

WYROK

z dnia 28 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2022 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zamościu; Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B. w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zamościu; Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Jednostkę Wojskową Nr 6021 z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 625/22 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, „DERSŁAW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 626/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 625/22 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa;

Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa; Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 626/22 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa; Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 625/22
KIO 626/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa Nr 6021 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi ochrony osób i mienia realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w całodobowym systemie zmianowym na rzecz pododdziałów gospodarczych Jednostki Wojskowej Nr 6021 z podziałem na 5 części” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 131-349395. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego w sprawie KIO 625/22

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie w zakresie części II postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz zaniżoną stawkę godzinową, a tym samym winna zostać odrzucona, pomimo że Odwołujący prawidłowo skalkulował zaoferowaną stawkę godzinową (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego),

w szczególności z zachowaniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, co wyjaśniono szczegółowo w wyjaśnieniach z 15 lutego 2022 roku,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż nie wskazano wyceny grupy interwencyjnej oraz kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej, co, zdaniem Zamawiającego, stanowiło podstawę do odrzucenia oferty, podczas gdy wy tłumaczenie w tym zakresie zawarto w wyjaśnieniach z 15 lutego 2022 r.,

3. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych tłumaczeń w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień z 15 lutego 2022 r. i kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,

4. art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w części II postępowania,

5. art. 253 ust. 1 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, polegające na przyjęciu, iż w przypadku stwierdzenia, że oferta Odwołującego narusza przepisy o minimalnym wynagrodzeniu, podstawą odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także błędną ocenę stanu faktycznego i prawnego, polegającą na stwierdzeniu, że Odwołujący zaoferował stawkę wynagrodzenia pracowników netto niższą niż minimalne wynagrodzenie pracowników obowiązujące w 2022 roku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części II postępowania, nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu w części II, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu kontynuowania wobec Odwołującego procedury wyjaśnień w zakresie ceny, a także zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał trzy grupy powodów odrzucenia: zaniżenie stawki godzinowej, brak wskazania wyceny grupy interwencyjnej oraz brak wskazania kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej. W ocenie Odwołującego wszystkie te powody nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym.

W załączniku nr 13.2 do Zaproszenia do składania ofert - Specyfikacja cenowa - szczegółowa w części 1. Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto) znajdowały się dwie kolumny odnoszące się do wynagrodzenia pracownika: kolumna nr 7 - stawka godzinowa (netto) i kolumna nr 8 - stawka godzinowa

(brutto). Opis zawarty

w załączniku był na tyle nieprecyzyjny, że wykonawcy dwukrotnie zwrócili się do Zamawiającego o doprecyzowanie, o jakie stawki chodzi w tych kolumnach.

Na pytanie nr 10: „W odpowiedzi na wyjaśnienia z dn. 20.01. 2022 r. informujemy, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił wątpliwości wykonawców, a wręcz przeciwnie. W odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający stwierdza, że stawka godzinowa netto to wynagrodzenie netto wykonawcy za świadczoną usługę. Zauważmy, że pytanie to dotyczyło 1 części specyfikacji Excel. Zatem wartości wstawione w kolumnie 7 powodują, że wylicza się w tym miejscu <<wynagrodzenie netto wykonawcy za świadczoną usługę>>. Jak zatem wytłumaczyć kolejne wartości, które musimy wstawić w kolumnie 3 tego samego Excela w części drugiej skoro <<wynagrodzenie wykonawcy>> mamy w części pierwszej? Wstawienie jakichkolwiek wartości powoduje ich zsumowanie z części 1 i 2 więc nijak to się ma do wyjaśnień Zamawiającego z dn. 20.01.2022 r. Poniżej przykładowy screen gdzie widać, jak te wartości się sumują. Zatem prosimy o szczegółowe wyjaśnienia sposobu wypełniania formularza Excel, bo w takiej formie jest on niezrozumiały i powoduje wielokrotne dublowanie się tych samych kosztów.”, 25 stycznia 2022 r. Zamawiający wprost wskazał, iż: „Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego jest to wynagrodzenie brutto pracowników biorących udział

w postępowaniu, które pracodawca płaci pracownikom według ich wynagrodzenia. Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów - są to wszystkie koszty znajdujące się po stronie pracodawcy. Łączna suma wynagrodzenia - jest to suma wartości z tabeli nr 1 (wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego) i tabeli nr 2 (Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów)."

Przez minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2022 r. roku należy rozumieć wartości określone zgodnie z rozporządzeniem 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 poz. 1690) („Rozporządzenie”) i wynosi ono 3.010,00 zł brutto. Dodatek za pracę w porze nocnej zgodnie z art. 151(8) § 1 Kodeksu pracy to 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wymiar urlopu określony zgodnie z art 154 § 1 Kodeksu pracy to 20 dni, jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat lub 26 dni, jeżeli pracownik jest zatrudniony co najmniej 10 lat. Wynagrodzenie chorobowe to wynagrodzenie za czas niezdolności pracownika do pracy wskutek: 1) choroby lub odosobnienia w związku z chorobą zakaźną - trwającej łącznie do 33 dni w ciągu roku kalendarzowego, a w przypadku pracownika, który ukończył 50 rok życia - trwającej łącznie do 14 dni w ciągu roku kalendarzowego - pracownik zachowuje prawo do 80% wynagrodzenia, chyba że obowiązujące u danego pracodawcy przepisy prawa pracy przewidują wyższe wynagrodzenie z tego tytułu; 2) wypadku w drodze do pracy lub z pracy albo choroby przypadającej w czasie ciąży - w okresie wskazanym w punkcie 1. pracownik zachowuje prawo do 100% wynagrodzenia, 3) poddania się niezbędnym badaniom lekarskim

przewidywanym dla kandydatów na dawców komórek, tkanek i narządów oraz poddania się

zabiegowi pobrania komórek, tkanek i narządów - w okresie wskazanym w punkcie 1. pracownik zachowuje prawo do 100% wynagrodzenia - art 92 § 1 Kodeksu pracy. Zasiłek chorobowy to wynagrodzenie za czas niezdolności do pracy trwającej łącznie dłużej niż 33 dni w ciągu roku kalendarzowego, a w przypadku pracownika, który ukończył 50 rok życia, trwającej łącznie dłużej niż 14 dni w ciągu roku kalendarzowego, pracownikowi przysługuje zasiłek chorobowy na zasadach określonych w odrębnych przepisach - art 92 § 4 Kodeksu pracy. Całkowity koszt zatrudnienia pracownika to wynagrodzenie pracownika brutto oraz składki ZUS obciążające pracodawcę.

Wynagrodzenie chorobowe przysługuje za każdy dzień niezdolności do pracy wraz z dniami wolnymi od pracy. Podstawę wymiaru wynagrodzenia chorobowego (zasiłku chorobowego)

stanowi przeciętne miesięczne wynagrodzenie wypłacone w okresie 12 miesięcy

kalendarzowych poprzedzających miesiąc, w którym powstała niezdolność do pracy. Do

podstawy wymiaru wynagrodzenia chorobowego wchodzi co do zasady wszystkie składniki, które stanowią podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie chorobowe.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, przyjął, że wartość roboczogodziny (14,99 zł netto) przyjęta do ustalenia ceny nie pokrywa kosztów wynagrodzenia pracowników tj.:

minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Wynagrodzenie minimalne to 3.010,00 zł brutto, w kalkulacji należało dodatkowo uwzględnić dodatek za pracę w porze nocnej w wysokości 200,70 zł. Oznacza to, że w przypadku przyjęcia wynagrodzenia pracownika brutto na poziomie 3.210,70 zł brutto wynagrodzenie netto pracownika (do wypłaty) wynosi 2.517,17 zł. Kwoty te stanowią podstawę do wycień stawek godzinowych netto i brutto, których wskazania żądał Zamawiający. W oparciu o powyższe stawka godzinowa będzie wynosiła odpowiednio 19,11 zł brutto i 14,99 zł netto.

Wynagrodzenie minimalne pracownika brutto bez dodatku za godziny nocne wynosi 3.010,00 zł brutto, netto (do wypłaty) to 2.347,56 zł. Stawka godzinowa będzie wynosiła odpowiednio 17,92 zł brutto i 13,97 zł netto.

Odpowiedź na pytanie nr 10 udzielona z 25 stycznia 2022 r. jednoznacznie prowadzi to do

wniosku, iż w załączniku Specyfikacja cenowa - szczegółowa w części 1. wyliczenie

wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto) dotyczy wynagrodzenia wypłacanego pracownikowi, czyli kwot, które uzyskiwał będzie pracownik oraz jego przeliczenia na stawkę godzinową netto i brutto.

W odpowiedzi na wezwanie z 8 lutego 2022 r., pismem z 15 lutego 2022 r., Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu prawidłowość przedstawionej kalkulacji ceny i pozostałe

wątpliwości powstałe po zapoznaniu się z ofertą. Odwołujący zawarł szczegółowe kalkulacje bazując na wynagrodzeniu minimalnym za pracę, tj. 3.010,00 zł brutto. Wyjaśnił, iż całkowity koszt zatrudnienia pracownika przy opisanych przez niego założeniach wynosi 4.140,59 zł (w tym składki obciążające pracodawcę).

W załączniku Specyfikacja cenowa - szczegółowa w części 1. Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto) Odwołujący wpisał: w kolumnie nr 7 - stawka godzinowa (netto) - kwotę 14,99 zł, w kolumnie nr 8 - stawka godzinowa (brutto) - kwotę 19,11 zł. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 10 prawidłowo podał „wynagrodzenie brutto pracowników biorących udział w postępowaniu, które pracodawca płaci pracownikom według ich wynagrodzenia”. W przypadku przyjęcia wynagrodzenia brutto na poziomie 3.210,70 zł brutto, wynagrodzenie netto pracownika (do wypłaty) wynosi 2.517,17 zł. Kwoty te stanowią podstawę do wyliczeń stawek godzinowych netto i brutto, których wskazania żądał Zamawiający. W związku z powyższym Odwołujący prawidłowo wyliczył zaoferowane stawki w kolumnie nr 7 - 14,99 zł netto (2.517,17 zł netto / 168h) i w kolumnie nr 8 - 19,11 zł brutto (3.210,70 zł brutto / 168h). Zarzucanie Odwołującemu, że zaproponowane przez niego stawki są zaniżone i niezgodne z ustawą są nieuzasadnione, a świadczą jedynie o tym, że Zamawiający błędnie interpretuje te pojęcia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyjął błędne założenia twierdząc iż „jedno wynagrodzenie to stawka bez godzin nocnych, które w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia stanowiącego kwotę 3.010,00 zł, wynosi 17,92 zł/netto 1 (jednej) roboczogodziny”. Kwota 17,92 zł netto wyliczona z kwoty 3.010,00 zł (bez określenia, czy jest to kwota netto, czy brutto), stanowi stawkę godzinową pracownika nie netto, a brutto. Oznacza to, że Zamawiający nieprawidłowo dzieli minimalne wynagrodzenie pracownika brutto (3.010 zł) przez liczbę godzin w miesiącu (168) i otrzymaną stawkę godzinową brutto (tj. 17,92 zł) nazywa stawką netto. Takie stanowisko nie tylko pozbawione jest logiki, ale też sprzeczne z przepisami i każe podejrzewać, iż zdaniem Zamawiającego rozporządzenie określa wynagrodzenie pracownika w wysokości 3.010 zł jako kwotę netto (do wypłaty pracownikowi), nie zaś jako kwotę brutto. Ten błąd przekłada się później wprost na dalsze błędy Zamawiającego. Przy wynagrodzeniu powiększonym o dodatek za godziny nocne (3.210,70 zł brutto) Zamawiający nieprawidłowo przyjmuje, iż stawka godzinowa netto pracownika to 19,11 zł. Również w tym przypadku 19,11 zł jest stawką brutto.

W ocenie Odwołującego prowadzi to do wniosku, że jeśli w kolumnie nr 7 jako stawkę godzinową pracownika netto wskazywano by stawkę 19,11 zł netto, oznaczałoby to, że oferuje się pracownikom wynagrodzenie zdecydowanie wyższe niż minimalne wynagrodzenie wynikające z rozporządzenia, gdyż wówczas wynagrodzenie netto (do wypłaty dla pracownika) wynosiłoby 3.010,00 zł netto, nie 2.517,17 zł netto. Tym samym upada cała logika wyводу Zamawiającego o rzekomym naruszeniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu jako nieuzasadniona, a zarzucane ofercie Odwołującego rzekome błędy w wyliczeniu, które prowadzą do stwierdzonej niezgodności oferty z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu są tak naprawdę błędami Zamawiającego, który myli pojęcia. Wszelkie twierdzenia o rzekomej „inżynierii cenowej” są zatem nieusprawiedliwione. Ponadto taki sposób wyliczeń jest sprzeczny z tym, co Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi nr 10 z 25

stycznia 2022 r.

Zamawiający także nieprawidłowo wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty z uwagi na ustalenie ceny, która nie pokrywa kosztów wynagrodzenia minimalnego pracowników. W opisanym przez Zamawiającego stanie faktycznym i prawnym podstawę odrzucenia oferty mógłby stanowić art. 226 ust. 1 pkt 8, a nie, jak wskazuje Zamawiający, art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli nieważność na podstawie odrębnych przepisów. Art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, aby Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu ofert poszczególnych wykonawców. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione. Niedopuszczalne jest rozszerzanie przez zamawiającego okoliczności faktycznych uzasadniających podjęcie w postępowaniu określonych czynności dopiero na rozprawie przed KIO. Iżba jest bowiem związana zarzutami odwołania, a te determinowane są zakresem uzasadnienia wskazanego w informacji przekazywanej na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego byłoby

w niniejszym stanie faktycznym i prawnym nieadekwatne, tym bardziej, że Zamawiający nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Oznacza to nieprawidłową podstawę prawną decyzji Zamawiającego i kolejną jej wadliwość.

Konsekwencją błędów w logice Zamawiającego jest także nieuprawnione przyjęcie, że Odwołujący nie uwzględnił kosztu zastępstwa chorobowego. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący w sposób prawidłowy i wiarygodny uzasadnił, dlaczego w tej pozycji tabeli podał stawki 0,00 zł. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie oznacza to, że nieprawidłowo pominął ten element. Odwołujący wyjaśnił, że ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe. Nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będzie przebywało na zwolnieniach lekarskich. Dlatego też ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych będzie pokrywał z zysku, który wynosi ok 4.000,00 zł miesięcznie.

W decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający uzasadnił, iż: „Zgodnie z tymi przepisami pracownikowi w danym roku kalendarzowym przysługuje 33 dni wynagrodzenia chorobowego x średniamiesięczne wynagrodzenie chorobowe na 1 dzień - 5,775 zł x ilość etatów w danej części zamówienia, daje to możliwość wyliczenia szacunkowej wartości

kosztu zastępstwa

z tytułu absencji chorobowej.” Jednakże oznacza to jedynie, że Zamawiający nieprawidłowo

rozumie treść wyjaśnień. Odwołujący nie wskazał, iż nie jest w stanie matematycznie

policzyć kosztu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień zwolnienia lekarskiego, lecz że nie jest

w stanie oszacować tego kosztu z uwagi na zmienność tego elementu i jego nieprzewidywalność, gdyż nie jest z góry w stanie przewidzieć, ile dni i ilu pracowników będzie przebywać w danym roku na zwolnieniu chorobowym. Tym samym jedynie na jednego pracownika koszt ten waha się od 5,775 zł (1 dzień) do 190,575 zł (33 dni).

Wyjaśnienia Odwołującego pozwalają na zabezpieczenie z miesięcznego zysku kosztów

wynagrodzenia chorobowego nawet gdyby w danym roku wszyscy pracownicy przebywali na zwolnieniu lekarskim 33 dni. Odwołujący wykazał zysk miesięczny na poziomie 4.000,00 zł (12 miesięcy x 4.000,00 zł zysku miesięcznie = 48.000,00 zł rocznie), Zamawiający tego nie kwestionował. Liczba godzin całości realizacji zamówienia to 210.472. Do wypracowania podczas realizacji kontraktu jest miesięcznie 5846,44 godz., co daje 34,8 etatu. Do realizacji zamówienia niezbędne jest zatem skierowanie 35 osób. Łączny koszt wynagrodzenia chorobowego w roku dla 35 pracowników to $35 \times 190,575 \text{ zł} = 6\,670,13 \text{ zł}$ rocznie. Miesięczny koszt wynagrodzenia chorobowego dla 35 pracowników to $6\,670,13 \text{ zł}$ rocznie / 12 miesięcy = 555,84 zł miesięcznie. Tym samym pokrycie tych kosztów, nawet przy założeniu ich maksymalnego poziomu, z miesięcznego zysku, nie wpłynie znacząco na osiągnięte dochody z zamówienia, a zatem Odwołujący z zysku będzie w stanie pokryć te koszty bez zbędnego uszczerbku dla generowanego miesięcznego zysku. Odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu jest zatem nieuzasadnione.

Ostatnią podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest stwierdzenie przez Zamawiającego rzekomy brak wyceny kosztów grupy interwencyjnej. Również w tym przypadku Zamawiający nieprawidłowo wskazał tę okoliczność jako podstawę odrzucenia oferty, pomijając złożone wyjaśnienia. Odwołujący precyzyjnie wyjaśnił, że nie uwzględnienia w kalkulacji kosztów grupy interwencyjnej, ponieważ będzie korzystał z dopuszczalnego w tym zakresie podwykonawstwa. Dlatego też koszty z tym związane zostały uwzględnione w pozycji 12. - Inne koszty związane z realizacją zamówienia (2500 zł miesięcznie). Odwołujący wskazał, że nie mógł wymienić kosztu podwykonawstwa grupy interwencyjnej, w rubryce „G1 (grupa interwencyjna) podwykonawstwo” w tabeli w pkt 1, ponieważ ponoszony przez

podwykonawcę koszt 2.500,00 zł miesięcznie odnosić się będzie do całości usługi związanej z realizacją usługi w zakresie grupy interwencyjnej, nie zaś tylko do kwestii wynagrodzenia 2 pracowników grupy interwencyjnej. Niemożliwym zatem jest rozbieżność kwoty 2500,00 zł na element „pracownicy”

i inne koszty. Odwołujący bowiem powierza podwykonawcy w pełni część zamówienia w zakresie doraźnej bezpośredniej ochrony fizycznej realizowanej przez grupę interwencyjną i za taką usługę płaci podwykonawcy, nie rozбивa tej kwoty na poszczególne składowe. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie ustosunkował się do przedstawionego w wyjaśnieniach stanowiska Odwołującego prezentując argumentację oderwaną od stanu faktycznego.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego jego wyjaśnienia były kompletne

i wyczerpujące, a przedstawione kalkulacje pozwalają na obalenie domniemania, że cena jest rażąco niska (potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska). Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o dalsze wyjaśnienia. W sytuacji, gdy Zamawiający nie poinformował, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, a niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości, jest możliwe wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący, składając wyjaśnienia, szczegółowo przedstawił elementy oferty mające wpływ na kalkulację ceny w żądanym zakresie. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie podnosił w stosunku do Odwołującego zarzutu, iż złożone wyjaśnienia nie były kompletne czy cechowały się lakonicznością. Oś sporu wynika z faktu niezrozumienia złożonych wyjaśnień

i błędnych założeń Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia są spójne i w sposób logiczny wyjaśniają założenia przyjęte przez Odwołującego do kalkulacji ceny. W szczególności czynią zadość w zakresie wskazanych w wezwaniu elementów i ukazują elementy ceny oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w pełnym zakresie określonym przez Zamawiającego. Gdyby faktycznie złożone wyjaśnienia ceny budziły wątpliwości Zamawiającego, czy potrzebne byłoby dodatkowe uszczegółowienie złożonych wyjaśnień lub ich doprecyzowanie, Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień, a takie działanie byłoby w pełni uzasadnione, możliwe i zgodne z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jednakże nie podjął takich czynności. Nawet gdyby Zamawiający uznał, że nie jest możliwe ponowne wezwanie w tym zakresie, to w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał, dlaczego nie wezwał go do dalszych wyjaśnień.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych, w szczególności że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w tej części.

II Stanowisko Odwołującego w sprawie KIO 626/22

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie w zakresie części IV postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz zaniżoną stawkę godzinową, a tym samym winna zostać odrzucona, pomimo że Odwołujący prawidłowo skalkulował zaoferowaną stawkę godzinową, w szczególności z zachowaniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, co wytłumaczono szczegółowo w wyjaśnieniach z 15 lutego 2022 r.,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż nie wskazano kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej oraz nieprawidłowo wyliczono koszty urlopu wypoczynkowego, co zdaniem Zamawiającego stanowiło podstawę do odrzucenia oferty, podczas gdy wytłumaczenie w tym zakresie zawarto w wyjaśnieniach z 15 lutego 2022 r.,
3. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych tłumaczeń w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień z 15 lutego 2022 r. i kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,
4. art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „DERSŁAW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w części IV postępowania,
5. art. 253 ust. 1 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu

oferty Odwołującego polegające na przyjęciu, iż w przypadku stwierdzenia iż oferta Odwołującego narusza przepisy o minimalnym wynagrodzeniu podstawą odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 3, nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także błędną ocenę stanu faktycznego i prawnego, polegającą na stwierdzeniu, że Odwołujący zaoferował stawkę wynagrodzenia pracowników netto niższą niż minimalne wynagrodzenie pracowników obowiązujące w 2022 roku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części IV postępowania, nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami specyfikacji warunków zamówienia dla części IV postępowania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu kontynuowania wobec Odwołującego procedury wyjaśnień w zakresie ceny, a także zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał trzy grupy powodów odrzucenia: zaniżenie stawki godzinowej, brak wskazania kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej oraz nieprawidłowe wyliczenie kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego. W ocenie Odwołującego wszystkie ww. powody nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym zaistniałym w niniejszej sprawie.

Odwołujący w tym zakresie przedstawił argumentację analogiczną, co w uzasadnieniu odwołania KIO 625/22. W zakresie kosztu zastępstwa chorobowego stwierdził także, że w wyjaśnieniach poinformował Zamawiającego, że w specyfikacji cenowej, w pozycji nr 3 dotyczącej kosztów zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego, nie wpisano żadnej kwoty, co jest wynikiem błędu, gdyż w pozycji tej powinna być wpisana kwota 12.352,55 zł, która została wpisana w pozycji nr 2 (koszty zastępstwa z tytułu absencji chorobowych) powyższej specyfikacji. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący w sposób prawidłowy i wiarygodny uzasadnił, dlaczego w tej pozycji tabeli podał stawki 0,00 zł. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie oznacza to, że nieprawidłowo pominął ten element, ale że, jak wyjaśnił, ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe. Nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będzie przebywało na zwolnieniach lekarskich. Dlatego ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych będzie pokrywał z zysku, który wynosi ok. 10.000,00 zł miesięcznie.

W decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający uzasadnia, iż zgodnie z przepisami pracownikowi w danym roku kalendarzowym przysługuje 33 dni wynagrodzenia chorobowego x średniomiesięczne wynagrodzenie chorobowe na 1 dzień - 5,775zł x ilość etatów w danej części zamówienia, daje to możliwość wyliczenia szacunkowej wartości kosztu zastępstwa

z tytułu absencji chorobowej. Jednakże oznacza to jedynie, że Zamawiający nieprawidłowo rozumie treść wyjaśnień. Odwołujący nie wskazał, iż nie jest w stanie matematycznie policzyć kosztu wynagrodzenia chorobowego za 1 dzień zwolnienia lekarskiego, lecz że nie

jest

w stanie oszacować tego kosztu z uwagi na zmienność tego elementu i jego nieprzewidywalność, gdyż nie jest z góry w stanie przewidzieć, ile dni i ilu pracowników będzie przebywać w danym roku na zwolnieniu chorobowym. Tym samym jedynie na jednego pracownika koszt ten waha się od 5,775 zł (1 dzień) do 190,575 zł (33 dni). Wyjaśnienia Odwołującego pozwalają na zabezpieczenie z miesięcznego zysku kosztów wynagrodzenia chorobowego nawet, gdyby w danym roku wszyscy pracownicy przebywali na zwolnieniu lekarskim 33 dni, tak jak w wyjaśnieniach. Odwołujący wykazał zysk miesięczny na poziomie 10.000,00 zł, tj. 120.000,00 zł rocznie, a Zamawiający tego nie kwestionował. Liczba godzin całości realizacji zamówienia to 245.412. Do wypracowania podczas realizacji kontraktu jest miesięcznie 6817 godzin, co daje 40,58 etatu. Do realizacji zamówienia niezbędne jest zatem skierowanie 41 osób. Łączny koszt wynagrodzenia chorobowego w roku dla 41 pracowników to 7.813,58 zł rocznie, 651,13 zł miesięcznie. Wskazuje to, że pokrycie tych kosztów, nawet przy założeniu ich maksymalnego poziomu, z miesięcznego zysku, nie wpłynie znacząco na osiągnięte dochody z zamówienia, a zatem Odwołujący z zysku będzie w stanie pokryć koszty bez zbytniego uszczerbku dla generowanego miesięcznego zysku. Odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu jest zatem nieuzasadnione.

Ostatnią podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest stwierdzona przez Zamawiającego rzekoma nieprawidłowość wyliczenia kosztów urlopu wypoczynkowego. Według Zamawiającego Odwołujący nieprawidłowo przyjął do wyliczeń 20 dni urlopu wypoczynkowego zamiast 26 dni. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego, jego zdaniem, z wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wynikać ma konieczność uwzględnienia 26 dni urlopu wypoczynkowego. Tym samym twierdzenia o nieprawidłowości wyliczenia tych kosztów należy traktować jako gołosłowne i nieoparte żadną argumentacją. Podstawą wymiaru należnego pracownikowi u danego pracodawcy urlopu jest dostarczona dokumentacja potwierdzająca ten stan rzeczy. Jeżeli pracownik nie przedstawi takich dokumentów, przysługuje mu urlop w ilości 20 dni. Dodatkowo wykaz pracowników można zmieniać, a przedłożony wykaz ma potwierdzać spełnienie warunków. Wymiar urlopu zgodnie z art 154 § 1 Kodeksu pracy to 20 dni, jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat i 26 dni, jeżeli pracownik jest zatrudniony co najmniej 10 lat. Odwołujący prawidłowo przyjął w założeniach 20 dni, gdyż planuje skierować do realizacji zamówienia pracowników, którym przysługuje właśnie taki wymiar urlopu, a co za tym idzie, prawidłowo skalkulował wysokość kosztu z tym związanego,

a wyliczonego na kwotę 12.352,55 zł miesięcznie, a w skali kontraktu 444.691,80 zł netto (546.970,91 zł brutto). Koresponduje to także z wykazanymi w wyjaśnieniach twierdzeniami Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający, w konsekwencji błędów wynikających z przyjęcia stawki godzinowej pracy pracownika 17,92 zł, ponownie nieprawidłowo uwzględnia ją w swoich wyliczeniach. Tym samym ta podstawa odrzucenia oferty Odwołującego wskazana przez Zamawiającego również jest nieuzasadniona.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał stanowisko z 25 lutego 2022 r.

o odrzuceniu ofert obu Odwołujących i wniósł o oddalenie obu odwołań.

W odniesieniu do odwołania sygn. KIO 625/22 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy albo jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Wartość roboczogodziny (14,99 zł netto) przyjęta do ustalenia ceny nie pokrywa kosztów wynagrodzenia pracowników tj. minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, którym jest usługa ochrony osób i mienia realizowana przez SUFO w całodobowym systemie zmianowym oraz określając warunki, które muszą spełnić wykonawcy, w specyfikacji warunków zamówienia i projektowanych postanowieniach umowy określił wymagania dotyczące: realizacji przedmiotu zamówienia poprzez określenie 24-godzinnego systemu pracy, zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, otrzymujących wynagrodzenie za pracę równe lub przekraczające równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie posiadających statusu osoby niepełnosprawnej, będących w wieku nieprzekraczającym wieku emerytalnego określonego w ustawie z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, a także opisał sposób przygotowania i wypełnienia załączników nr 13.1 - 13.5 do formularza ofertowego, tzw. instrukcji wypełnienia poprzez określenia składowych Specyfikacji cenowej - szczegółowej

w tym szczegółowego wyliczenia wynagrodzenia pracowniczego i wykazania dodatkowych elementów uwzględnianych przy kalkulacji ceny: placowe koszty pracowników SUFO (w tym: składki ZUS, PPK, podatki), koszty zastępstw z tytułu absencji chorobowych, koszty zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego, koszty szkoleń, koszty badań lekarskich, koszty umundurowania i wyposażenia w całym okresie wykonywania zamówienia, koszty dysponowania Pełnomocnikiem Kierownika Jednostki Organizacyjnej ds. Ochrony Informacji

Niejawnej, koszt dysponowania akredytowanym systemem teleinformatycznym w tym

personelem bezpieczeństwa, zapewniającym właściwe funkcjonowanie systemu, koszty środków łączności (jeżeli występują), koszty systemu kontroli pracowników, koszty polisy ubezpieczeniowej, inne koszty pośrednie obsługi zamówienia typu koszty paliwa, amortyzacji sprzętu itp., inne koszty związane z realizacją zamówienia (jeżeli występują), koszty administracyjne, zysk.

Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca, kalkulując cenę, w pierwszej kolejności zobowiązany był wziąć pod uwagę koszty pracy osób, które realizowały będą zamówienie tj. wynagrodzenie pracownicze. Pracownikom przysługuje również prawo do urlopu wypoczynkowego, w okresie którego pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia. Wymiar urlopu wypoczynkowego uzależniony jest od długości stażu pracy pracownika i

wynosi odpowiednio 20 albo 26 dni w roku. W drugiej kolejności zobowiązany był wziąć pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia tj. system 24-godzinny, który wiąże się z dodatkiem do wynagrodzenia za pracę w systemie nocnym. Stawka bez godzin nocnych w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia 3010,00 zł, wynosi 17,92 zł netto jednej roboczogodziny. Liczba godzin nocnych stanowi 1/3 wszystkich roboczogodzin na posterunku.

Do obliczenia roboczogodziny pracownika wykonawcy dokonano wyliczeń przy poniższych danych: średnia godzinowa norma pracy - 168 godz., minimalne wynagrodzenie na rok 2022 - 3010,00 zł, dodatek za pracę w systemie nocnym - 3,58 zł, średnia ilość godzin nocnych - 55,99 godz., wynagrodzenie z godzin nocnych - 200,65 zł, wynagrodzenie pracownika z godzinami nocnymi - 3210,65 zł. W związku z powyższym pracownik SUFO powinien otrzymać jako minimalną stawkę za wykonywaną pracę w kwocie 19,11 zł netto.

Wykonawca w złożonej ofercie zaproponował stawkę poniżej wymagań, jakie nakazuje system pracy w postępowaniu i przepisy określone zgodnie z obowiązującymi przepisami Kodeksu pracy.

Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa.

W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów prawa. Ponadto zgoda na cenę o znacząco zaniżonych stawkach (niezgodną 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 oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie) prowadzi do

preferowania nienależytej staranności w przedmiocie wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia. Wybór wykonawcy, który oferuje wykonanie zamówienia poniżej obowiązujących stawek, kosztów pracy doprowadzić może do nienależytego wykonania zamówienia. Kierując się wyłącznie metodologią wyliczania kosztów określoną przez Zamawiającego potwierdza się fakt, iż

w przedmiotowym postępowaniu doszło ze strony wykonawcy do błędu nieuwzględnienia kosztów pracowniczych tzw. dodatku pracowniczego za pracę w systemie nocnym w wysokości 20%, zał. 13.1. kolumna nr 7, stawka godzinowa netto tj.: 14,99 zł. Uwzględniono je w sposób nieprawidłowy, niezgodny z tzw. instrukcją wypełnienia określoną przez Zamawiającego.

Twierdzenie Odwołującego, iż została ona ujęta w kosztach innych pozycji stanowi nieuprawnioną „inżynierię cenową”. Takie działanie narusza interes pozostałych wykonawców. Pozycje określone w formularzu Specyfikacji cenowej - szczegółowej porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały elementy konieczne do wyceny. W żadnym

z postanowień treści specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert nie dopuszczono możliwości skalkulowania ceny oferty w inny sposób. W postępowaniu wpłynęło 8 ofert i każdy z wykonawców zobowiązany był do zastosowania się do wskazanych wymogów w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert, jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do odrzucenia oferty z powodu braku wskazania wyceny grupy interwencyjnej oraz kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia albo jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający opisał sposób przygotowania i wypełnienia załączników formularza ofertowego (załączniki 13.1 - 13.5) w sposób precyzyjny i nie pozostawiający pola do interpretacji wykonawcy. Postanowienia treści rozdziału XII specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały wszystkie elementy konieczne do jej wyceny. W żadnych z postanowień nie dopuszczono możliwości skalkulowania i wykazania ceny oferty w inny sposób.

Postanowienia brzmiały zrozumiale, nie należało interpretować ich w sposób względniejszy dla wykonawcy, to jest przyjmować taką wykładnię, jaką przyjął Odwołujący wskazując ujęcia przedmiotowych kosztów w innym miejscu. W wyniku braku wyceny kosztów grupy interwencyjnej

w wymaganej pozycji Odwołujący popełnił błąd w wyliczeniu ceny oferty, nie ujął w niej wszystkich wymaganych elementów, wymaganych w formularzu Specyfikacji cenowej - szczegółowej. Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej, czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta Odwołującego w części merytorycznej nie odpowiada wymaganiom specyfikacji warunków zamówienia, treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z jego elementów. Brak podania wartości wynagrodzenia grupy interwencyjnej powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie danego elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Podobnie postąpił Odwołujący w przypadku niewypelnienia kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej poprzez wskazanie wartości 0,00 zł. Brak powyższej wartości powoduje, iż oferta nie odpowiada wymaganiom treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. „każda pozycja Specyfikacji cenowej musi być odpowiednio wypełniona w sposób niebudzący wątpliwości”. Ustawa o świadczeniach ZUS nakazuje pracodawcy wypłacanie tzw. wynagrodzenia chorobowego (33 dni w skali roku) dając możliwość wyliczenia szacunkowych kosztów z tytułu absencji chorobowej u pracowników, którzy będą realizowali przedmiotowe zamówienie. Zgodnie z tymi przepisami pracownikowi w danym roku kalendarzowym przysługuje 33 dni wynagrodzenia chorobowego x średniomiesięczne wynagrodzenie chorobowe na 1 dzień - 5,771zł x ilość etatów w danej części zamówienia; daje to możliwość wyliczenia szacunkowej wartości kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej. Jest to istotna nieścisłość treści oferty Odwołującego, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia przez Zamawiającego tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza Specyfikacji cenowej - szczegółowej. Z punktu widzenia Zamawiającego występuje brak istotnego elementu treści oferty.

W odniesieniu do odwołana sygn. KIO 626/22 Zamawiający powielił odnośną argumentację, jak w sprawie KIO 625/22.

Co do braku wskazania kosztu zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia albo zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający opisał sposób przygotowania i wypełnienia załączników formularza ofertowego (zał. 13.1 - 13.5.) w sposób precyzyjny i nie pozostawiający pola do interpretacji wykonawcy. Postanowienia rozdziału XII specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały wszystkie elementy konieczne do wyceny. W żadnych z postanowień przywołanych dokumentów nie dopuszczono możliwości skalkulowania ceny oferty w inny sposób. Postanowienia brzmiały zrozumiale, nie należało interpretować ich w sposób względniejszy dla wykonawcy, to jest przyjmować taką wykładnię, jaką przyjął Odwołujący wskazując ujęcia przedmiotowych kosztów w innym miejscu. Odwołujący w ofercie jako koszt zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego wskazał wartość 0,00 zł. Brak wyceny kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego w wymaganej pozycji powoduje, iż oferta nie odpowiada wymaganiom treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. „każda pozycja Specyfikacji cenowej musi być odpowiednio wypełniona w sposób niebudzący wątpliwości”. Odwołujący wyjaśnił, iż w pozycji dotyczącej kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego popełnił błąd poprzez wpisanie wartości w koszty zastępstwa z tytułu absencji chorobowej oraz że powyższe koszty wyliczył na podstawie 20 dni wymiaru urlopu wypoczynkowego. Zdaniem Zamawiającego, zgodnie ze złożonym wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia, Odwołujący powinien wyliczyć koszt zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni w danym roku, w wysokości 453.655,12 zł.

Ponadto Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej informując Zamawiającego, iż „ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe, gdyż nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będą przebywali na zwolnieniach lekarskich. Dlatego też ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych Spółka będzie pokrywała z zysku”. Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy o świadczeniach ZUS, nakazujące pracodawcy wypłacanie tzw. wynagrodzenia chorobowego (33 dni w skali roku), istnieje możliwość wyliczenia szacunkowych kosztów

z tytułu absencji chorobowej pracowników, którzy będą realizowali przedmiotowe zamówienie. Średniomiesięczny koszt wynagrodzenia chorobowego za średniorocznie 1 dzień zwolnienia lekarskiego wynosi 5,77 zł. Brak wyceny kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego stanowi istotną nieścisłość treści oferty Odwołującego, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Z punktu widzenia Zamawiającego występuje brak elementu treści oferty.

Z tych względów stanowisko Zamawiającego jest zasadne i znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawa.

IV Stanowisko Przystępujących

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. KIO 625/22 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

a w sprawie sygn. KIO 626/22 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością i „DERSŁAW” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący poparli stanowisko Zamawiającego oraz wniesli o oddalenie obu odwołań. Nie przedstawili pisemnych stanowisk, swoje stanowiska przedstawili ustnie podczas rozprawy.

V Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący uiszcili wymagany wpis od odwołania, a prawidłowe dowody uiszczenia wpisów zostały przedstawione na wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania.

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, tj. dokonane w postępowaniu czynności oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnoszą się oba odwołania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, treść ofert obu Odwołujących, treść wezwania Odwołujących do wyjaśnień i złożonych przez nich wyjaśnień, treść informacji o odrzuceniu ofert obu Odwołujących odpowiednio w części II i IV nie jest sporny pomiędzy Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism Stron oraz stanowisk Odwołujących i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- w sprawie sygn. KIO 625/22:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz zaniżoną stawkę godzinową, a tym samym winna zostać odrzucona,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż nie wskazano wyceny grupy interwencyjnej oraz kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej,

3. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych tłumaczeń w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień z 15 lutego 2022 r. i kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,

4. art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w części II postępowania,

5. art. 253 ust. 1 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, polegające na przyjęciu, iż podstawą odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 3, nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także błędną ocenę stanu faktycznego i prawnego, polegającą na stwierdzeniu, że Odwołujący zaoferował stawkę wynagrodzenia pracowników netto niższą niż minimalne wynagrodzenie pracowników obowiązujące w 2022 roku,

- w sprawie sygn. KIO 626/22:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz zaniżoną stawkę godzinową, a tym samym winna zostać odrzucona,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne stwierdzenie, iż nie wskazano kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej oraz nieprawidłowo wyliczono koszty urlopu wypoczynkowego, co zdaniem Zamawiającego stanowiło podstawę do odrzucenia oferty,

3. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie dodatkowych tłumaczeń w odniesieniu do złożonych w postępowaniu wyjaśnień z 15 lutego 2022 r. i kontynuowania procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty,

4. art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo iż to oferta złożona przez Odwołującego powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w części IV postępowania,

5. art. 253 ust. 1 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego polegające na przyjęciu, iż podstawą odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 3, nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także błędną ocenę stanu faktycznego i prawnego, polegającą na stwierdzeniu, że Odwołujący zaoferował stawkę wynagrodzenia pracowników netto niższą niż minimalne wynagrodzenie pracowników obowiązujące w 2022 roku.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

Art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zgodnie z rozdziałem XII specyfikacji warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”:

1. Koszt świadczenia usługi należało obliczyć uwzględniając wszystkie koszty związane z wykonaniem umowy, do których poniesienia zobowiązany będzie wykonawca, w tym: 1) płacowe koszty wynagrodzenia pracowników; 2) koszty zastępstwa za ewentualne nieobecności z tytułu zwolnień lekarskich, 3) koszty zastępstwa (urlop pracowniczy), 4) koszty dysponowania: a) Pełnomocnikiem Kierownika Jednostki Organizacyjnej ds. Ochrony Informacji Niejawnych; b) akredytowanym systemem teleinformatycznym w tym personelem bezpieczeństwa, zapewniającym właściwe funkcjonowanie systemu w składzie: a. Inspektor bezpieczeństwa teleinformatycznego; b. Administrator systemu; c. pracownikami przewidzianymi do opracowania dokumentacji związanej z ochroną Jednostki Wojskowej Beneficjenta, 5) koszty programu PPK, 6) koszty systemu kontroli pracowników, 7) koszty szkoleń, 8) koszty badań lekarskich, 9) koszty umundurowania i wyposażenia w całym okresie wykonywania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w treści Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie danej części zamówienia, 10) koszty środków łączności (jeżeli występują), 11) koszty administracyjne, 12) koszty polisy ubezpieczeniowej, 13) inne koszty obsługi zamówienia typu koszty paliwa i amortyzacji sprzętu (samochód), 14) należne składki i podatki, 15) zysk, 16) inne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

3. Zamawiający nie uwzględnia przerw w realizacji przedmiotu zamówienia z tytułu świąt i dni ustawowo wolnych od pracy.

6. W przypadku gdy Zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar

udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie, spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się Zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Wyjaśnienia wykonawcy mają umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji

o poddaniu oferty ocenie bądź jej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. złożenie wyjaśnień nieopartych dowodami bądź ogólnikowych zostanie uznane przez Zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

7. Cenę oferty należy obliczyć z wykorzystaniem Specyfikacji cenowej (załącznik nr 13.1 - 13.5).

8. Suma wszystkich pozycji w Specyfikacji cenowej (brutto) stanowi wartość do porównania ofert, w danej części zamówienia. [pkt 8 dotyczy części II, III, IV, V zamówienia]

9. Suma wszystkich pozycji w Specyfikacji cenowej (zamówienia podstawowego - brutto) stanowi wartość do porównania ofert, w danej części zamówienia. [pkt 9 dotyczy części I zamówienia]

10. Każda pozycja Specyfikacji cenowej musi być odpowiednio wypełniona w sposób niebudzący wątpliwości.

Zamawiający w ramach specyfikacji warunków zamówienia przygotował formularze, w oparciu o które wykonawcy mieli złożyć oferty „Specyfikacja cenowa - szczegółowa”, w tym

dla części II załącznik nr 13.2, a dla części IV załącznik nr 13.4.

Załączniki te składały się z trzech tabel: „Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto)”, „Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów” oraz „Wartość oferty (suma wartości z wyliczenia wynagrodzenia pracowniczego i specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów)”.

Tabela „Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto)” zawierała m.in. kolumny: „Skład ochrony”, „Ilość posterunków”, „Razem osób”, „Ilość godzin na dobę”, „Ilość godzin pracy w roku”, „Stawka godzinowa (netto)” (kolumna nr 7), „Stawka godzinowa (brutto)” (kolumna nr 8), „Koszt jednostkowy ochrony (netto)” (kolumna nr 9), „Podatek VAT (%)” (kolumna nr 10), „Koszt jednostkowy ochrony (brutto)”.

W kolumnie „Skład ochrony” Zamawiający wymieniał: „Dowódca ochrony”, „Posterunek stały”, „GI (grupa interwencyjna)”, „GI (grupa interwencyjna) podwykonawstwo” - z podziałem na poszczególne lata (2022, 2023, 2024, 2025) - dla części II oraz „Dowódca ochrony”, „Posterunek stały”, „Portier”, „Obsługa bp” - z podziałem na poszczególne lata (2022, 2023, 2024, 2025) - dla części IV.

W części II, w pozycjach „GI (grupa interwencyjna)” oraz „GI (grupa interwencyjna) podwykonawstwo” w kolumnach nr 7 i 8 Odwołujący każdorazowo zawarł znak „x” oraz nie wypełnił pozostałych kolumn, nie wyceniając tych pozycji.

Z kolei w tabeli „Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów” w obu częściach Zamawiający zawarł pozycje: Płacowe koszty pracodawcy (w tym: składki ZUS, PPK, FŚS i inne), Koszty zastępstw z tytułu absencji chorobowych, Koszty zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego, Koszty szkoleń, Koszty badań lekarskich, Koszty umundurowania i wyposażenia w całym okresie wykonywania zamówienia, Koszty dysponowania Pełnomocnikiem Kierownika Jednostki Organizacyjnej ds. Ochrony Informacji Niejawnej, Koszt dysponowania akredytowanym systemem teleinformatycznym w tym personelem bezpieczeństwa, zapewniającym właściwe funkcjonowanie systemu, Koszty środków łączności (jeżeli występują), Koszty systemu kontroli pracowników, Koszty polisy ubezpieczeniowej, Inne koszty pośrednie obsługi zamówienia typu koszty paliwa, amortyzacji sprzętu itp., Inne koszty związane z realizacją zamówienia (jeżeli występują), Koszty administracyjne, Zysk.

W części II Odwołujący w pozycji „Koszty zastępstw z tytułu absencji chorobowych” wpisał 0,00.

W części IV Odwołujący w pozycji „Koszty zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego” wpisał 0,00.

Pismami z 9 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał obu Odwołujących, na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty:

- w odniesieniu do części II zamówienia w zakresie: a) 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - wynagrodzenie pracownicze wzbudzi wątpliwości, c) w jakim nie uwzględnienia (w ogóle) w kalkulacji kosztów grupy interwencyjnej, d) nie uwzględnienia w kalkulacji w Specyfikacji cenowej - szczegółowej tabela „Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem dodatkowych kosztów” pozycji koszty zastępstwa z tytułu absencji chorobowych;

- w odniesieniu do części IV:

w zakresie: a) 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - wynagrodzenie pracownicze wzbudzi wątpliwości, c) w jakim nie uwzględnienia w tabeli „Specyfikacja cenowa z uwzględnieniem

dotatkowych kosztów" pozycji „Koszt zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego”. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia powinny być możliwie szczegółowe tak, aby nie pozostawiały wątpliwości (wyeliminowania tzw. dumpingu socjalnego). Powinny opierać się na dowodach potwierdzających stosowanie wynagrodzenia zgodnego z przepisami o płacy minimalnej (w tym uwzględnienia dodatków za pracę w porze nocnej) oraz wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W przypadku, nieudzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuci ofertę wykonawcy.

Odwołujący w zakresie części II zamówienia wyjaśnił m.in.: „Faktem jest, że w Specyfikacji cenowej w pozycji nr 2 dotyczącej kosztów zastępstw z tytułu absencji chorobowych nie wpisano żadnej kwoty, gdyż ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe. Nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będą przebywali na zwolnieniach lekarskich. Dlatego też ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych Spółka będzie pokrywała z zysku, który nota bene wynosi 4 tys zł miesięcznie. Odnosząc się do kwestii nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów grupy interwencyjnej pragnę zwrócić uwagę, że w powyższym zakresie Spółka będzie korzystała z podwykonawstwa. Dlatego też koszty z tym związane zostały uwzględnione w pozycji 12 Inne koszty związane z realizacją zamówienia Specyfikacji cenowej (2500 zł miesięcznie).” Odwołujący wskazał też, że miesięczny przychód netto to 152.195,69 zł, zaś całkowite koszty miesięczne to 148.195,68 zł, zatem zysk to 4.000 złotych.

Odwołujący w zakresie części IV zamówienia wyjaśnił m.in.: „Faktem jest, że w Specyfikacji cenowej w pozycji nr 3 dotyczącej kosztów zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego nie wpisano żadnej kwoty. Powyższe jest wynikiem błędu, gdyż w pozycji tej powinna być wpisana kwota 12.352,55 zł, która została wpisana w pozycji nr 2 (koszty zastępstw z tytułu absencji chorobowych) powyższej specyfikacji. Jednocześnie wyjaśniam, że ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe, gdyż nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będą przebywali na zwolnieniach lekarskich. Dlatego też ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych Spółka będzie pokrywała z zysku, który nota bene wynosi 10 tys zł miesięcznie.” Miesięczny przychód netto to 184.257,47 zł, całkowite koszty miesięczne to 174.257,47 zł.

Odrzucając oferty obu Odwołujących Zamawiający podał dwie osobne okoliczności:

1. Zaniżoną stawkę godzinową (dla części II i IV), dla której wskazał jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzając, że wartość roboczogodziny (14,99 zł netto) przyjęta do ustalenia ceny nie pokrywa kosztów wynagrodzenia pracowników, tj. minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Kalkulując cenę wykonawca zobowiązany był wziąć pod uwagę koszty pracy osób, które realizowały będą zamówienie. Pracownikom przysługuje również prawo do urlopu wypoczynkowego, w okresie którego pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia - 20 albo 26 dni w roku. Zobowiązany był wziąć pod uwagę także system 24-godzinny, który wiąże się z dodatkiem do wynagrodzenia za pracę w systemie nocnym. System 24-godzinny związany jest z dwiema stawkami minimalnego wynagrodzenia pracowników, na który składają się wynagrodzenie pracownika zgodnie z przepisami Kodeksu pracy. Stawka bez godzin nocnych w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia 3010,00 zł wynosi 17,92 zł netto za roboczogodzinę. Stawka z 20% dodatkiem za pracę w nocy wynosi 19,11 zł netto. Wykonawca w złożonej ofercie zaproponował stawkę poniżej wymagań, jakie nakazuje

system pracy

w powyższym postępowaniu i przepisy określone zgodnie z obowiązującymi przepisami

Kodeksu pracy. Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa. W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów prawa. Ponadto zgoda na cenę o znacząco zaniżonych stawkach (niezgodną z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego) prowadzi do preferowania nienależytej staranności w przedmiocie wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia. Wybór wykonawcy, który oferuje wykonanie zamówienia poniżej obowiązujących stawek,

kosztów pracy doprowadzić może do nienależytego wykonania zamówienia. Kierując się wyłącznie metodologią wyliczania kosztów określoną przez Zamawiającego potwierdza się fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło ze strony wykonawcy do błędu nieuwzględnienia w kosztach pracowniczych tzw. dodatku pracowniczego za pracę w systemie nocnym w wysokości 20%, zał. 13.1. kolumna nr 7, stawka godzinowa netto 14,99 zł. Uwzględniono je w sposób nieprawidłowy, niezgodny z tzw. instrukcją wypełnienia określoną przez Zamawiającego. Twierdzenie wykonawcy, iż została ona ujęta w kosztach innych pozycji stanowi nieuprawnioną „inżynierię cenową”. Takie działanie narusza interes pozostałych wykonawców. Pozycje określone w formularzu Specyfikacji cenowej - szczegółowej porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały elementy konieczne do wyceny. W żadnym z postanowień treści specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert nie dopuszczono możliwości skalkulowania ceny oferty w inny sposób.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert i każdy z wykonawców zobowiązany był do zastosowania się do wskazanych wymogów w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Brak wskazania wyceny grupy interwencyjnej oraz kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej (dla części II), powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, że opisał sposób przygotowania i wypełnienia załączników formularza ofertowego (zał. 13.1. - 13.5) w sposób precyzyjny i nie pozostawiający pola do interpretacji wykonawcy. Postanowienia treści rozdziału XII specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały wszystkie elementy konieczne do jej wyceny. W żadnych z postanowień tych dokumentów nie dopuszczono możliwości skalkulowania i wykazania ceny oferty w inny sposób. Postanowienia brzmiały zrozumiale, nie należało interpretować ich w sposób względniejszy dla wykonawcy, to jest przyjmować

taką wykładnię, jaką przyjął wykonawca wskazując ujęcia przedmiotowych kosztów w innym miejscu. W wyniku braku wyceny kosztów grupy interwencyjnie w wymaganej pozycji wykonawca popełnił błąd w wyliczeniu ceny oferty, nie ujął w niej wszystkich elementów wymaganych w formularzu Specyfikacji cenowej - szczegółowej. Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej, czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta w części merytorycznej nie odpowiada wymaganiom specyfikacji warunków zamówienia, treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z jego elementów. Brak podania wartości wynagrodzenia grupy interwencyjnej powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie danego elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Podobnie postąpił wykonawca w przypadku niewypełnienia kosztu zastępstwa

z tytułu absencji chorobowej poprzez wskazanie wartości 0,00 zł. Brak powyższej wartości powoduje, iż oferta nie odpowiada wymaganiom treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. „każda pozycja Specyfikacji cenowej musi być odpowiednio wypełniona w sposób niebudzący wątpliwości”. Ustawa o świadczeniach ZUS nakazuje pracodawcy wypłacanie tzw. wynagrodzenia chorobowego (33 dni w skali roku) dając możliwość wyliczenia szacunkowych kosztów z tytułu absencji chorobowej u pracowników, którzy będą realizowali przedmiotowe zamówienie. Zgodnie z tymi przepisami pracownikowi w danym roku kalendarzowym przysługuje 33 dni wynagrodzenia chorobowego x średniomiesięczne wynagrodzenie chorobowe na 1 dzień - 5,77 zł x ilość etatów w danej części zamówienia, daje to możliwość wyliczenia szacunkowej wartości kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej. Jest to istotna nieścisłość treści oferty, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia przez Zamawiającego tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza Specyfikacji cenowej - szczegółowej. Z punktu widzenia Zamawiającego występuje brak istotnego elementu treści oferty.

3. Brak wskazania kosztu zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego (dla części IV), powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, że opisał sposób przygotowania i wypełnienia załączników formularza ofertowego (zał. 13.1. - 13.5.) w sposób precyzyjny i nie pozostawiający pola do interpretacji wykonawcy. Postanowienia treści rozdziału XII specyfikacji warunków zamówienia oraz zaproszenia do składania ofert porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały wszystkie elementy konieczne do wyceny. W żadnym z tych dokumentów nie dopuszczono możliwości skalkulowania ceny oferty w inny

sposób. Postanowienia brzmiały zrozumiale, nie należało interpretować ich w sposób względniejszy dla wykonawcy, to jest przyjmować taką wykładnię, jaką przyjął wykonawca wskazując ujęcia przedmiotowych kosztów w innym miejscu.

Wykonawca w ofercie jako koszt zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego wskazał wartość jako 0,00 zł. Brak wyceny kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego w wymaganej pozycji powoduje, iż oferta nie odpowiada wymaganiom treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. „każda pozycja Specyfikacji cenowej musi być odpowiednio wypełniona

w sposób niebudzący wątpliwości”. Wykonawca wyjaśnił, iż w pozycji dotyczącej kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego popełnił błąd poprzez wpisanie wartości w koszty zastępstwa z tytułu absencji chorobowej. Podał również, iż powyższe koszty wyliczył na podstawie 20 dni wymiaru urlopu wypoczynkowego. Zgodnie ze złożonym wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia Zamawiający stoi na stanowisku, iż wykonawca powinien wyliczyć koszt zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni w roku. Koszt zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego to 453.655,12 zł. Ponadto wykonawca w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do kosztu zastępstwa z tytułu absencji chorobowej informując Zamawiającego, iż „ewentualne koszty związane z zastępstwem z tytułu absencji chorobowych mogą być tylko i wyłącznie szacunkowe, gdyż nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania, ilu pracowników i przez jak długi czas będą przebywali na zwolnieniach lekarskich. Dlatego też ewentualne koszty wynikające z absencji chorobowych Spółka będzie pokrywała z zysku”. Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy o świadczeniach ZUS nakazujące pracodawcy wypłacanie tzw. wynagrodzenia chorobowego (33 dni w skali roku), istnieje możliwość wyliczenia szacunkowych kosztów z tytułu absencji chorobowej pracowników, którzy będą realizowali przedmiotowe zamówienie. Średniomiesięczny koszt wynagrodzenia chorobowego za średniorocznie 1 dzień zwolnienia lekarskiego wynosi 5,77 zł. Brak wyceny kosztów zastępstwa z tytułu urlopu wypoczynkowego stanowi istotną nieścisłość treści oferty wykonawcy, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić. Z punktu widzenia Zamawiającego występuje brak elementu treści oferty.

Jak wynika z przywołanego rozdziału XII specyfikacji warunków zamówienia oraz samych formularzy „Specyfikacja cenowa - szczegółowa”, oferty dla poszczególnych części należało złożyć z wykorzystaniem owych formularzy, zaś ich treść stanowiła ścisłą merytoryczną treść oferty, co więcej - odnoszącą się do jej zasadniczej części, czyli ceny. Treść ta stanowi nie tylko samo wyszczególnienie sposobu obliczenia ceny, ale także oświadczenie wykonawcy, że cena właśnie w taki sposób została ustalona. Oświadczenie to może podlegać wyjaśnieniu lub uszczegółowieniu, czy to w ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1, czy też art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak zasadniczo nie podlega zmianie, również w przypadku zastosowania ww. wyjaśnień.

Pomijając kwestię sposobu wypełnienia kolumny nr 7 i 8 tabeli „Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto)” - co do których zaistniał spór, w którym znaczeniu zostały użyte określenia „netto” i „brutto” w opisach kolumn „Stawka godzinowa (netto)” i „Stawka godzinowa (brutto)” - opisy pozostałych zawartych w tabelach kolumn i, przede wszystkim, pozycji były na tyle jasne, że nie budziły wątpliwości lub też, w ocenie Izby, nie powinny ich być budzić. Chodzi tu w szczególności o pozycje: „GI (grupa interwencyjna)”, „GI (grupa interwencyjna) podwykonawstwo”, „Koszty zastępstw z tytułu absencji chorobowych”, „Koszty zastępstw z tytułu urlopu wypoczynkowego”, „Inne koszty związane

z realizacją zamówienia (jeżeli występują)”, „Zysk”. Wykonawcy zatem powinny byli odpowiednie wartości przypisać odpowiednim pozycjom, których one dotyczyły i przypisać je właśnie tym pozycjom, a nie żadnym innym. Przy czym z układu tabeli wynika, że pozycja „Inne koszty związane z realizacją zamówienia (jeżeli występują)” dotyczyła innych kosztów niż te, które powinny były być ujęte w pozostałych pozycjach tabeli. Pozycje zaś „GI (grupa interwencyjna)” i „GI (grupa interwencyjna) podwykonawstwo” mogły zostać albo wypełnione alternatywnie, albo też obie naraz, jeśli dany wykonawca przewidywał częściowo zarówno podwykonawstwo, jak i zasoby własne.

Tym samym nieujęcie w tabeli, w danych pozycjach, kosztów, które zostały przypisane danej pozycji w jej opisie (kolumna „Skład ochrony” lub „Wyszczegółowienie”), stanowiło wypełnienie tej tabeli niezgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, a co za tym idzie - również złożenie oferty niezgodnie z tymi wymaganiami.

Także - jak wskazano na wstępie, zmiana oświadczenia zawartego w ofercie w ramach wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego poprzez wskazywanie, że oferta została wyceniona w inny sposób niż żądał tego Zamawiający i dane koszty zostały de facto ujęte w innych pozycjach, które dotyczą innych elementów wyceny, jest niemożliwa, a wszelkie

usiłowania wykonawcy zmierzające w tym kierunku należy uznać za bezskuteczne. Dodatkowo, stanowią oświadczenie stojące w sprzeczności z jasnym oświadczeniem zawartym w ofercie, zatem nie mogły zostać uznane przez Zamawiającego za wiarygodne i zasługujące na uwzględnienie. Co najwyżej mogły wzbudzić u Zamawiającego jedynie przekonanie właśnie, że cena oferty została obliczona niezgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia i stanowić powód odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Już stwierdzenie takiej podstawy odrzucenia oferty stanowi o obowiązku odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego, niezależnie od ewentualnego stwierdzenia, że cena rzeczywiście jest rażąco niska albo zaistnienia innych podstaw jej odrzucenia.

Zatem niezależnie od prawidłowości i potwierdzenia się lub nie pozostałych podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia ofert obu Odwołujących, już z powyższych powodów kwestionowana czynność Zamawiającego jest prawidłowa. Dla skuteczności odrzucenia oferty wystarczające jest bowiem zaistnienie już jednej podstawy jej odrzucenia.

Należy też w tym kontekście zauważyć, że wyjaśnienia zmieniające jasno wyrażoną treść oferty nie mają szansy się ostać także wobec wymogów art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których jasno wynika, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają uzasadniać podaną w ofercie cenę - nie zaś ją zmieniać i wprowadzać niepewność co do rzeczywistego sposobu jej obliczenia.

Zamawiający słusznie też wskazał, że w takim przypadku nie ma możliwości zastąpienia wykonawcy w formułowaniu przez niego oświadczenia (oferty) poprzez jej korektę, jak też naruszyłby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców pozwalając, by jeden lub niektórzy z nich złożyli ofertę sporządzoną w sposób odmienny od wymaganego albo też nie ujęli pewnych elementów, które były możliwe do ujęcia i obliczenia, jak np. procent ryzyka absencji chorobowej pracowników.

Zamawiający też, w ocenie Izby, słusznie nie kontynuował wyjaśnień, ponieważ w przypadku obu Odwołujących już wyjaśnienia z 15 lutego 2022 r. wskazywały na powyższą podstawę odrzucenia oferty.

Powyższe można także zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej obliczenie niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego również jest błędem. Jednak, jak wskazywano już wielokrotnie w orzecznictwie w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w takim przypadku przesłanka błędu w obliczeniu ceny pokrywa się z przesłanką niezgodności z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia i jest przez nią „konsumowana”, nie wymaga więc powielania podstawy prawnej.

Jeśli chodzi o podstawę odrzucenia ofert Odwołujących dotyczącą zaniżonej stawki godzinowej dla części II i IV, dla której Zamawiający jako podstawę odrzucenia wskazał art. 226 ust. 1 pkt w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzając, że wartość roboczogodziny (14,99 zł netto) przyjęta do ustalenia ceny nie pokrywa kosztów wynagrodzenia pracowników, tj. minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdyż stawka ta bez godzin nocnych wynosi 17,92 zł netto za roboczogodzinę, a z

20% dodatkiem za pracę w nocy wynosi 19,11 zł netto, Izba stwierdziła, że - gdyby nie powyżej wskazana podstawa odrzucenia obu ofert - kwestia ta byłaby możliwa do wyjaśnienia, tzn. możliwe byłoby podjęcie wyjaśnień w tym zakresie, gdyż trudno w tym momencie przesądzić o ich rezultacie. Jak można wnioskować ze stanowisk Stron oraz w kontekście wyjaśnień Przystępujących złożonych podczas rozprawy, a dotyczących sposobu wypełnienia kolumny nr 7 i 8 tabeli „Wyliczenie wynagrodzenia pracowniczego (wynagrodzenie pracowników brutto)” - kolumny „Stawka godzinowa (netto)” i „Stawka godzinowa (brutto)” - rozbieżne stanowiska Odwołujących i Zamawiającego wynikały prawdopodobnie z przypisania innego znaczenia pojęciom „netto” i „brutto”. Natomiast niekoniecznie oznaczało to finalnie, że obliczone przez Odwołujących wynagrodzenie pracowników było rzeczywiście niezgodne ze wskazanymi przepisami. Należy tu też podkreślić, że w tym kontekście Zamawiający nie zarzucił Odwołującym wypełnienia formularza niezgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, lecz niezgodność z przepisami prawa.

Co do zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że

zarzut ten nie potwierdził się i nie mógł się potwierdzić, gdyż zarzuty żadnego z odwołań nie dotyczą materii poruszonej w tym przepisie, tj. kryteriów oceny ofert.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ust. 2 [prawdopodobnie chodzi tu o art. 253 ust. 1 pkt 2] w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie błędnej podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego decyzji o odrzuceniu ofert Odwołujących. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Informacja ta realizuje jego obowiązek wynikający z tego przepisu. Natomiast nie oznacza to, że każdy wykonawca musi się z tym uzasadnieniem zgadzać i uważać je za prawidłowe, jak też samo uzasadnienie nie musi być obiektywnie prawidłowe.

Wobec powyższego Izba oddaliła oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zamawiający nie stawiał się na rozprawie i nie wnosił o zasądzenie kosztów, Izba uwzględniła zatem, w przypadku obu odwołań, należny wpis w wysokości 15.000 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: