

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Basma Security Sp. z o. o. w Warszawie, „MW Scorta” Sp. z o. o. w Warszawie i Cerber Ochrona Sp. z o. o. w Liwie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM Service Monitoring Sp. z o. o. w Kruszowie i Maxus Sp. z o. o. w Łodzi przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego konsorcjum Basma Security Sp. z o. o. w Warszawie, „MW Scorta” Sp. z o. o. w Warszawie i Cerber Ochrona Sp. z o. o. w Liwie i zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych złotych) uiszczoną przez odwołującego 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 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:

wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1910/22

Zamawiający Zachęta - Narodowa Galeria Sztuki Plac Małachowskiego 3, 00-916 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 1 lutego 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00042944/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługi społeczne, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez

zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 19 lipca 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum Basma Security Sp. z o. o. Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, „MW Scorta” Sp. z o. o. Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa i Cerber Ochrona Sp. z o. o. ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (dalej zwane „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum „MM” z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że Konsorcjum „MM” została wezwana przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta Konsorcjum „MM” zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o. o. w Kruszwie i Maxus Sp. z o. o. w Łodzi (dalej także jako „konsorcjum MM”) i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z wyrokiem sygn. akt: KIO 599/22 z dnia 16 marca 2022 r. zamawiający wezwał konsorcjum MM do udzielenia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej jednej roboczogodziny. Zdaniem zamawiającego złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską, wobec czego oferta ta została w dniu 26 kwietnia 2022 r. Od tej decyzji konsorcjum MM wniosło odwołanie, które wyrokiem z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1179/22 zostało uwzględnione. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum MM oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty. Zamawiający w dniu 15 czerwca 2022 r. wezwał konsorcjum MM do wyjaśnień w zakresie ceny, które złożono pismem z dnia 23 czerwca 2022 r.

W ocenie odwołującego złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny posiadają szereg wad i nie potwierdzają, że cena została skalkulowana prawidłowo i ekwiwalentnie. Wady złożonych wyjaśnień nie podlegają uzupełnieniu i powinny powodować odrzucenie tej oferty. Nieprawidłowo wykazano zapotrzebowania na etaty niezbędne do zrealizowania postępowania, czego dokonano w oparciu o „wskaźnik absencji urlopowo-chorobowej”, który nie został poparty żadnymi dowodami, nie uwzględniono w kalkulacji stałych i zmiennych kosztów związanych z przysługującymi pracownikowi urloпами, rehabilitacjami i zwolnieniami z tytułu niezdolności do pracy, wskazano błędny wskaźnik FP i FGŚP, błędnie wskazano też wysokość dodatku za pracę w porze nocnej, itd. Odwołujący przywołał także następujące orzeczenia Izby: sygn. akt: KIO 533/19, sygn. akt: KIO 1050/18, sygn. akt: KIO 810/18 i sygn. akt: KIO 1563/18.

Dalej odwołujący wskazał, że w kalkulacji konsorcjum MM zaniżono składkę na FP i FGŚP do poziomu 2%. Natomiast w rzeczywistości stopa procentowa wynosi $FP = 2,45\%$ oraz $FGŚP 0,10\% = 2,55\%$. Fundusz Pracy jest państwowym funduszem, który funkcjonuje od 1 stycznia 1990 r., a zasady jego opłacania zostały przedstawione w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Natomiast Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (FGŚP) w oparciu o ustawę z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy zabezpiecza interesy pracownika. Dane z wyjaśnień są błędne i stanowią manipulację spowodowaną koniecznością „dopasowania” wskaźnika do przedstawionej zamawiającemu pierwotnie kalkulacji. Poprawny wskaźnik powinien wynieść: $3 \times 2,55\% + 18 \times 2,55\% = 53,55\% / 26 \text{ osób} = 2,0596\%$, czyli 2,06% po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (tak jak w pozostałych wskaźnikach przedstawionych przez konsorcjum MM).

Według odwołującego w kalkulacji ceny konsorcjum MM zaniżony został także dodatek do pracy w porze nocnej do wysokości 174,23 zł. Dane z kalkulacji są błędne i są spowodowane koniecznością „dopasowania” wysokości dodatku za pracę w porze nocnej do przedstawionej zamawiającemu pierwotnie kalkulacji. Zdaniem odwołującego poprawny wskaźnik wynosi: minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika - 3.010,00 zł, dodatek za pracę w porze nocnej (20 %), czyli $3.010:168 \text{ godz.} \times 20\% = 3,58 \text{ zł} \times 56 \text{ rbh} = 200,48$. Zgodnie z Art. 151⁷ § 1 Kodeksu pracy pora nocna obejmuje 8 godzin między godzinami 21.00 a 7.00 i jeżeli 1/3 doby stanowi porę nocną, to praca na posterunku całodobowym stanowi 1/3 z 168 godzin, tj. 56 godzin, a dodatek do pracy w porze nocnej wynosi 200,48 zł.

Odwołujący dodał, że zaniżenie wskaźnika składki na FP i FGŚP oraz zaniżenie wysokości dodatku za pracę w porze nocnej ma konsekwencje w postaci wysokości całkowitych kosztów zatrudnienia pracownika na umowę o pracę, bowiem koszty te są pochodną wysokości m.in. tych pozycji. Poza tym przyjęcie podanych przez konsorcjum MM

wartości jest niezgodne z przepisami Kodeksu pracy, ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy i ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych.

Odwołujący przywołał treść kalkulacji konsorcjum MM z etapu przygotowania ofert i składania wyjaśnień i wskazał, że przedstawia właściwą kalkulację sporządzoną o obowiązujące akty prawne i przy założeniu deklaracji konsorcjum MM dotyczących pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. Przedstawiono następujące tabele: kalkulację liczby etatów, koszt 1 etatu - stanowisko dowódcy i monitoringu (praca w porze nocnej), koszt 1 etatu - pracownik niepełnosprawny (stopień lekki), koszt 1 etatu - pracownik niepełnosprawny (stopień umiarkowany), koszt 1 etatu - pracownik pełnosprawny. Odwołujący wyliczył także kalkulację całkowitą kosztów, która jego zdaniem jest kalkulacją właściwą, gdzie wskazano przychody (netto z realizacji umowy i dofinansowanie PFRON) 2.437.200,00 zł, całkowity koszt wynagrodzeń pracowników 2.419.153,44 zł ((36.949,07 + 11.945,43 + 51.385,92 zł + 517,64 zł) x 24 mce), koszt wyposażenia pracowników w sprzęt i umundurowanie 30.800,00 zł, koszt monitoringu i grup interwencyjnych 4.800,00 zł, koszt obsługi realizacji umowy (dojazdy, kontrole, kadry - płace) 36.000,00 zł, pozostałe koszty 23.200,00 zł, co dało 2.513.953,44 zł kosztów, czyli 76.753,44 zł straty. Odwołujący podsumował, że zawarte w odwołaniu tabele z kalkulacjami kosztów, w oparciu o założenie konsorcjum MM, powodują, że wykonawca poniesie stratę.

Następnie odwołujący stwierdził, że alternatywne wyliczenia kosztów oparte na prezentowanych przez konsorcjum MM w piśmie z dnia 23 czerwca 2022 r. założeniach również potwierdzają rażąco niską cenę. Zgodnie z deklaracją wykonawcy „pozostali pracownicy” mają do wypracowania 72 480 rbh. Konsorcjum MM zamierza skierować do wypracowania tych godzin 21 pracowników, w tym 6, do których nie otrzyma dofinansowania z PFRON, 3 osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności i 12 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Odwołujący wskazał na art. 15 ust. 2, art. 19 ust. 1 i art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i zaprezentował, jego zdaniem, prawidłowe wyliczenie ceny z uwzględnieniem urlopu, urlopu dodatkowego, turnusu rehabilitacyjnego i jednego dnia absencji chorobowej w roku, co powoduje, że łącznie powinno być (dla 6 pracowników pełnosprawnych, 3 pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności, 12 pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności) łącznie 66 672 rbh, czyli ilość godzin do wypracowania to 72 480 rbh, co daje 5 808 rbh braków w roboczo godzinach (5805 rbh/24 mce = 242 rbh czyli 1,44 etatu). Przyjmując zatem koszt jednego etatu dla pracownika bez godzin nocnych, w wysokości 3.587,62 zł podanej przez konsorcjum MM, dodatkowe koszty w ujęciu 24 miesięcznym wynoszą: 3.587,62 zł x 1,44 etatu x 24 miesiące = 123.988,15 zł.

Uwzględniając nadgodziny wypracowane przez deklarowaną ilość 21 osób i art. 151¹ §1 pkt 2 kodeksu pracy, za pracę w godzinach nadliczbowych, oprócz normalnego wynagrodzenia, przysługuje dodatek w wysokości 50% wynagrodzenia, wobec czego dodatkowy koszt

realizacji zamówienia przez konsorcjum MM wynosi 185.982,26 zł przy wykazanym zysku na poziomie 53.889,12 zł. Według odwołującego strata wynosi 132.093,11 zł.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o. o. ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i Maxus Sp. z o. o. w Łodzi ul. 3- Maja 64/66N, 93-408 Łódź, dalej zwane „przystępującym”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do

wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego, w wyniku której wykonawca składał wyjaśnienia wraz z dowodami: w dniu 6 kwietnia 2022 r., w dniu 11 kwietnia 2022 r. i w dniu 23 czerwca 2022 r. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwań, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które właściwie potwierdzają ekwiwalentny poziom zaoferowanej kwoty, przystępujący uczynił zadość obowiązkowi określonymu w art. 224 ust. 5 p.z.p., zaś stawiane w tym zakresie przez odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że odwołujący w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie poziomu ceny, tak jakby nie była ona szczegółowo wyjaśniana. Udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostął ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa - w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępującego obalone w wyniku złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z adekwatnym materiałem dowodowym.

Ponadto, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, czemu sprostano poprzez złożenie wyjaśnień z dowodami, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 p.z.p.). Aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż jednostka zamawiająca w postępowaniu objętym sporem. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności - czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego - do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić. Odwołujący przedstawił własną, odmienną ocenę wyjaśnień przystępującego ograniczając się do podania innych wartości, niż jego konkurencja i na tym poprzestano. Odwołanie posiada raczej charakter polemiki z częścią czynników cenotwórczych podanych w wyjaśnieniach przystępującego, bez faktycznego podważenia szczegółowych kalkulacji i złożonych dowodów.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do ogólnikowych zapewnień, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący poparł swoje kalkulacje faktami, które by je potwierdziły - przykładowo odnosząc się do swojego doświadczenia, skoro obecnie wykonuje tożsamą usługę dla zamawiającego, przedstawiając powody, które uzasadniałyby, że profesjonalista działający na tym rynku powinien liczyć dany składnik cenowy inaczej. Nie wystarczy bowiem podać innej wartości niż przystępujący i stwierdzić, że cena oferty jest na pewno zaniżona. Gołosłowne wskazanie, że odwołujący policzyłby cenę inaczej, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości w kalkulacji przystępującego są zaniżone, a te w kalkulacji odwołującego

prawidłowe, nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

Ponadto, proste arytmetyczne porównanie nie może przesądzać o konieczności odrzucenia jednej z ofert. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, a także na posiadane przez wykonawcę know-how w realizacji tego typu zamówień, oparte na posiadanym wieloletnim doświadczeniu, co powoduje możliwość zaoferowania przez przystępującego spornej ceny na przyjętym poziomie.

Odwołujący nie zdecydował się na wskazanie w odwołaniu okoliczności potwierdzających, że wykonywanie usługi na rzecz zamawiającego wymaga przyjęcia innego poziomu zapotrzebowania etatowego na absencję chorobowo - urlopową, niż wskaźnik przyjęty przez przystępującego. Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste i sprowadza się do przedstawienia własnej „prawidłowej kalkulacji”. Zgodnie z materiałem procesowym przystępujący właściwie, uwzględniając powszechnie obowiązujące przepisy dotyczące prawa do urlopu wypoczynkowego, założył nominalne zapotrzebowanie jako 22,32 etaty + 1,71 etatu na 36 dni urlopu dla pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym i 1,06 etatu dla pozostałych pracowników, którym przysługuje 26 dni urlopu. Wykonawca przyjął łącznie 26 etatów, czyli 25,09 etatu po uwzględnieniu absencji urlopowej i 0,91 etatu rezerwy na pokrycie ewentualnej nieobecności chorobowej (na poziomie przeciętnie 6 dni zwolnienia lekarskiego rocznie). Natomiast w odwołaniu brak jest argumentacji uzasadniającej, że działający na danym rynku profesjonalista przyjąłby inną wartość rezerwy na zwolnienia lekarskie. Jak również w przedstawionej kalkulacji ceny przystępujący przyjął zdecydowanie więcej, niż rocznie jeden dzień zapasu dla zwolnienia lekarskiego, który odwołujący założył w swojej „prawidłowej kalkulacji” zawartej w rozpoznawanym środku zaskarżenia (vide poz. świadczenia chorobowe).

Nie znalazło także potwierdzenia w materiale procesowym założenie odwołującego o wadliwie przyjętej przez przystępującego ilości godzin pracy w nocy, a tym samym zaniżeniu dodatku za pracę w porze nocnej. Według odwołującego prawidłowa liczba godzin do wypracowania w ramach 1 etatu powinna wynosić 56 (200,48 zł). Przystępujący założył średniomiesięczną liczbę godzin w porze nocnej w ramach posterunku całodobowego: $730 \text{ rbh} \times 1/3 = 243,33333 \text{ rbh}$ (liczba godzin w porze nocnej stanowi 1/3 całości godzin do wypracowania w przeciągu doby), przy tym są dwa posterunki obsługiwane w porze nocnej, stąd łączna liczba godzin do wypracowania: $243,33333 \times 2 \text{ posterunki} = 486,66666$. Liczba etatów przewidziana do obsługi posterunków całodobowych to 10, a przeciętna liczba godzin w porze nocnej przypadająca na etat: $486,66666/10 = 48,66666$ (174,23 zł), jak wynika z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Odwołujący natomiast w swojej kalkulacji mylnie przyjął czas pracy osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym, co spowodowało zawyżenie tej wartości (vide poz. pracownik niepełnosprawny stopień umiarkowany (12 etatów)), kiedy zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021, poz. 573 ze zm.) dalej zwanej „ustawa o rehabilitacji zawodowej”, podanego przez odwołującego art. 15 ustawy nie stosuje się do osób zatrudnionych przy pilnowaniu. Odstąpienie od normy dotyczącej skróconego czasu pracy osoby niepełnosprawnej wprost odnosi się do czynności usługi ochrony i dozoru, które mają wykonywać pracownicy na rzecz zamawiającego („Przepisy RehZawU nie przybliżają w żaden sposób pojęcia „praca przy pilnowaniu”. W zakresie określenia czym jest taka praca możemy posłużyć się posilkowo definicją ochrony mienia (jest to pojęcie zbliżone do „pilnowania”) zawartą w OchrOsMienU. Ochrona mienia polega na działaniach zapobiegających przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałających powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz niedopuszczających do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony. Prace przy pilnowaniu wykonują na pewno dozorczy, portierzy, konwojenci”. Tak M. Rotkiewicz,

Pracownicy niepełnosprawni. Czas pracy, urlopy, zwolnienia od pracy, Warszawa 2021, system informacji prawnej Legalis, por. także wydruk ze strony internetowej złożony przez przystępującego). W konsekwencji powyższego nie znalazło potwierdzenia stanowisko odwołującego o zaniżeniu kosztu dodatku za pracę w porze nocnej, a wskazana w odwołaniu kalkulacja jest w sposób niezasadniony zawyżona.

W odwołaniu wskazano także na uprawnienie pracowników niepełnosprawnych, wynikające z art. 20 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej, do zwolnienia z pracy

w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, przy czym łączny wymiar urlopu takiego pracownika, z uwzględnieniem dodatkowych 10 dni urlopu, nie może łącznie przekroczyć 21 dni roboczych w roku (art. 20 ust. 3 w zw. z art.

19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej, ponadto rzezone dodatkowe dni urlopu uwzględniono w cenie przystępującego). Odwołujący podnosił zaniżenie ceny oferty w związku z możliwością uczestnictwa pracowników niepełnosprawnych w turnusie rehabilitacyjnym, jednak również w tym przedmiocie odwołanie sprowadza się do własnej kalkulacji strony. Omawiany składnik cenowy, za który nie przysługuje pracownikowi ekwiwalent, w przeciwieństwie do urlopu wypoczynkowego, został w wyjaśnieniach oszacowany na podstawie znajomości branży i doświadczenia przystępującego. Wykonawca uwzględnił prawdopodobieństwo korzystania przez jego pracowników z tego prawa na bazie swojego know-how i przyjął w ofercie jaki koszt może ono powodować.

Natomiast odwołujący nie podważył tego stanowiska, nie odniósł się do jakichkolwiek faktów dotyczących realizacji prawa do turnusu rehabilitacyjnego w odwołaniu, nie podjęto nawet próby przedstawienia argumentów, które mogłyby podważyć założenia przystępującego. Ponadto odwołujący pytany na rozprawie o te okoliczności - co do własnego doświadczenia dotyczącego jego pracowników, nie był w stanie udzielić żadnych informacji w tym zakresie. Strona, która nie zdecydowała się na wskazanie faktów, które doprowadziły ją do przedstawionych wniosków (tu w zakresie korzystania z prawa do turnusów przez pracowników niepełnosprawnych) czyni swoje stanowisko nieweryfikowalnym, co uniemożliwia jego ocenę, zweryfikowanie i ewentualne podzielenie.

Dalej odwołujący podnosił zaniżenie kosztów dotyczących obowiązkowych składek na Fundusz Pracy (dalej jako „FP”) i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (dalej jako „FGŚP”). Co do przyjętych w odwołaniu wskaźników składek FP i FGŚP na łącznym poziomie 2,55% (2,45% + 0,1%), Izba stwierdziła, że są one zawyżone. Odwołujący pominął wskazaną w wyjaśnieniach strukturę zatrudnienia pracowników przystępującego, gdzie z racji osiągniętego wieku dla grupy pięciu osób mamy zwolnienie z obowiązku opłacania tych składek. Zamawiający przyznał, iż prawidłowy zsumowany poziom składek dla wszystkich pracowników przystępującego powinien wynosić 2,06 %, kiedy w wyjaśnieniach uwzględniono 2%.

W ocenie składu orzekającego różnica 0,6% - pomiędzy prawidłową wysokością wszystkich składek na FP i FGŚP (2,06%), a wartością z kalkulacji ceny (2%) - wynika z przyjętej przez wykonawcę metodologii kalkulacji ceny. Zgodnie ze strukturą zatrudnienia mamy osoby zwolnione ze składek (dwie kobiety powyżej 55 lat i trzech mężczyzn powyżej 60 lat) i osoby, dla których zgodnie z wyjaśnieniami wskaźnik składek przyjęto na poziomie 2,55% (trzy kobiety poniżej 55 lat i osiemnastu mężczyzn poniżej 60 lat). Zaś w tabelach dotyczących danego etatu suma składek została uśredniona, podano średnią łączną składkę, która objęła zarówno pracowników korzystających ze zwolnienia i składkę pełną na poziomie 2,55%. Przystępujący wskazał „średnia arytmetyczna ważona pozwalająca na wyliczenie średniego wskaźnika dla 1 pracownika: $3 \times 2,55 \% + 18 \times 2,55 \% = 53,55 \% / 26 \text{ osób} = 2\%$. Wskaźnik został zaokrąglony do pełnej liczby 2%. Zwolnienie ze składek na FP i FGŚP będzie dotyczyć 5 osób”.

Powstałą różnicę należy potraktować jako omyłkę rachunkową, i gdyby została ona popełniona w ofercie, a nie w wyjaśnieniach ceny, podlegałaby ona poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 233 ust. 2 pkt 2 p.z.p. wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy poziomu uśrednionej stawki na FG i FGŚP. Nie jest to błąd merytoryczny, przystępujący w tabeli przed wskazaniem wyliczeń dotyczących uśrednienia tej kwoty wprost wskazał, że uwzględni składki na właściwym poziomie, dla poszczególnych, podanych w tabeli grup pracowników, co wynika także z jego wyliczeń. Zamawiający również posiada pełne dane do poprawienia wadliwego działania rachunkowego.

Należy także zauważyć, że wartość nominalna omyłki we wskaźniku FG i FGŚP wynosi 1373,11 zł, przy zakładanym zysku wykonawcy 53 889,12 zł, zatem nie dojdzie do poniesienia straty, rentowność oferty nadal jest wysoka i pozwala ona na prawidłową realizację zamówienia we wskazanej cenie. Przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły, zaś obowiązek jej odrzucenia wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Jak również odrzucenie oferty przystępującego byłoby w ustalonym stanie rzeczy działaniem nieproporcjonalnym, sprzecznym z zasadami naczelnymi p.z.p., co dodatkowo czyni omawiany zarzut bezzasadnym.

W konsekwencji powyższego, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału procesowego złożone przez przystępującego odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla Lubelskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Lublinie, jednak dokument ten nie był przydatny dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozpoznania sporu, którego osiã jest ocena prawidłowości konkretnych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, złożonych dla danego przetargu. Ponadto odwołujący nie negocjował ile wynoszą prawidłowe składki ZUS czy jaka jest kwota dodatku nocnego za pracę, są one tożsame jak w złożonym dowodzie, który nic nie wnosi do sprawy.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadã odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie zasądził na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego, ponieważ strona ograniczyła się do złożenia wniosku o ich zasądzenie, kiedy koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego są ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy (§ 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbã Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie kosztów strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów - dowodu poniesienia tych wydatków, w przypadku więc braku (lub braku możliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący: