a jednocześnie wskazał, że konsorcjum Security Emporio zastrzegło, iż „informacje

i dokumentacje przedłożone do przedmiotowego wyjaśnienia mają charakter tajemnicy

przedsiębiorstwa" oraz, że (prezentując uprzednio uzasadnienie swojego stanowiska), że nie może udostępnić odwołującemu tych wyjaśnień.

Odwołujący złożył, pismem z dnia 13 stycznia 2022 r., zastrzeżenia do uznania zastrzeżenia konsorcjum Emporio za skuteczne, wnosząc o „weryfikację czynności

Zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia Sign żądanych dokumentów z uwzględnieniem powyższych obowiązków ciążących na Zamawiającym i udostępnienie Sign wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Ewentualnie, przekazanie uzasadnienia zastrzeżenia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jeśli konsorcjum Emporio nie zastrzegło, iż także ten dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.”.

Odwołujący nie wniósł odwołania wobec nieudostępnienia mu wyjaśnień konsorcjum Emporio, co potwierdził oświadczeniem na rozprawie.

Pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Agencja MK (100 pkt) oraz o przyznaniu ofertom:

konsorcjum Emporio i odwołującemu odpowiednio 99,83 i 82,77 punktów, a nadto o odrzuceniu ofert pozostałych dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty.

Zarzut pierwszy - zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Agencję MK i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Agencji MK mimo, że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska

oraz

zarzut drugi - zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Emporio mimo, że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.”

To zatem na odwołującym spoczywał ciężar dowodu co do tego, że oceniając wyjaśnienia Agencji MK i konsorcjum Emporio zamawiający zaniechał „pogłębionej” analizy, poprzestając na ich ocenie w sposób formalny.

Tymczasem odwołujący nie wskazał nawet na czym polegał „błąd” zamawiającego przy ocenie wyjaśnień wykonawców Agencja MK i konsorcjum Emporio, zakładając jedynie, że skoro, jak ocenił, zaoferowane przez obu wskazanych wykonawców stawki są rażąco niskie to oznacza to, że ocena zamawiającego była nieprawidłowa (formalna), prezentując przy tym uwagi ogólne, a to, iż w zamówieniach związanych z ochroną fizyczną osób i mienia koszt pracy związany z zatrudnieniem jest najistotniejszym elementem cenotwórczym, iż wyjaśnienia wezwanego wykonawcy muszą posiadając pewne cechy i obalić powstałe domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, prezentując przy tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając powyższe (ciężar dowodu) oraz fakt, że skład orzekający Izby uznał, iż żadnej z cen (stawek) zaoferowanych przez ww. wykonawców nie można zakwalifikować jako rażąco niskiej, uznał, że zamawiającemu nie można przypisać dokonania formalnej jedynie oceny wyjaśnień, co przesądziło o oddaleniu zarzutów.

Zarzut trzeci - zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Agencję NIK w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów

oraz

zarzut czwarty - zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Emporio w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;” zaś art. 224 ust. 6 ustawy Pzp brzmi: „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.”

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważył, abstrahując od przyczyn tego, czy odwołujący mógł wcześniej niż w dniu upływu terminu na złożenie odwołania wystąpić i uzyskać treść wyjaśnień Agencji MK i konsorcjum Emporio, że skład orzekający Izby związany jest zarzutami odwołania (art. 555 ustawy Pzp - „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”), co oznacza, że związany jest konkretnymi zarzutami opartymi na konkretnych, wskazywanych przez odwołującego okolicznościach faktycznych.

Odwołujący zaprezentował własne wyliczenia co do minimalnego kosztu związanego z zatrudnieniem pracownika (bez pozostałych kosztów), prezentując stawki za 1 rbh w 2022 roku w II wariantach:

- w wysokości 25,78 zł - wariant przy założeniu zatrudnienia pracownika bez orzeczenia o niepełnosprawności, w wysokości 30,80 zł z uwzględnieniem innych koniecznych do poniesienia kosztów,
- w wysokości 23,13 zł - wariant przy założeniu zatrudnienia pracownika z lekkim stopniem niepełnosprawności, w wysokości 28,15 zł z uwzględnieniem innych koniecznych do poniesienia kosztów.

Wyliczenia zostały oparte m.in. na następujących założeniach:

- zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w tym osób z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu lekkim,
- minimalne, określone przepisami, wynagrodzenia za pracę w 2022 roku - 3100,00 zł,
- brak możliwości waloryzacji ceny (stawki), a tym samym konieczność uwzględnienia wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. (realizacja usługi w I kwartale 2023 roku),
- zwiększenie minimalnej liczby osób (ponad 27) ze względu m.in. na ograniczenia związane z zakazem pracy osób niepełnosprawnych w porze nocnej i godzinach nadliczbowych,
- ilość godzin nocnych - 71 (tabela II na str. 8 odwołania),
- koszt jednostkowego podjazdu załogi interwencyjnej między godzina 19 a 6 - 30,00 zł (poz. 1 tabeli ze str. 14 odwołania),
- konieczność ujęcia innych kosztów jak np. wyposażenie chronionych budynków w system przeciwnapadowy radiowy, wyposażenie osób w przyciski antynapadowe współdziałające z systemem przeciwnapadowym, patroli interwencyjne

Bezspornym było, że zamawiający wymagał zatrudnienia do realizacji przedmiotu zamówienia co najmniej 27 pracowników na podstawie umowy o pracę oraz, że usługa ma być realizowana do 31 marca 2023 r. Obie strony uznawały, że kluczową pozycją kosztową, ze względu na przedmiot zamówienia, stanowią koszty pracy (pracownicze, płacowe).

Bezspornym było także, że zamawiający dopuścił możliwość zatrudnienia pracowników z orzeczeniem niepełnosprawności (nie skazując stopnia niepełnosprawności).

Odwołujący nie negował możliwości „obniżenia kosztów pracy poprzez zatrudnienie

pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności i skorzystanie z idących za tym dofinansowań z PFRON” (str. 6 zdanie ostatnie odwołania), jednocześnie jednak dopuszczając jedynie możliwość zatrudniania pracowników z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu lekkim. Kwestia ostatnia była między stronami sporna.

Argumentował, że skierowanie pracowników z umiarkowanym i znacznym stopniem niepełnosprawności nie jest możliwe ze względu na przepisy ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, powołując się - w odniesieniu do osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - na art. 4 ust. 2 tej ustawy zgodnie, z którym do osób takich zalicza się „osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych, wskazując przy tym, że:

- > zatrudnienie takich osób wymagałoby „przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej”, a ani wykonawca Agencja MK, ani konsorcjum Emporio nie są zakładami pracy chronionej czy aktywności zawodowej - nie są w stanie przystosować stanowisk pracy dla wszystkich osób w odpowiednie sprzęty typu „pochylnie, windy dla niepełnosprawnych, poręcze wzdłuż tras patrolowania, łazienki dla niepełnosprawnych” (str. 12 drugi akapit odwołania),
- > obiekty zamawiającego nie są przystosowane do pracy takich osób niepełnosprawnych (str. 12 trzeci akapit odwołania).

Zamawiający utrzymywał natomiast, że „Analiza definicji umiarkowanego stopnia niepełnosprawności skłania jednak do wniosku, że w tej kategorii są osoby całkowicie zdolne do pracy, które z powodu naruszenia sprawności organizmu wymagają czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. Przystosowanie stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej ma na celu przywrócenie zdolności do pracy, umożliwienie świadczenia konkretnej pracy na równi z osobami o nienaruszonej sprawności organizmu. Nie każda osoba niepełnosprawna jest niezdolna do pracy. Naruszona sprawność organizmu może bowiem skutkować w innych sferach życia niż zawodowa. W takich przypadkach osoba niepełnosprawna może wykonywać pracę zarobkową w tych samych warunkach, w jakich wykonują ją osoby bez orzeczenia o niepełnosprawności. Oznacza to, że zdolność do pracy tym osobom ma przywrócić odpowiednie wyposażenie w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne. Innymi słowy, nie każda osoba niepełnosprawna potrzebuje przystosowania

stanowiska pracy do jej potrzeb.

Dostosowanie stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej jest procesem bardzo zindywidualizowanym, ponieważ to samo schorzenie może w różnym stopniu ograniczać zdolność do pracy. Biorąc pod uwagę różnorodność stanowisk pracy, narzędzi pracy i okoliczności związanych z jej wykonywaniem, nie jest możliwe opracowanie uniwersalnej instrukcji przystosowania stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej. Przystosowanie stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej nie powinno być

kojarzone stereotypowo z kosztownym procesem modernizacji budynku. Oceny sposobu

przystosowania stanowiska pracy do potrzeb konkretnej osoby powinno się dokonywać z uwzględnieniem charakteru możliwej do wykonywania pracy, wymagań technicznych, środowiskowych, medycznych oraz właściwej organizacji pracy. W literaturze podkreśla się, że przy rozpatrywaniu możliwości zatrudnienia osoby niepełnosprawnej należy pamiętać o trzech zasadniczych kwestiach. Po pierwsze, osoby niepełnosprawne zachowują określone sprawności i umiejętności, których identyfikacja, odpowiednie ukierunkowanie i usprawnienie stanowią podstawę do podjęcia pracy zawodowej. Po drugie, żadna praca nie wymaga od osoby, która ją wykonuje, zaangażowania wszystkich jej sprawności fizycznych, psychicznych i społecznych. I wreszcie po trzecie, osoby niepełnosprawne mają możliwość uruchomienia mechanizmów kompensacyjnych polegających na zastąpieniu uszkodzonych lub zaburzonych czynności organizmu przez inne czynności. Należy pamiętać również o tym, że przystosowanie stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej powinno nastąpić w taki sposób, by uwzględniało konieczność zapobiegania pogłębianiu się niepełnosprawności i powstawaniu dodatkowych niesprawności.” (str. 9 Odpowiedzi na odwołanie).

Skład orzekający Izby podzielił argumentację zamawiającego, uznając, że możliwym było ujęcie w kalkulacji kosztów zatrudnienia osób z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym.

Dostrzec także należy, że jakiegokolwiek ograniczenia co do możliwości zatrudnienia osób z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym nie wprowadził zamawiający, udzielając odpowiedzi w tym zakresie 30 listopada 2021 r.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że zatrudnianie pracowników z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym jest powszechną praktyką wykonawców świadczących usługi ochrony mienia.

Spornym było także to, czy wykonawcy mogli, kalkulując cenę ofertową (stawkę), przyjąć możliwość waloryzacji ceny (stawki) w szczególności w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia za prace w 2023 roku.

Odwołujący utrzymywał, że możliwość taką zamawiający wykluczył postanowieniem rozdziału I pkt 15 pkt 15.5. SWZ, natomiast zamawiający, że możliwość taką przewidział w projektowanych postanowieniach umownych.

Skład orzekający Izby ustalił, że postanowienia SWZ w zakresie możliwości/braku możliwości waloryzacji ceny (stawki) były wewnętrznie sprzeczne.

Z jednej bowiem strony zamawiający podał, że „Ceny określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji”

- rozdział I pkt 15 pkt 15.5. SWZ, z drugiej strony, że w § 12 ust. 3 postanowień umownych (rozdział III SWZ), że „dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen usług związanych z realizacją przedmiotu zamówienia (waloryzacja). Zamawiający określa, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmiany: (.) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie [ustawy](#) z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoim orzecznictwie prezentowała podgląd, że niejasności, czy wręcz sprzeczności w treści dokumentów postępowania, opracowanych przez zamawiającego w tym przede wszystkim w treści SWZ należy poczytywać na korzyść wykonawców.

Podzielając powyższy, utrwalony pogląd, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każdy z wykonawców, kalkulując cenę ofertową (stawkę) mógł przyjąć, że wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę będzie prowadził do zwiększenia stawki przyjętej w ofercie (zaofertowanej w toku aukcji). Faktu tego w żadnym razie nie zmienia - jak wskazywał odwołujący - możliwość wstępnego oszacowania, jaki poziom wynagrodzenia osiągnie wynagrodzenie minimalne w 2023 roku („Bazując natomiast za zapowiedziach programów rządowych, zgodnie z którymi w 2024 roku wynagrodzenie minimalne ma osiągnąć poziom 4.000,00 zł brutto, wzrost wynagrodzenia w 2023 roku do poziomu około 3.500,00

- 3.600,00 zł brutto (lub wyżej) zdaje się być realnym.” (str. 7 czwarty akapit zdanie ostatnie odwołania).

Powyższe oznacza, że wyliczenia odwołującego co do minimalnej stawki za usługę, oparte na założeniu niedopuszczalności waloryzacji stawki za okres realizacji zamówienia w 2023 roku (I kwartał) są nieprawidłowe.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że „w odwołaniu, ze względu na pośpiech, ujęto zbyt dużą ilość godzin w porze nocnej. Właściwa to 56.”

Powyższe oznacza, że wyliczenia odwołującego co do minimalnej stawki za usługę, oparte na założeniu, że wymagana jest praca w porze nocnej w ilości 71 godzin są nieprawidłowe.

Na rozprawie odwołujący wskazał także inny, wyższy koszt z tytułu podjazdu załogi interwencyjnej - w odwołaniu wskazał 30,00 zł, na rozprawie: 45,00 zł, 47,00 zł i 50,00 zł netto (trzy oferty). Podnieść jednak należy, niezależnie od narzucającego się spostrzeżenia co do tak znaczących różnic we wskazywanych przez odwołującego wielkości, że nie jest wiadomym jaka była treść zapytań odwołującego skierowanych do dwóch z trzech wykonawców, w przypadku zaś trzeciego wykonawcy odwołujący pytał „o cenę za jeden podjazd grupy interwencyjnej”, co skłania do wniosku, że cen tych nie można traktować jako adekwatnych do ujętych przez odwołującego w tabeli na str. 14 odwołania podjazdów w ilości ponad 12 tysięcy.

Twierdzenie o rażąco niskich stawkach zaoferowanych przez obu sklasyfikowanych wyżej niż oferta odwołującego wykonawców odwołujący oparł na porównaniu wyliczonych przez siebie w odwołaniu stawek (II warianty) ze stawkami konkurencyjnych wykonawców.

Jednak wyliczenia odwołującego nie mogą stanowić „wzorca” wedle, którego należy ocenić oferty wykonawcy Agencja MK oraz konsorcjum Emporio, ponieważ zawierają błędy, co czyni je niewiarygodnymi.

Błędy te dotyczą, o czym była mowa powyżej, niezasadnego ograniczenia możliwości kalkulacji stawki w oparciu o koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób z orzeczeniem niepełnosprawności w stopniu lekkim, braku możliwości waloryzacji ceny (stawki) za usługi realizowane w I kwartale 2023 roku), błędnej ilości godzin nocnych. Niewiarygodne, pomijając nawet, że zmieniałoby to wysokość stawki minimalnej wskazanej w odwołaniu, okazały się także koszty z tytułu podjazdu załogi interwencyjnej.

Nawiązując do obawy odwołującego, że wykonawca Agencja MK oparł wyliczenia na kosztach związanych z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych po to, aby wykonywać zamówienie osobami pełnosprawnymi, skład orzekający Izby stwierdza, że na etapie badania i oceny ofert nie sposób odnieść się do takich przypuszczeń, zwłaszcza, że odwołujący nie wskazał, co stanowi ich podstawę.

Uwzględniając powyższe oraz brak jakiegokolwiek odniesienia się przez odwołującego do rzeczywistej treści wyjaśnień choćby wykonawcy Agencja MK (odwołujący chciał, aby prezentowaną w odniesieniu tego wykonawcy argumentację odnosić także do konsorcjum Emporio), skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Agencję MK oraz konsorcjum Emporio ze względu na to, że zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tych wykonawców stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów nie potwierdziły się.

Zarzut piąty - wyboru oferty Agencja MK jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy,

oraz

zarzut szósty - zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Emporio pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;”

Zarzuty odwołujący oparł na tym, że zarówno wykonawca Agencja MK, jak i konsorcjum Emporio zaoferowali ceny rażąco niskie, która nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i obligowało zamawiającego do odrzucenia ofert obu wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) [odwołujący na str. 24 odwołania omyłkowo wskazał art. 227 ust. 1 pkt 7).

Uwzględniając powyższe oraz fakt, że skład orzekający Izby uznał, iż żadnej z cen (stawek) zaoferowanych przez ww. wykonawców nie można zakwalifikować jako rażąco niskiej, uznał w konsekwencji, że zamawiającemu nie można przypisać zaniechania odrzucenia ofert także z zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co przesądziło o oddaleniu zarzutów.

Zarzuty siódmy - wyboru jako najkorzystniejszej oferty Agencji MK podlegającej odrzuceniu i zaniechania przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

oraz

zarzut ósmy - zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Emporio podlegającej odrzuceniu i zaniechania przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie potwierdziły się.

W konsekwencji tego, że nie potwierdził się żaden z wcześniejszych zarzutów odwołania - zarzutów co do oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Agencja MK i konsorcjum Emporio oraz co do zaniechania odrzucenia ofert obu wykonawców, skład orzekający Izby uznał, że także te zarzuty się nie potwierdziły.

Skoro bowiem ocena wyjaśnień nie była „jedynie formalna” i zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia ani oferty wykonawcy MK, ani oferty konsorcjum Emporio, to poddanie ich ocenie z zastosowaniem ustanowionych w tym postępowaniu kryteriów oceny ofert, czego wynikiem był wybór oferty wykonawcy Agencja MK było prawidłowe.

Skład orzekający Izby pominął złożone przez odwołującego na posiedzeniu analizy szczegółowe (załącznik nr 1 i 2), ponieważ zawierały wyliczenia nie referujące do okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden z zarzutów, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

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

Przewodniczący:

KIO 70/22

31