Sygn. akt: KIO 1644/22

WYROK

z dnia 4 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Civis Polska sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki oraz Civis Polska CDO sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Ochota, ul. Grójecka 17a, 02-021 Warszawa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, Emporio sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań oraz Vigor Security sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o. oraz Vigor Security sp. z o.o., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża uczestnika wnoszącego sprzeciw tj. konsorcjum Security Emporio sp. z o.o. sp.k., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, Emporio sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań oraz Vigor Security sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, 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 uczestnika wnoszącego sprzeciw tj. konsorcjum Security Emporio sp. z o.o. sp.k., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, Emporio sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań oraz Vigor Security sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, na rzecz odwołującego, tj. konsorcjum: Civis Polska sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki oraz Civis Polska CDO sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki, kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1644/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Ochota, ul. Grójecka 17a, 02-021 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ochrona osób i mienia w obiektach Urzędu Dzielnicy Ochota m.st. Warszawy", numer referencyjny: 7/2022/AGK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.04.2022 r., nr 2022/BZP 00120735.

W dniu 15.06.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Security Emporio sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o., oraz Vigor Security sp. z o.o.

W dniu 20.06.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy konsorcjum Civis Polska sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki oraz Civis Polska CDO sp. z o.o., ul. J. Piłsudskiego 2, 05-091 Ząbki (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Emporio, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena wskazana w ofercie Emporio jest rażąco niska,

2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Emporio, że oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztów,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Emporio, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów Tabeli Służby Ochrony wskazanej w Załączniku nr 12 do specyfikacji warunków zamówienia obowiązujących w przetargu (dalej: „swz"),

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez

Emporio i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Emporio, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów wynikających z przewidzianej przez zamawiającego liczby godzin wynikającej z Tabeli nr 1 Formularza Cenowego — Załącznika nr 1A do swz,

5) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez czynność wyboru oferty Emporio jako najkorzystniejszej w przetargu.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„(...) B. Rażąco niska cena w ofercie Emporio oraz błędy w obliczeniu kosztów.

W wyjaśnieniach z dnia 20.05.2022 r., Emporio wskazał iż:

„Wykonawca w ofercie przetargowej dla Zadania nr 1 zaproponował stawkę w wysokości 22,33 zł netto. Wykonawca do realizacji usługi planuje zatrudnić 25 kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie stałej umowy o pracę z zachowaniem równoważnego czasu pracy posiadających orzeczenie w stopniu umiarkowanym.

Poniżej kalkulacja kosztów dla jednego kwalifikowanego pracownika ochrony przy założeniu 167 rbh w miesiącu.

Koszty zatrudnienia jednego kwalifikowanego pracownika ochrony kształtują się w następujący sposób:

- przyjęto minimalne wynagrodzenie brutto w wysokości: 3010 zł, tj. wynagrodzenie netto: 2209,57 zł, należne składki do ZUS 633,24 zł, należny podatek do Urzędy Skarbowego 154 zł.

- Dodatek za Pracę w porze nocnej 201,47 tj. 3010:167,33 x 20 % = 3,60 x 56 tj. 204,47 zł.,

- Świadczenie urlopowe tj. 3845,41 x 26 dni x 12 miesięcy = 396, 75 zł,

- świadczenie chorobowe 61,58 zł: przychód 3211,47-440,29 : 30 dni wg ustawy ZUS = 92,37x 80 % 73,9 dzienna stawka x 10 dni wynagrodzenia chorobowego 12 miesięcy w skali roku,

- Odzież ochrona i szkolenia 45 zł.

- Koszty administracyjne, nadzoru nad realizacją usługi grup interwencyjnych: 55 zł.

- Całkowity koszt zatrudnienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynosi 4560,02 zł brutto co w przeliczeniu na stawkę za 1 rbh daje kwotę 27,31 zł,

- Wykonawca otrzyma dofinansowanie PFRON do każdego pracownika w wysokości 1200 zł. Całkowity koszt zatrudnienia jednego kwalifikowanego pracownika ochrony po uwzględnieniu dofinansowania wynosi: 3360,02 zł, co w przeliczeniu na stawkę za 1 rbh daje kwotę w wysokości 20,12 zł brutto.

- Przewidywany zysk 1 rbh kwalifikowanego Pracownika ochrony wynosi: 2,21 zł netto. Jednocześnie oświadczamy, że nie zostało uwzględnione PPK z uwagi na fakt, że pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia, a pozostający w zasobach Wykonawcy zrezygnowali z opłacania składki. (...)”

1) Błąd oraz zaniżenie kosztów świadczeń urlopowych

Odnosząc się do w/w wliczeń, Odwołujący wskazuje, że Emporio w swoich wyliczeniach przyjął dla Świadczenia urlopowego kwotę 396,75 zł wyliczoną jako: 3845,41 x 26 dni x 12 miesięcy =396,75 (dla etatu w wymiarze 167 h).

Jednakże Emporio popełnił błąd w kalkulacji swojego kosztu, gdyż skoro zatrudnia osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, to dla swoich wyliczeń powinien przyjąć liczbę 36 dni, a nie zaniżoną liczbę 26 dni.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27.08.1997 r. ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym.

Dlatego też już w tej sytuacji koszt wykonania zamówienia dla Emporio powinien być zdecydowanie wyższy, tj. o łączną kwotę brutto 50.833,44 zł brutto (wyliczoną dla 45920 rbg). Wyliczenie wprost wynika z faktu, że skoro Świadczenie urlopowe będzie wynosiło 36, a nie 26 dni, a więc będzie o 38% wyższe, także kwota Świadczenia urlopowego wzrośnie o 38%. Takie więc, prawidłowa kwota Świadczenia urlopowego nie wynosi 396,75 zł dla jednego pracownika a jest o 38% wyższa. Odnosząc w/w wyliczenia do etatu w wymiarze 167 h, Świadczenie urlopowe wg Emporio miało rzekomo wynieść 396,75 zł / 167 h = 2,36 zł / rbg. Poprzez zwiększenie w/w kwoty o 38%, otrzymujemy wartość 3,26 zł. Różnica między w/w kwotami wynosi 0,90 zł / rbg — tj. niedoszacowanie na poziomie 0,90 zł / rbg netto.

Następnie mnożąc w/w kwotę razy liczbę godzin umowy, tj. 45.920 godzin otrzymujemy kwotę 41328,00 zł netto, czyli 50 833,44 brutto. Czyli już w tym zakresie, oferta Emporio jest nie tylko źle skalkulowana, ale także zaniżona o kwotę: 50.833 44 zł brutto.

2) Błąd oraz zaniżenie kosztów związane z obligatoryjną dodatkową przerwą przysługującą pracownikom niepełnosprawnym.

Dodatkowo, Emporio nie uwzględniło w swoich wyliczeniach kwestii obowiązkowej dodatkowej przerwy, przysługującej pracownikom niepełnosprawnym.

Zgodnie z art. 17 ustawy o reh. osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek. Czas przerwy: wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy. Nie narusza to przepisu art. 134 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. Z 2020 r. poz. 1320).

Powyższe oznacza, że wykonawca Emporio zakłada, że jego pracownikom będzie przysługiwała dodatkowa przerwa, podczas której Zamawiający będzie pozbawiony usługi ochrony osób i mienia. Emporio w swoich wyliczeniach całkowicie pomija tę kwestię, a tym samym nie tylko oferta jest błędnie skalkulowana, ale również zaniżona, gdyż te koszty powinny być wliczone do oferty jako koszt Emporio.

Co więcej, tak skalkulowana oferta nie odpowiada SWZ, skoro biorąc pod uwagę, iż Emporio planuje zatrudnić 25 pracowników, to biorąc pod uwagę, że każdemu przysługuje dodatkowa przerwa, Emporio faktycznie nie przepracuje zakładanej przez Zamawiającego liczby godzin, tj. 45920 rbg. Tak więc kalkulacja Emporio jest niezgodna z liczbą godzin przewidzianą przez Zamawiającego w Tabeli nr 1 Formularza Cenowego — Załącznika nr 1A do SWZ.

Jeśli pracownicy Emporio potrzebują dodatkowej przerwy nieprzewidzianej przez SWZ, ani przez Zamawiającego, to kalkulacje Emporio w oparciu o 167 rbg/miesiąc są także całkowicie błędne i zaniżone. W celu wykonania usługi w założonej liczbie godzin przez Zamawiającego, Emporio będzie zmuszone do zatrudnienia dodatkowego personelu w celu pokrycia czasu przeznaczonego na dodatkową przerwę.

W tym zakresie, wykonawca Emporio pominął, iż dla każdego pracownika powinien doliczyć średni koszt dodatkowej przerwy na poziomie 5 godzin 15 minut. Dla 25 pracowników jest to suma 131 godzin 15 minut, co oznacza de facto konieczność zatrudnienia dodatkowego pracownika w wymiarze 3/4 etatu. Skoro wg Emporio miesięczny koszt pracownika wynosi 4.560,02 zł, to w przypadku wymiary % etatu koszt miesięczny wyniesie 3/4 * 4560,02 zł, tj. 3.420,02 zł. Koszt przemnożony przez 12 miesięcy daje łączną kwotę niedoszacowania na poziomie co najmniej 41.040,18 zł brutto. (...)

3) Błąd i zaniżenie kosztów wyposażenia stanowiska pracy związane z wymogami ustawy o reh. oraz kosztów wyposażenia budynków

Zgodnie z oświadczeniem Emporio, wszyscy jego pracownicy (w liczbie 25) skierowani do wykonania zamówienia posiadają orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o reh. do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych. (...)

W tym zakresie Odwołujący przyjmuje założenie, że Emporio nie będzie kierowało do wykonywania zamówienia pracowników niezdolnych do pracy. Zatem, w/w pracownicy powinni by zdolni do pracy: jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagają czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienie ról społecznych, a więc także w przypadku wykonywania przez nich pracy.

Dodatkowo zgodnie z art. 4 ust. 5 pkt 1) ustawy o reh. zaliczenie do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności osoby, o której mowa w ust. 1 lub 2, nie wyklucza możliwości zatrudnienia tej osoby u pracodawcy niezapewniającego warunków pracy chronionej, w przypadkach: 1) przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej, przy czym zgodnie z ust. 6 tego przepisu, kontrole w zakresie spełniania warunku, o którym mowa w ust. 5pkt 1, przeprowadza Państwowa Inspekcja Pracy. Zamówienie objęte niniejszym Przetargiem nie będzie wykonywane w warunkach pracy chronionej — co jest całkowicie oczywiste, gdyż urzędy m.st. Warszawy Dzielnicy Ochota nie są zakładami pracy chronionej. (...)

Pomijając aspekt kwestii kontroli PIP, należy podkreślić, że Emporio w swojej ofercie zupełnie pominęło kwestię kosztów związanych z przystosowaniem stanowiska pracy do potrzeb swoich niepełnosprawnych pracowników. W tym zakresie, Emporio ograniczyło się do wskazania: „Odzież ochrona i szkolenia 45 zł". Biorąc pod uwagę liczbę pracowników i czas trwania umowy, Emporio przewidziało w tym zakresie kwotę jedynie 13.500 zł.

Emporio nie przewidziało zatem następujących kosztów:

1) przystosowania stanowiska pracy do potrzeb swoich niepełnosprawnych pracowników,

2) wyposażenia pracowników w środki przymusu bezpośredniego zgodnie z OPZ,

3) wyposażenia obiektów zgodnie z OPZ.

(...) Powyższe oznacza, że Emporio zaniżył swoje koszty własne wykonywania zamówienia, a także potwierdza stanowisko Odwołującego, iż oferta Emporio zawiera oczywiste błędy w kalkulacji kosztów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp.

4) Błąd oraz zaniżenie kosztów czasu pracy pracowników z niepełnosprawnością
Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 ustawy o reh. wynika odpowiednio, iż:

> ust. 2 czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo oraz

> ust. 3 osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych.

Tak więc co do zasady, czas pracowników Emporio jest zdecydowanie krótszy od pracowników bez niepełnosprawności. Dodatkowo pracownicy Empolio nie mogą co do zasady być zatrudnieni w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych.

Natomiast art. 16 ust. 1 ustawy o reh. przewiduje jedynie dwa wyjątki od w/w ograniczeń, tj. nie stosuje się ich:

a) do osób zatrudnionych przy pilnowaniu oraz

b) gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

W niniejszym Przetargu Emporio złożyło ofertę na realizację usług z zakresu ochrony osób i mienia, a nie pilnowania w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 1) ustawy o reh. (...)

Zgodnie z art. 2 pkt 4) i 5) ustawy o ochronie osób i mienia, tj.: ochrona osób to działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej, a ochrona mienia to działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałające powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz niedopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony.

Powyższa definicja ochrony osób i mienia jest znacznie szersza od pojęcia „pilnowania" wynikającego z art. 16 ustawy o reh., które nie posiada swojej legalnej definicji.

(...) Dlatego też art. 16 ust. 1 pkt 1) ustawy o reh. nie może zostać zastosowany przez wykonawcę Emporio w zakresie usług objętych Przetargiem.

Powyższe przesądza także Instrukcja Alarmowa przygotowana przez Zamawiającego i stanowiąca załącznik nr 5 do projektu umowy (Załącznik 13 do SWZ), w której wyraźnie wskazano, m.in. następujące obowiązki pracownika ochrony, tj.: (...)

Skoro pracownik Emporio jest zobowiązany w pewnych okolicznościach do użycia środków przymusu bezpośredniego opisanych w art. 12 ustawy o środkach przymusu i broni palnej oraz w celach wskazanych w art. 11 tej ustawy, to nie można mówić, by w tym zakresie osoby niepełnosprawne zatrudnione przez Emporio mogły wykonywać pracę w warunkach wyłączających wymogi art. 15 ustawy o reh., a więc wyłączenie wynikające z) ustawy nie ma do nich zastosowania.

Poza tym, biorąc pod uwagę wykładnie celowościową art. 16 ust. 1 pkt 1), celem ustawodawcy z pewnością nie było dopuszczenie przedłużenia czasu pracy osobom o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności (...), które miałyby stosować przymus bezpośredni. Celem ustawodawcy było dopuszczenie w/w pracowników do pracy przy pilnowaniu mienia, a więc świadczeniu pracy w nocy w charakterze stróża lub dozorcy.

Poza tym, wykonawca Emporio na etapie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie przedstawił żadnych dokumentów wskazujących na możliwość zastosowania wyłączenia wynikającego z art. 16 ust. 1 pkt 2) ustawy o reh. (...)

Przy zmniejszonej normie godzinowej, liczba przepracowanych etatów w ciągu całej umowy wzrasta o 38, przy pomnożeniu przez założony przez Security Emporio łączny koszt jednego etatu, otrzymujemy wzrost stawki godzinowej o 3,07 zł netto (3,77 zł brutto). Dlatego już w tym zakresie oferta Emporio powinna zostać podwyższona o łączną kwotę co najmniej 173.281,17 zł brutto.

Tym samym oferta Emporio jest także w w/w zakresie błędnie skalkulowana, gdyż nie zawiera żadnego odniesienia do ograniczeń wskazanych w art. 15 ust. 2 i 3 ustawy o reh. Jednocześnie, powyższe pominięcia Emporio pozwoliły temu wykonawcy na skalkulowanie swojej oferty poniżej kosztów, a tym samym ofert Emporio mimo złożonych wyjaśnień powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 5 i 6 pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 226 ust. 1 pkt 10).

5) Podsumowanie błędów w ofercie Emporio oraz niedoszacowań
W tym miejscu należy podkreślić, że wykonawca Emporio w swojej ofercie nie doszacował co najmniej następujących pozycji, tj.:

1. prawidłowych kosztów świadczeń urlopowych w kwocie 50.833 44 zł brutto,

2. prawidłowych kosztów wyliczeń godzin etatów potrzebnych do wykonania liczby rbg wynikających z SWZ w łącznej kwocie 173.281,17 zł brutto,

3. prawidłowych kosztów dodatkowej 15 minutowej przerwy wynikającej z art. 17 ustawy o reh. w łącznej kwocie 41.040,18 zł brutto, tj. co najmniej łącznej kwoty 265.154,79 zł brutto.

Powyższej kwoty nie jest w stanie skompensować nawet zakładany przez wykonawcę Emporio teoretyczny zysk w kwocie 2,21 zł netto (2,72 zł brutto), który łącznie miał rzekomo wynosić 124.824,34 zł.

Jak wynika z przepisów polskiego prawa, oferta Emporio jest wyliczona poniżej realnych kosztów realizacji zamówienia objętego Przetargiem o przeszło 140.000 zł, tj. o ponad 10% w stosunku do łącznej kwoty oferty Emporio. Skala niedoszacowań nie ma charakteru pomijalnego, ale wskazuje wyraźnie na zawarcie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Emporio. (...)

C. Niezgodność oferty Emporio z wymogami SWZ.

Odwołujący pragnie podkreślić, że oferta Emporio nie odpowiada SWZ, skoro Emporio planuje zatrudnić 25 pracowników, to biorąc pod uwagę, że każdemu przysługuje dodatkowa przerwa w wymiarze 15 minut, Emporio faktycznie nie przepracuje zakładanej przez Zamawiającego liczby godzin, tj. 45920 rbg. Tak więc kalkulacja Emporio jest niezgodna z liczbą godzin przewidzianą przez Zamawiającego w Tabeli nr 1 Formularza Cenowego — Załącznika nr 1A do SWZ.

Dodatkowo, Emporio nie jest w stanie wykonać umowy z Zamawiającym zgodnie z SWZ także z powodu ograniczeń nakładanych przez art. 15 ust. 2 i 3 ustawy o reh. Oparcie oferty wyłącznie o pracowników niepełnosprawnych (w stopniu umiarkowanym) stanowi prawne ograniczenie dla Emporio, gdyż tacy pracownicy nie mogą wykonywać pracy w godzinach nocnych lub nadliczbowych. Co więcej, ich czas pracy jest krótszy, gdyż zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy o reh. wynosi 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

Tym samym Emporio również z w/w przyczyn nie jest obiektywnie w stanie przy udziale 25 Pracowników (zgodnie z deklaracją Emporio) zrealizować 45.920 rbg w ramach umowy z Zamawiającym.

Powyższe potwierdza, że oferta Emporio jest niezgodna z SWZ, tj. niezgodna z art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp w zw. z liczbą godzin przewidzianą przez Zamawiającego w Tabeli nr 1 Formularza Cenowego — Załącznika nr 1A do SWZ, jak również niezgodna z art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp w zw. z czasem pełnienia służby wskazanym w Tabeli Służby Ochrony w Załączniku nr 12 do SWZ."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Emporio jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty Emporio,

3) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

ewentualnie:

4) unieważnienia czynności wyboru ofert Emporio jako najkorzystniejszej,

5) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym w szczególności w zakresie rażąco niskiej ceny i:

a) odrzucenia oferty Emporio,

b) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Pismem z dnia 24.06.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Security Emporio sp. z o.o. sp.k., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań, Emporio sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań oraz Vigor Security sp. z o.o., ul. Czernichowska 28, 61-334 Poznań (dalej: „przystępujący"), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przedstawiając też swoją argumentację w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 30.06.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości.

W trakcie posiedzenia w dniu 04.07.2022 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Pismem z dnia 04.07.2022 r. odwołujący ustosunkował się do argumentacji przystępującego zawartej w zgłoszeniu przystąpienia.

W trakcie rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę na terenie obiektów Urzędu Dzielnicy Ochota m.st. Warszawy:

a) usług ochrony osób i mienia,

b) usług monitorowania sygnałów alarmowych informujących o napadzie lub włamaniu,

c) przyjazdu grupy interwencyjnej w przypadku wywołania alarmu lub jej przywołania.

W postępowaniu złożono 9 ofert z cenami od 1.202.078,01 zł brutto do 1.586.522,93 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.264.284,54 zł brutto.

W dniu 11.05.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Complex sp. z o.o.

W dniu 16.05.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Civis Polska sp. z o.o. i Civis Polska CDO sp. z o.o. wnieśli odwołanie, które zostało przez zamawiającego uwzględnione. W związku z powyższym zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11.05.2022 r.

Pismem z dnia 18.05.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał m.in. przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Zamawiający wskazał, że: „Kalkulacja powinna zawierać co najmniej następujące składniki: wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zaangażowanych do wykonania niniejszego zamówienia, urlopy ww. pracowników w okresie realizacji zamówienia, praca w godzinach nocnych, wyposażenie pracowników, obsługę administracyjną i nadzór, zysk Wykonawcy".

Pismem z dnia 20.05.2022 r. przystępujący udzielił odpowiedzi, w której wskazał, że: „pomyłkowo przedstawił wcześniejszą kalkulację. Poniżej przedstawiamy prawidłowe wyliczenia.

Wykonawca w ofercie przetargowej dla Zadania nr 1 zaproponował stawkę w wysokości 22,33 zł netto. Wykonawca do realizacji usługi planuje zatrudnić 25 kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie stałej umowy o pracę z zachowaniem równoważnego czasu pracy posiadających orzeczenie w stopniu umiarkowanym. Poniżej kalkulacja kosztów dla jednego kwalifkowanego pracownika ochrony przy założeniu 167 rbh w miesiącu.

Koszty zatrudnienia jednego kwalifkowanego pracownika ochrony kształtują się w następujący sposób: przyjęto minimalne wynagrodzenie brutto w wysokości: 3010 zł tj. wynagrodzenie netto: 2209,57 zł, należne składki do ZUS 633,24 zł, należny podatek do Urzędy Skarbowego 154 zł. Dodatek za pracę w porze nocnej 201,47 tj. 3010:167,33 x 20 % = 3,60 x 56 tj. 204,47 zł. Świadczenie urlopowe tj. 3845,41 x 26 dni x 12 miesięcy =396,75 zł, świadczenie chorobowe 61,58 : przychód 3211,47-440,29 : 30 dni wg ustawy ZUS = 92,37 x 80 % 73,9 dzienna stawka x 10 dni wynagrodzenia chorobowego 12 miesięcy w skali roku zł. Odzież ochrona i szkolenia 45 zł. Koszty administracyjne, nadzoru nad realizacją usługi grup interwencyjnych: 55 zł. Całkowity koszt zatrudnienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów wynosi 4560,02 zł brutto co w przeliczeniu na stawkę za 1 rbh daje kwotę 27,31 zł. Wykonawca otrzyma dofinansowanie z PFRON do każdego pracownika w wysokości 1200 zł. Całkowity koszt zatrudnienia jednego kwalifikowanego pracownika ochrony po uwzględnieniu dofinansowania wynosi: 3360,02 zł , co w przeliczeniu na stawkę za 1 rbh daje kwotę w wysokości 20,12 zł brutto. Przewidywany zysk z 1 rbh kwalifikowanego pracownika ochrony wynosi: 2,21 zł netto. Jednocześnie oświadczamy, że nie zostało uwzględnione PPK z uwagi na fakt, że pracownicy ochrony przewidziani do realizacji zamówienia, a pozostający w zasobach Wykonawcy zrezygnowali z opłacania w/w składki.

W załączeniu przedkładamy potwierdzenia otrzymywania dofinansowania z PFRON dla 25 kwalifikowanych pracowników ochrony przewidzianych do realizacji niniejszego zamówienia."

Pismem z dnia 25.05.2022 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „w związku z niejednoznacznym brzmieniem wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 20 maja 2022 roku, wzywa do udzielenia precyzyjnej odpowiedzi:

1. czy w wyjaśnieniach z dnia 20.05.2022 r. oświadczyliście Państwo, że Wasza oferta została omyłkowo skalkulowana?

2. czy za prawidłowo wyliczoną stawkę za roboczogodzinę netto w złotych w ww. wyjaśnieniach została podana inna cena jednostkowa, niż zaoferowana w Formularzu cenowym, dołączonym do Państwa oferty?

3. proszę podać, jaka jest ostateczna poprawna stawka za roboczogodzinę netto w złotych, przyjęta do złożonych wyjaśnień z dnia 20.05.2022 r., po uwzględnieniu wszystkich jej składników?"

Pismem z dnia 27.05.2022 r. przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 25.05.2022 r. wyjaśniamy, że w złożonym w dniu 20.05.2022 r. dokumencie dot. rażącej ceny Wykonawca omyłkowo zawarł stwierdzenie: „W odpowiedz na pismo Zamawiającego z dnia 18.05.2022 r. wyjaśniamy, że Wykonawca pomyłkowo przedstawił wcześniejszą kalkulację. Poniżej przedstawiamy prawidłowe wyliczenia". Wykonawca również omyłkowo wpisał przy kwocie za 1 roboczogodzinę, że jest to kwota brutto (dot. fragmentu tekstu z dnia 20.05.2022 r. „1 rbh daje kwotę w wysokości 20,12 zł brutto"). Kwota 20,12 to cena netto za 1 roboczogodzinę pracy. Zaproponowana cena w ofercie wynosiła 22,33 zł netto, zatem zysk dla Wykonawcy wynosi 2,21 zł. Wykonawca nie popełnił omyłki w zakresie ceny ofertowej oraz w zakresie wyliczeń rażąco niskiej ceny. Błędy w piśmie z dnia 20.05.2022 r. są nieprawidłowościami w zakresie tekstowym".

Pismem z dnia 15.06.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

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

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

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.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że przystępujący wskazał w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu w dniu 20.05.2022 r., że zamierza skierować do wykonania zamówienia 25 osób z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym. Osoby te przystępujący wskazał w wykazie osób, a jak wynika z § 8 ust. 2 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania Umowy przy pomocy osób wymienionych w Załączniku nr 2 oraz 2A do Umowy (...)", co oznacza, że te właśnie osoby będą co do zasady wykonywać zamówienie jako pracownicy przystępującego, a nie jakiekolwiek inne. Zatrudnienie osób niepełnosprawnych pociąga za sobą konieczność przestrzegania

przepisów m.in. ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 573 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą o rehabilitacji". W konsekwencji, przystępujący powinien także w kalkulacji ceny oferty uwzględnić koszty, jakie wynikają z przepisów dotyczących zatrudnienia takich osób. Jak wynika z wyjaśnień przystępującego, uwzględnił on wprawdzie wartość dofinansowania z PFRON, natomiast nie uwzględnił innych kosztów wiążących się z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych.

Po pierwsze, przystępujący nie uwzględnił faktu, że zgodnie z art. 17 ustawy o rehabilitacji, osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek, a czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy. Przystępujący nie ma przy tym racji powołując się na art. 134 kodeksu pracy i twierdząc, że przerwa ta przysługuje wyłącznie po przepracowaniu 6 godzin pracy. Jak bowiem wyraźnie wskazano w zdaniu trzecim ww. art. 17 ustawy o rehabilitacji: „Nie narusza to przepisu art. 134 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320)". Tym samym ustawodawca jednoznacznie przesądził, że 15-minutowa przerwa przewidziana w ustawie o rehabilitacji jest odrębną przerwą od przerwy przewidzianej w art. 134 kodeksu pracy, która rzeczywiście przysługuje pracownikowi, którego dobowy wymiar czasu pracy wynosi co najmniej 6 godzin. Z powyższego wynika zatem, że przystępujący zamierzając zatrudnić osoby niepełnosprawne powinien był uwzględnić w kalkulacji ceny oferty ww. 15-minutową przerwę i konieczność zatrudnienia tylu osób, żeby w czasie ww. przerwy usługa była wykonywana. Brak uwzględnienia kosztów wynikających z konieczności zapewnienia pracownikom niepełnosprawnym ww. przerwy czyni kalkulację przystępującego wadliwą.

Po drugie, przystępujący niewłaściwie policzył koszty wynikające z faktu korzystania przez pracowników z urlopów. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji, osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym, a prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności. W udzielonych zamawiającemu wyjaśnieniach przystępujący uwzględnił w wyliczeniach 26 dni urlopu, a zatem nie uwzględnił dodatkowych 10 dni przysługujących osobie niepełnosprawnej. Podanie liczby 26 dni wskazuje przy tym, że dodatkowe 10 dni nie zostało przez przystępującego uwzględnione bez względu na to, czy danemu pracownikowi przysługuje 20, czy 26 dni urlopu podstawowego. Brak uwzględnienia kosztów wynikających z konieczności zapewnienia pracownikom niepełnosprawnym dodatkowego urlopu również czyni kalkulację przystępującego wadliwą.

Odnosząc się do argumentacji przystępującego przedstawionej w piśmie z dnia 24.06.2022 r., w którym napisał on, że w zakresie dodatkowej przerwy i dodatkowego urlopu dokonał wyliczeń uśrednionych, przede wszystkim należy zauważyć, że w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca przewidział „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu". W przepisie tym mowa jest o „wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, ale muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy stały u podstaw takiej a nie innej kalkulacji ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny oferty, jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać, jakie czynniki i dlaczego zostały uwzględnione lub nieuwzględnione w kalkulacji i czy zaoferowana cena zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Przy czym informacje te powinny znaleźć się w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego, a nie dopiero w piśmie procesowym składanym w trakcie postępowania odwoławczego. Ale nawet pomijając to, kiedy przystępujący poinformował o uśrednieniu danych przyjętych do kalkulacji, należy stwierdzić, że sama informacja o uśrednieniu nie czyni wyjaśnień wiarygodnymi. Jeżeli przystępujący zdecydował się na uśrednienie jakichś danych, to powinien w wyjaśnieniach wskazać, jakie okoliczności uzasadniają dokonanie takiego uśrednienia, co dokładnie i wg jakich reguł uśrednił, a także jak takie uśrednienie wpłynęło na kalkulację ceny jego oferty. Takie wyjaśnienia co do uśrednienia danych powinny zostać złożone tym bardziej, że przecież przystępujący wskazał konkretnych pracowników, którzy będą wykonywać zamówienie, zatem mógł pokazać, na czym polegało uśrednienie danych w oparciu o konkretne sytuacje dotyczące np. wymiaru urlopu tychże pracowników. Tymczasem przystępujący ograniczył się do informacji, że dane zostały uśrednione, bez złożenia jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie (pomijając już fakt, że przekazał tę informację dopiero w postępowaniu odwoławczym). Powyższe powoduje, że ww. informacja stwarza wrażenie wykreowanej w celu ukrycia niewystarczającej treści pierwotnie złożonych wyjaśnień, a przede wszystkim informacja ta w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości co do realności ceny oferty.

Niezależnie od powyższego należy zgodzić się z odwołującym, że powołane przez przystępującego uśrednienie nie potwierdza prawidłowości wyliczenia ceny oferty. W szczególności w zakresie kosztów wynikających z wykorzystywanych przez pracowników urlopów, Izba podziela stanowisko odwołującego, że dokonane „uśrednienie" nie pozwala na przyjęcie do wyliczeń 26 dni urlopu. Jak wskazał odwołujący w piśmie procesowym z dnia 04.07.2022 r.: „Skoro Emporio twierdzi, że pracownicy zaczynają [pracę - dop. KIO] w trakcie roku (co jest nieprawdą i wynika z dokumentów wskazanych przez Emporio formularza INF-D-P) i dlatego Emporio rzekomo nalicza proporcjonalnie, to skutek i tak jest taki sam, gdyż:

- przy wymiarze 20 dni (30 dla niepełnosprawnych) naliczamy 1 ,6666 dnia urlopu za każdy miesiąc, wartość tą zaokrąglamy w górę zgodnie z przepisami, czyli za każdy miesiąc mamy dwa dni urlopu, czyli i tak dojdziemy do wartości 20 dni w skali roku i odpowiednio dla niepełnosprawnego: 2,5 czyli 3 dni miesięcznie, czyli co najmniej 30 dni w trakcie umowy z Zamawiającym,

- przy wymiarze 26 dni (36 dla niepełnosprawnych) naliczamy 2,16666 dnia urlopu za każdy miesiąc, czyli za każdy miesiąc mamy 3 dni urlopu i każdy dojdzie do 26 dni w ciągu 12 miesięcy umowy, tak samo jak każdy niepełnosprawny dojdzie do 36 dni urlopu.

Przy w/w wartościach brak jest możliwości „uśrednienia" urlopów na poziomie 26 dni". Powyższa argumentacja odwołującego dowodzi, że nawet powołane przez przystępującego „uśrednienie", niezależnie od tego, że stanowi sam w sobie argument stanowczo niewystarczający, nie daje wyniku w postaci 26 dni urlopu, które przystępujący przyjął w swojej kalkulacji ceny. W konsekwencji świadczy to o wadliwości przyjętej kalkulacji z powodu nieuwzględnienia koniecznych kosztów i dowodzi nierealności ceny oferty.

Dodatkowo, jak słusznie zauważył odwołujący, wyjaśnienia przystępującego zawarte w pismach z dnia 20.05.2022 r. i z dnia 24.06.2022 r. częściowo pozostają ze sobą w sprzeczności. Przykładowo należy wskazać, że przystępujący najpierw w wyjaśnieniach z dnia 20.05.2022 r. w ogóle nie uwzględnił dodatkowej przerwy przewidując dla pracowników niepełnosprawnych taką ilość godzin pracy, jak dla osób bez niepełnosprawności (167 miesięcznie), następnie w piśmie z dnia 24.06.2022 r. przyznał, że osobie niepełnosprawnej przysługuje dodatkowa przerwa obok „zwykłej" przerwy dla wszystkich pracowników, następnie stwierdził (i podniósł ponownie na rozprawie), że dodatkowa przerwa dla osób niepełnosprawnym przysługuje im dopiero po 6 godzinach pracy (co, jak wskazano wyżej, nie jest zgodne z art. 17 ustawy o rehabilitacji), a w końcu wskazał, że możliwe są sytuacje, w których pracownik w ogóle nie nabędzie prawa do przerwy, co miałoby równoważyć czas pracy pracowników korzystających z tej przerwy. Takie zmiany w argumentacji przystępującego nie czynią jego wyjaśnień wiarygodnymi i nie tylko nie usuwają wątpliwości co do jego ceny oferty, ale wręcz je mnożą.

Odrębną kwestią w niniejszej sprawie jest wpływ wadliwej kalkulacji ceny oferty na zgodność tej oferty z warunkami zamówienia. Ponownie należy wskazać, że przystępujący zamierza skierować do wykonania zamówienia 25 osób z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym, przy czym osoby te zostały wskazane w wykazie osób

1 dokumentach z PFRON (INF-D-P). Osoby niepełnosprawne co do zasady mogą pracować 7 godzin dziennie, a w świetle argumentacji przystępującego z dnia 24.06.2022 r. przewiduje on nawet, że niektóre z tych osób będą pracowały tylko 6 godzin dziennie (bez korzystania z dodatkowej przerwy). Należy przy tym dodać, że w wyjaśnieniach przystępujący nie wspomniał i nie udowodnił, by dla którejkolwiek z tych osób została wydana zgoda lekarza na przedłużenie czasu pracy, w tym w godzinach nocnych, czy w godzinach nadliczbowych.

Zgodnie z swz (zał. nr 12) zamawiający przewidział do wykonania w ramach usługi 45.920 roboczogodzin. Z założeń przystępującego wynika, że 25 osób pracując 167 godzin miesięcznie (jak osoby bez niepełnosprawności) przepracuje rocznie 50.100 godzin. Z kolejnego założenia przystępującego, tj. 26-dniowego urlopu w skali roku dla każdej z tych osób (bez urlopu dodatkowego przysługującego osobom niepełnosprawnym) wynika, że

2 dni takiego urlopu miesięcznie (16 godzin) daje w skali roku dla 25 osób 4.800 godzin. Jeżeli od 50.100 godzin odejmiemy 4.800 godzin, pozostanie 45.300 godzin, tj. 620 godzin mniej niż wymaga zamawiający w swz. Przy czym wskazany niedobór powstaje nawet przy uwzględnieniu niewłaściwych, tj. niedostosowanych do uprawnień osób niepełnosprawnych, założeń przystępującego. Przyjęcie właściwych danych, w tym krótszego czasu pracy osób niepełnosprawnych zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 ustawy o rehabilitacji, spowodowałby jeszcze większe braki w tym zakresie. Powyższe może świadczyć o wadliwej kalkulacji w zakresie liczby osób skierowanych do wykonania zamówienia, ale przede wszystkim wskazuje na niezgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie wymaganej do wykonania liczby roboczogodzin.

Powyższe ustalenia, w szczególności co do kwestii nieprzestrzegania praw osób niepełnosprawnych wynikających z ustawy o rehabilitacji skutkującego brakiem uwzględnienia w cenie oferty kosztów urlopów, czy dodatkowej przerwy, a także kwestii zaniżonej liczby godzin wykonywania zamówienia, prowadzą do wniosku, że oferta przystępującego została wadliwie skalkulowana, co potwierdzają też wyjaśnienia złożone przez przystępującego i jest to oferta niezgodna z warunkami zamówienia. W konsekwencji oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie zostało uwzględnione.

Jednocześnie Izba nie przychyliła się do zarzutów odwołującego dotyczących braku uwzględnienia przez przystępującego kosztów wyposażenia stanowisk pracy osób niepełnosprawnych, ponieważ odwołujący nie sprecyzował, jakie dodatkowe wyposażenie byłoby niezbędne w tym wypadku. Nie ma to jednak wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Ponadto Izba nie odniosła się do zarzutu dotyczącego braku uwzględnienia kosztów turnusu rehabilitacyjnego dla osób niepełnosprawnych. Należy w tym miejscu podnieść, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać m.in. czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.
Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz ewentualnie naruszonych przez niego przepisów ustawy, nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący dopiero na rozprawie podniósł zarzut dotyczący braku uwzględnienia przez przystępującego kosztów turnusu rehabilitacyjnego. W związku z tym okoliczność ta (zarzut) nie może być brana pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający lub przystępujący po jego stronie wykonawca dowiadywaliby się o konkretnych kierowanych zarzutach dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby im przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na ich korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesiony przez odwołującego na rozprawie zarzut dotyczący turnusu rehabilitacyjnego, który nie był zawarty w treści odwołania.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....