Sygn. akt: KIO 337/22

WYROK

z 21 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 18 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2022 roku przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Muzeum Starożytnego Hutnictwa Mazowieckiego im. Stefana Woydy z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

   1.2 odrzucenie z postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających

   się o udzielenie zamówienia: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Business Solutions Center Sp. z o.o. z siedzibą

   w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Muzeum Starożytnego Hutnictwa

   Mazowieckiego im. Stefana Woydy z siedzibą w Pruszkowie i:

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

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

   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 337/22

Muzeum Starożytnego Hutnictwa Mazowieckiego im. Stefana Woydy z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r.

Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Usługa ochrony Muzeum Starożytnego Hutnictwa Mazowieckiego im. Stefana Woydy w Pruszkowie", numer referencyjny: MSHM.261/L.dz.146/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 grudnia 2021 r. w miniPortalu Urzędu Zamówień Publicznych pod numerem Ogłoszenie nr 2021/BZP 00323261.

8 lutego 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Business Solutions Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej: Holding Hunters), o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, mimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Holding Hunters,

2. art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez Holding Hunters nie budziła wątpliwości, co doprowadziło

do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, że wskazane oferty zawierały rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty,

3. art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 Pzp przez wybór oferty pozornie

najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zaproponowane przez Holding Hunters warunki cenowe zawierały cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów,

jak zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, byłoby niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego,

4. art. 28 Pzp przez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych

w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego,

5. art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 Pzp przez wybór oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań była niemożliwa zgodnie z obowiązującym prawem, albowiem była skalkulowana poniżej aktualnych kosztów pracy,

6. art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 Pzp przez nieprzekazanie Odwołującemu, na jego wniosek, kompletu oświadczeń, wyjaśnień i dokumentów postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,

2. wezwania Holding Hunters do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,

3. odrzucenia oferty złożonej przez Holding Hunters w związku z faktem, że jej cena była rażąco niska,

4. ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł ponadto o:

5. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego,

6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej do odwołania szczegółowej kalkulacji kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowaną z wykorzystaniem specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy

przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez Holding Hunters, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT.

Podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron 18 lutego 2022 r. Odwołujący złożył

oświadczenie o wycofaniu zarzutów o numerach: 1, 4 i 6.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów Odwołujący wskazał:

20 grudnia 2021 roku Zamawiający wraz z ogłoszeniem o zamówienia opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wraz z załącznikami, z których wynikało m. in., że Zamawiający wymagał, by osoby realizujące przedmiot zamówienia były zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę. Zamawiający zastrzegł, że pracownicy sprawujący bezpośrednią ochronę w budynku nie mogą przy tym posiadać statusu osoby niepełnosprawnej.

W ocenie Odwołującego proponowane przez Holding Hunters warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegały od przyjętych reguł rynkowych oraz poddawały pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty.

Zaproponowane przez Holding Hunters warunki cenowe zawierały cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę, z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób

z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, byłoby niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych.

Oferta Holding Hunters nie odpowiadała istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Na potwierdzenie Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Odwołujący wyjaśnił, że w tej kalkulacji założył najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które

ze względu na osiągnięty wiek będą zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę. Cena netto z opracowanego kalkulatora wyniosła 679 244,93 zł, przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi

17 lutego 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i w zakresie podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 Pzp Zamawiający wskazał, że pismem z 13 stycznia 2022 r. zwrócił się do Holding Hunters o udzielenie wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Wezwanie skierowane zostało w oparciu o art. 224 Pzp. Następnie, w celu doprecyzowania złożonych przez Holding Hunters wyjaśnień z 13 stycznia

2022 r. oraz 27 stycznia 2022 r. Zamawiający dwukrotnie zwracał się o ich doprecyzowanie. Pisma o doprecyzowanie wyjaśnień kierowane były do Holding Hunters 24 stycznia 2022 r. (II) oraz

31 stycznia 2022 r. (III). W związku z powyższym nieuprawnione było twierdzenie, że Zamawiający w sposób nierzetelny podszedł do zbadania wysokości zaoferowanej ceny. Wręcz przeciwnie, Zamawiający dążył do rozwiania wszelkich wątpliwości, jakie pojawiły się na tle składanych wyjaśnień, w tym przedstawianych przez Holding Hunters kalkulacji szczegółowych oraz przedkładanych dowodów. Zamawiający uzyskał od Holding Hunters wyjaśnienia i dowody, które zostały rzetelnie zweryfikowane przez Zamawiającego oraz będą służyły Zamawiającemu do późniejszego wyegzekwowania od Holding Hunters świadczenia w sposób zgodny ze złożoną ofertą.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego jakoby nie dokonał krytycznej analizy treści oferty Holding Hunters. W ramach kolejno kierowanych wezwań do doprecyzowania złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonał szczegółowej weryfikacji oferty Holding Hunters, która doprowadziła do wniosku, że oferta nie podlegała odrzuceniu. Złożone w toku weryfikacji oferty wyjaśnienia Holding Hunters były konkretne i w ocenie Zamawiającego poparte wystarczającymi dowodami, które trudno podważyć.

Zamawiający zaprzeczył też, jakoby oferta Holdingu Hunters była tylko pozornie najkorzystniejszą.

Zamawiający zbadał tą ofertę ze szczególnym uwzględnieniem wymogu zatrudnienia osób na postawie umowy o pracę oraz zastrzeżenia dotyczącego zatrudnienia osób niepełnosprawnych na potrzeby bezpośredniej ochrony w budynku. Zamawiający nie stwierdził niezgodności

z postanowieniami dokumentów zamówienia. W przekonaniu Zamawiającego weryfikacja oferty Holdingu Hunters była rzetelna, a zaoferowana cena uwzględniała wszystkie koszty niezbędne do wykonania prawidłowo przedmiotu świadczenia. Zamawiający nie poprzestał na skierowaniu jednokrotnego wezwania i przyjęciu wyjaśnień złożonych przez Holding Hunters. Dokonał dwukrotnego doprecyzowania wyjaśnień, z uwagi na powstałe w toku ich analizy wątpliwości. Przedłożone wyjaśnienia oraz dowody Zamawiający uznał za dostateczne i wiarygodne. Zamawiający działał również w celu maksymalnego ograniczenia zagrożeń związanych z wykonaniem zobowiązania w przyszłości.

Zamawiający podkreślił, że oferta Odwołującego uplasowała się na 4 z 5 pozycji w rankingu cenowym złożonych ofert. Oznacza to, że 3 oferty zostały skalkulowane niżej, aniżeli oferta Odwołującego, tj.:

1. Holding Hunters - cena ofertowa - 763 233,70 zł brutto,
2. Biuro Ochrony Persona Group W. G., Z. K.. - cena ofertowa 789 069,60 zł brutto,
3. Biuro Ochrony Osób i Mienia Minor Sp. z o.o. - cena ofertowa 811 445,76 zł brutto
4. Odwołujący - cena ofertowa 861 969,83 zł brutto
5. Target Sp. j. A. Ł. M. R. - cena ofertowa 942 521 zł brutto.

Odwołujący przedstawił obliczenia przeprowadzone w oparciu o kalkulator opracowany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Odwołujący nie przywołał jednak dokładnego źródła kalkulatora. Załącznik do odwołania zatytułowany został „Prokuratura Okręgowa w Olsztynie, Prokuratury Rejonowe Olsztyn Północ i Olsztyn Południe. Załącznik 1A Kalkulator do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty — usługa ochrony".

W przekonaniu Zamawiającego kalkulator miał charakter pomocniczy, był narzędziem, które nie uwzględniało uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia oraz sposobu organizacji realizacji danej usługi przez danego wykonawcę. Zamawiający wskazał również na sprzeczności w argumentacji Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że cena oferty złożonej przez Holding Hunters była wyższa od wartości szacunkowej zamówienia, ujawnionej w ogłoszeniu o zamówieniu, wynoszącej 530 000 zł netto (651 900 zł brutto).

Uwzględniając wyjaśnienia Holdingu Hunters, zawarte w piśmie z 27 stycznia 2022 r. o liczbie ochranianych obiektów oraz zakładanym zysku jednostkowym, brak było podstaw do uznania ich za niewiarygodne. Wziąć pod uwagę należało, że warunki przedmiotowego zamówienia przewidywały ochronę świadczoną w godzinach 16:00 — 8:00, tj. 16h/dobę (od pn. do pt.) a także dyżur techniczny w weekendy od 11:00 do 15:00 tj. 4h/dobę. Natomiast ochrona całodobowa przewidywana była jedynie w weekendy i święta.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o.

Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Business Solutions Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim 11 lutego 2022 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pana W. G. jednak z załączonych do zgłoszenia przystąpienia dokumentów (KRS: Blue Hunters Sp. z o.o. Sp.K., Green Hunters Sp. z o.o. Sp.K., Holding Hunters Sp. z o.o. Sp.K., Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o.) nie wynikało, by pan W.G. był w chwili zgłoszenia przystąpienia umocowany do reprezentacji Holdingu Hunters. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron pełnomocnicy wykonawcy oświadczyli, że nie są w stanie wykazać, że pan W.G. był umocowany do reprezentacji Holdingu Hunters. W konsekwencji Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania, że Holding Hunters skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Holdingu Hunters,
3. dokumentów dotyczących pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 stycznia 2022 r. przez Odwołującego (sygn. akt KIO 1/22) oraz oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu tego odwołania,
4. wezwań do wyjaśnień ceny oferty kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego wraz z odpowiedziami Odwołującego na te wezwania,
5. kalkulacji złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu oferty złożyli:

1. Odwołujący - cena: 861 969,83 zł,
2. Holding Hunters - cena 763 233,70 zł,
3. Target Sp. j. A. Ł., M. R. z siedzibą w Warszawie - cena 942 521,05 zł,
4. Biuro Ochrony Osób i Mienia Minor Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie - cena: 811

445,76 zł,

5. Biuro Ochrony Persona Group W. G., Z. K. z siedzibą w Wołominie - cena: 789 069,60 zł.

29 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Holding Hunters.

3 stycznia 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przeciwko tej czynności zarzucając Zamawiającemu m. in. zaniechanie wezwania Holdingu Hunters do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

10 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu ww. zaniechania. W konsekwencji czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została unieważniona.

Następnie Zamawiający trzykrotnie wzywał Holding Hunters do złożenia wyjaśnień wraz ze stosownymi dowodami. Kwestia zasadności wielokrotnego zamiast jednokrotnego wzywania do wyjaśnień jak również treść wyjaśnień nie jest objęta zarzutami odwołania. Istotną wartość dowodową dla oceny zasadności zarzutów odwołania miały jednak następujące informacje przekazane Zamawiającemu przez Holding Hunters w toku wyjaśniania ceny oferty:

1. Zgodnie z kalkulatorem do obliczenia ceny oferty złożonym wraz z wyjaśnieniami z 13 stycznia 2022 r. Holding Hunters założył, że realizacja przedmiotu zamówienia wymagać będzie zatrudnienia personelu w łącznym wymiarze 3,53 etatu (594 roboczogodziny w miesiącu). Wykonawca założył przy tym również, że w powyższym wymiarze etatów pracować będzie 9 osób.

2. Koszty pracownicze dla jednego etatu w ujęciu miesięcznym wynieść miały 3 530,78 zł, przy czym stawki na ZUS dla jednego etatu zawierające składki: emerytalną, rentową, wypadkową, fundusz pracy oraz FGŚP i PPK 1,5% wykonawca skalkulował na poziomie 230,98 zł. Z kolei dodatek za pracę w godzinach nocnych dla jednego etatu wyniósł 144 zł.

Zamawiający w zakresie ww. kosztów zadał wykonawcy dodatkowe pytania (drugie wezwanie do wyjaśnień, z 24 stycznia 2022 r.):

1. „Prosimy o uzasadnienie dla wskazanego przez Wykonawcę podanego wyliczenia składek ZUS w wysokości 230,98 zł. Z wyliczeń i ustaleń Zamawiającego wynika, że dla jednego etatu powinna to być kwota 616,46 zł.

2. Prosimy o uzasadnienie dla wskazanego przez Wykonawcę podanego wyliczenia dodatku za pracę w godzinach nocnych, tj. 144,00 zł dla jednego etatu. Z wyliczeń i ustaleń Zamawiającego wynika, że powinna być to kwota 248,20 zł (uśredniona) powiększona o składki w wysokości 44,71 co daje razem 292,91 zł".

Na powyższe pytania 27 stycznia 2022 r. Holding Hunters odpowiedział następująco:

1. „Tak jak uprzednio wyjaśnialiśmy, różnica pomiędzy kwotą 616,46 zł a 230,98 zł, czyli 385,48 zł zostanie rozliczona (dodana) do kosztu innego obiektu. Z racji tego, że ochrona Państwa obiektu nie jest całodobowa oraz - wymagana jest nieregularna dodatkowa ochrona w weekendy stąd do realizacji zamówienia skierujemy zatrudnionych przez Nas pracowników, ale z innych obiektów które obsługujemy. Każdy z pracowników będzie realizował na Państwa obiekcie średnio ok. 60

(w zależności od miesiąca) roboczogodzin w miesiącu w ramach swojego etatu, natomiast pozostał pensum etatu będzie realizowana na innych obiektach (zaznaczam, że pracownicy nie będą realizować czynności w ramach godzin nadliczbowych). Koszty składek na ZUS oraz koszty zastępstw za pracowników, którzy będą realizować zamówienie będziemy rozdzielać w przeważającej większości w kosztach innych obiektów. Nie łamiemy w żaden sposób obowiązującego prawa pracy. Dysponujemy pracownikami zatrudnionymi w ramach umów o pracę (zgodnie z Kodeksem Pracy)

o wartości minimalnej dla tych umów na 2022 rok, tj. 3010,00 zł brutto dla pracownika (na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) - wymóg z SWZ. Jeśli Zamawiający zna przepis prawa, który zabrania tego typu rozliczeń prosimy o jego wskazanie. Możemy dysponować pracownikami na terenie województwa mazowieckiego. Pracownicy ze względu na usytuowanie obiektu chętnie podejmą dyżury właśnie w granicach około 60 godzin w miesiącu. Są zatrudnieni w sposób prawidłowy, wszystkie składki po stronie Pracodawcy są pokrywane. Po objęciu ochrony przedstawimy na dowód tego zanonimizowane umowy o pracę wszystkich pracowników skierowanych do realizacji (...).

2. Poniżej wyliczenie kwoty za dodatek za pracę w porze nocnej (ilość takich godzin to 20,00%): 3010,00 : 168 godz. x 20% = 3,58 x (w przybliżeniu) 40 godzin w miesiącu = 143,20 zł, czyli w przybliżeniu 144,00 zł netto, co wskazaliśmy w

poprzednich wyliczeniach, do tego został dodany podatek VAT w dalszej części kalkulacji".

31 stycznia 2022 r. Zamawiający po raz kolejny wezwał Holding Hunters do wyjaśnień ceny wskazując m. in.:

„Prosimy o dodatkowe wyjaśnienie dla wskazanego przez Wykonawcę podanego wyliczenia składek ZUS w wysokości 230,98 zł. oraz dla dodatku za pracę w godzinach nocnych w wysokości 144,00 zł dla jednego etatu. Zamawiający powziął wątpliwości, ponieważ w złożonej przez Państwa kalkulacji kalkulator ceny oferty Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. wskazaliście Państwo, że liczba osób w przeliczeniu na pełen etat przy wymaganej liczbie roboczogodzin wynosi 3,53. W związku z powyższym, z wyliczeń i ustaleń Zamawiającego wynika, że dla jednego etatu powinna to być kwota 616,46 zł. oraz 292,91 zł. dodatku za pracę w godzinach nocnych. W związku z powyższym dla 3,53 etatu, którą wskazaliście Państwo

w swoich wyliczeniach, w opinii Zamawiającego, winna być przyjęta kwota wg następującego wyliczenia (292,92 zł + 144,00 zł.) x 3,53 etatu. Prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie, jaką liczbę etatów przyjęliście Państwo do kalkulacji ceny ofertowej oraz jaki sposób wyliczenia dla jednego etatu został zastosowany".

W odpowiedzi Holding Hunters wyjaśnił:

„Z racji tego, że nasi pracownicy którzy będą skierowani do ochrony obiektu Zamawiającego (9 osób) będą wypracowywać większość część etatu na innym obiekcie, cześć kosztu (różnicy) w składkach Pracodawcy rozliczymy w kosztach innych obiektów (tam gdzie dany pracownik będzie wykonywał większą część swojego etatu). Wspomniana wyżej różnica pomiędzy kwotą za składki po stronie Pracodawcy: 616,46 zł (dla jednego etatu), a 230,98 zł (jako koszt przypisany tylko do tego Obiektu), czyli 385,48 zł dla każdego z etatu, zostanie rozliczona (dodana) do kosztu innego obiektu, gdyż to na innych obiektach wszyscy skierowani

do realizacji pracownicy będą głównie wypracowywać swoje pensum godzin w miesiącu (dla każdego z Pracowników). Dlatego dla każdego z wymaganego do realizacji tego Zamówienia etatu (3,53) przyjęliśmy kwotę 230,98 zł x 3,53= 815,36 zł netto (składki po stronie Pracodawcy tylko dla tego Obiektu) + 144,00 zł x 3,53 =508,32 zł netto (dodatek za godziny nocne dla każdego z etatu) w miesiącu tylko do kosztów Państwa Obiektu. Tak jak wspomniałem w poprzednim piśmie, wnosimy o wskazanie przez Zamawiającego przepisu prawa mówiącego o tym, że tego typu działanie jest nieprawidłowe - póki co Zamawiający nie przytoczył takiego przepisu".

Oba przytoczone wyżej fragmenty wyjaśnień Holdingu Hunters nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się w zakresie przyjęcia przez Holding Hunters zbyt niskich kosztów pracowniczych.

Zarzuty odwołania, miały co do zasady bardzo ogólny charakter, ze względu na fakt, że Odwołujący podniósł te zarzuty przed ujawnieniem mu dokumentacji postępowania w części dotyczącej wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Holding Hunters. Odwołujący prawidłowo jednak założył, że przy cenie całkowitej oferty tego wykonawcy wynikające z przepisów prawa pracy koszty ponoszone przez pracodawcę zostały zaniżone. Założenie to zostało przez Odwołującego wykazane w oparciu o złożony wraz z odwołaniem kalkulator. Wynikające z przepisów prawa pracy minimalny, miesięczny koszt pracownika w 2022 r. dla jednego etatu to 3 626,46 zł. Na kwotę tą składają się:

1. Minimalna kwota wynagrodzenia brutto 3 010 zł,
2. składka emerytalna: 3 010 x 9,76% = 293,78 zł,
3. składka rentowa: 3 010 x 6,50% = 195,65 zł,
4. składka wypadkowa: 3 010 x 1,67% = 50,27 zł,
5. Fundusz Pracy: 3 010 x 2,45% = 73,75 zł,

6. Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych: 3 010 x 0,1% = 3,01 zł.

Ujęte przez Holding Hunters koszty spośród powyższych wyniosły jednak jedynie 3 240,98 zł. Pozostała część z obowiązkowych elementów składających się na koszt pracodawcy zatrudniającego pracowników na etacie według twierdzenia Holdingu Hunters miał być ponoszony w ramach realizacji zadań ochrony innych obiektów. Tym samym Holding Hunters założył, że mimo, iż do realizacji przedmiotu zamówienia będzie potrzebne łącznie 3,53 etatu, to część kosztów tych etatów poniesiona zostanie przez wykonawcę w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. Praktyka taka na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna. Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowanie rażącą niskiej ceny.

Skoro Holding Hunters założył realizację zamówienia przy wykorzystaniu 3,53 etatu, to jego obowiązkiem było przyjęcie adekwatnych do tego wymiaru kosztów, tj. 3,53 x 3 626,46 zł zamiast przyjętych 3,53 x 3 240,89 zł. Tym samym rację miał Odwołujący twierdząc, że przyjęte przez Holding Hunters stawki są zbyt niskie dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....