Sygn. akt: KIO 1919/22

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.07.2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów w postępowaniu prowadzonym przez 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ, ul. Piotra Skargi 9-11, 70-965 Szczecin

przy udziale wykonawcy Sign Polska Sp. z o.o., ul. W. Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Konsorcjum: MM SERVICE

MONITORING Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów na rzecz 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ, w Szczecinie kwotę 966 zł 40 gr (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku ze stawiennictwem pełnomocników na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1919/22

Uzasadnienie

Zamawiający 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ ul. Piotra Skargi 9-11 Szczecin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usługi ochrony obiektów i terenu - Znak sprawy Nr RPoZP 7/2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 11.04.2022 r. od nr 2022/S 071189637

Odwołujący Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie - Lider Konsorcjum 95-080 Kruszów oraz MAXUS sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi wniósł w imieniu Konsorcjum odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy w zakresie zadania 1 i zadania 2, tj.:

1) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Sign Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, którego oferta zawiera rażąco niską cenę;

2) zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz

dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Konsorcjum Sign Polska Sp. z o.o., która jako zawierająca rażąco niską cenę powinna zostać odrzucona,

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie zadania 1 i zadania 2:

1) odnośnie pkt I.1) odwołania- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy;

2) odnośnie pkt I.2) odwołania- naruszenie art. 16 pkt 1 Ustawy oraz art. 239 Ustawy;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zadania 1 i zadania 2 i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy SIGN Polska sp. z o. o. ;

2) odrzucenia oferty Wykonawcy Sign Polska Sp. z o.o.;

3) dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

UZASADNIENIE

Odwołanie (zarzuty, żądania i uzasadnienie dotyczą obu części zamówienia- zadania 1 i 2).

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny udzielonych na podstawie art. 224 ustawy pzp Odwołujący wskazuje, iż potwierdzają one wprost, iż cena oferty Wykonawcy Sign Polska Sp. z o.o. w odniesieniu do zadania 1 i 2 jest rażąco niską i nie gwarantuje możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz odrębnymi przepisami (w tym Kodeksu Pracy).

Wykonawca Sign Polska Sp. z o.o. w załączonej do wyjaśnień tabeli z programu kadrowo-płacowego ilustrującego koszt 1 etatu nie przedstawił metodologii dokonywania wyliczeń kosztów urlopu, który to koszt w sposób ewidentny został zaniżony.

Wskazano na Kalkulator kosztów wynagrodzeń wg Sign Polska Sp. z o.o. w tabeli ze składnikami i kosztem 1 rbh 23,61 - 3955,52 / 168
Sign Polska Sp. z o.o. zadeklarował składkę wypadkową na poziomie 0,93%. Jednocześnie nie udokumentował wysokości składki, np. informacją z ZUS-u.

Wykonawca nie doliczył do kosztów etatu składek na Fundusz Pracy oraz FGŚP. Zgodnie z Ustawą o Ubezpieczeniach Społecznych pracodawca winien odprowadzać składki ZUS na Fundusz Pracy oraz FGŚP w przypadku zatrudnienia kobiet poniżej 55 roku życia oraz mężczyzn poniżej 60 roku życia

Najważniejszym zarzutem jest nieprawidłowo wyliczony koszt świadczenia urlopowego w

skali 1 miesiąca. Sign Polska nie wskazał jaka jest metodologia wyliczenia kosztów - w tabeli wskazano jedynie kwotę, która została w sposób rażący zaniżona i nie pozwala na pokrycie kosztów zgodnie z wymaganiami Kodeksu Pracy.

Przedstawiamy prawidłową kalkulację kosztów świadczenia urlopowego na bazie danych

kosztowych wykonawcy Sign Polska Sp. z o.o.

1 Wynagrodzenie zasadnicze 3010

2 Dodatek za pracę w porze nocnej 201,47

3 Wynagrodzenie chorobowe 6,16

4 Podstawa obliczenia składek ZUS 3211,47

5 Składki ZUS pracodawcy - 17,19 % 552,05 313,44 (9,76 %) + 208,75 (6,5%)

+29,86 (0,93 %)

6 Podstawa wyliczenia świadczenia urlopowego 3763,52

7 Koszt świadczenia urlopowego w skali 1 miesiąca - 26 dni 388,20 3763,52 /

168 rbh x 26 dni x 8 rbh /12 miesięcy

8 Razem koszt 1 etatu wymiar urlopu 26 dni 4157,88 Pozycja 3 + Pozycja 4 + Pozycja 5 + Pozycja 7

9 Koszt 1 rbh - wymiar urlopu 26 dni 24,75 4157,88 / 168

Odwołujący podnosi, iż przyjęty poziom kosztów urlopu tj. 167,97 zł miesięcznie po przemnożeniu przez okres 12 miesięcy daje kwotę 2015,64 zł, co pozwoli na w pełni legalne i zgodne z przepisami sfinansowanie 11,25 dnia urlopu. Powyższe wynika z następujących wyliczeń: 3763,52 / 21 dni = 179,22 - koszt 1 dnia urlopu

2015,64 / 179,22 = 11,25 dni

Należy stwierdzić, iż zaoferowana przez Sign Polska cena za 1 rbh na poziomie 24,19 zł jest niższa od kosztów wynagrodzenia o 0,56 zł, gdyż koszt ten na poziomie minimalnym wynosi 24,75 zł netto (24,75 zł - 24,19 zł = 0,56 zł)

Do kosztów wynagrodzeń należy doliczyć ponadto koszty obsługi w łącznej zadeklarowanej przez SIGN Polska. wysokości 885 zł miesięcznie dla obu części przedmiotu zamówienia. Dowód: fragment wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę SIGN Polska Sp. z o.o.

Dodatkowo przewidziano miesięczne koszty (łącznie dla dwóch zadań) w postaci:	
- nadzoru	38,00 zł
- uzupełnienia sortów mundurowych i wyposażenia	77,00 zł
- łączności	15,00 zł
- środków BHP i biurowych	33,00 zł
- szkoleń	34,00 zł
- pozostałe koszty	688,00 zł

Tym samym koszty obsługi w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę realizacji przedmiotu zamówienia wyniosą: 885,00 / 2192 rbh miesięcznie = 0,40 zł.

Reasumując najniższa możliwa cena oferty gwarantująca możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ oraz Kodeksu Pracy wynosi 25,15 zł netto (24,75 zł koszt wynagrodzeń + 0,40 zł koszt obsługi) i jest wyższa o 0,96 zł netto od stawki 1

roboczogodziny zaoferowanej przez SIGN Polska Sp. z o.o.

Oznacza to, iż z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1 z tytułu realizacji całodobowej ochrony fizycznej poniesie on stratę co najmniej: 26 304 rbh x 2 posterunki x 0,96 zł = 50 503,68 zł, a w zakresie zadania 2 poniesie on stratę co najmniej: 26 304 rbh x 0,96 zł = 25 251,84 zł

Pozostali uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia - działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji- musieli określić znacznie wyższą cenę oferty. Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone okoliczności, przedmiotowe odwołanie jest konieczne oraz prawnie dopuszczalne.

Załączniki: kalkulator kosztów przygotowany przez PZP Ochrona

Zamawiający: 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Szczecinie odpowiadając na odwołanie wnosi o oddalenie odwołania w

całości

jako bezzasadnego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci aneksu nr 4 z dnia 14 czerwca 2021 roku do umowy 103/2019/Z z dnia 27 czerwca 2019

roku

(w załączeniu) na okoliczność wysokości rynkowych stawek w branży ochrony, realności oferty Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o..

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie zadania 1 i zadania 2 naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sign Polska sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie 70-965 przy ul. Piotra Skargi 9-11, którego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiający wskazuje, że nie znajduje on jakiegokolwiek uzasadnienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż cena podana przez Wykonawcę SIGN Polska sp. z o.o. jest ceną rażąco niską i nie gwarantuje możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami (w tym Kodeksu Pracy) z przyczyn wskazanych szczegółowo poniżej.

A. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę: dla zadania nr 1 - 2.269.969,92 brutto oraz dla zadania 2 - 1.088.933,76 brutto.

W postępowaniu złożono trzy oferty na zadanie nr 1:

1) oferta Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. ze stawką za 1 roboczogodzinę pracownika kwalifikowanego i niekwalifikowanego w wysokości netto 24,19 zł, tj. brutto 29,75 zł, za konwojowanie wartości pieniężnych w wysokości 36,90 zł brutto za 1 konwój, ceną za pozostałe koszty (ryczałt za 1 mc) w kwocie 1.120,53 zł brutto i całkowitą ceną netto 1.306.463,50 zł, tj. brutto 1.606.950,01 zł;

2) oferta Odwołującego ze stawką za 1 roboczogodzinę pracownika kwalifikowanego w wysokości netto 28,46 zł, tj. brutto 35,01 zł, za 1 roboczogodzinę pracownika niekwalifikowanego w wysokości netto 25,98 zł, tj. brutto 31,96 zł, za konwojowanie wartości pieniężnych w wysokości 246,00 zł za 1 konwój, ceną za pozostałe koszty (ryczałt za 1 mc) w kwocie 3.075,00 zł brutto i całkowitą ceną netto 1.529.189,76 zł, tj. brutto 1.880.903,41 zł;

3) oferta Konsorcjum ACC Sp. o.o./ Biuro Ochrony Alkon Sp. z o.o. ze stawką za 1 roboczogodzinę pracownika kwalifikowanego w wysokości brutto 44,92 zł, za 1 roboczogodzinę pracownika niekwalifikowanego w wysokości 38,34 zł brutto, za konwojowanie wartości pieniężnych w wysokości 61,50 zł za 1 konwój, ceną za pozostałe

koszty (ryczałt za 1 mc) w kwocie 5.937,07 zł brutto i całkowitą ceną netto 1.956.085,80

zł, tj. brutto 2.405.985,54 zł;

oraz trzy oferty na zadanie nr 2:

1) oferta wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. ze stawką za 1 roboczogodzinę pracownika niekwalifikowanego w wysokości netto 24,19 zł, tj. brutto 29,75 zł i całkowitą ceną netto 636.293,76 zł, tj. brutto 782.641,32 zł;

2) oferta Odwołującego ze stawką za 1 roboczogodzinę pracownika niekwalifikowanego w wysokości netto 25,98 zł, tj. brutto 31,96 zł i całkowitą ceną netto 683.377,92 zł, tj. brutto 840.554,84 zł;

3) oferta Konsorcjum ACC Sp. o.o./ Biuro Ochrony Alkon Sp. z o.o. ze stawką za 1

roboczogodzinę pracownika niekwalifikowanego w wysokości 37,27 zł brutto i ceną netto 797.011,20 zł, tj. brutto 980.323,78 zł.

W związku z powyższym wskazać należy, iż Zamawiający analizując złożone w postępowaniu oferty nie miał obowiązku żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny w oparciu o przepisy ustawy PZP w związku z tym, że złożona oferta Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. w zadaniu nr 1 była niższa od wartości szacunkowej o 29,21 %, natomiast w zadaniu nr 2 o 28,13 %, a w przypadku średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert: w zadaniu nr 1 - o 18,2%, a w zadaniu nr 2 - o 10%, zatem w żadnym przypadku nie przekraczała progu 30%, który wyznaczał obowiązek Zamawiającego żądania wyjaśnień w zakresie sposobu

wyliczenia ceny. Niemniej jednak Zamawiający po otrzymaniu wniosku Odwołującego w tym zakresie - wyłącznie w celu zachowania przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zwrócił się do SIGN Polska Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny.

Wskazać należy, iż cena oferty Odwołującego w zakresie zadania 1 jest wyższa tylko o 222.726,26 zł netto, tj. 273.953,40 zł brutto natomiast w zakresie zadania 2 tylko o 47.084,16 zł netto, tj. 57.913,52 zł w zakresie zadania 2 od oferty Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o.. Taka różnica cenowa pomiędzy ofertami nie potwierdza zarzutu Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności Wykonawca SIGN Polska wykonywał już w przeszłości zamówienie na rzecz Zamawiającego i nie musi w związku z tym ponosić kosztów związanych zakupem umundurowania oraz wyposażenia, które uległy już amortyzacji oraz sprzętu niezbędnego do wykonania instalacji, który także został już zamortyzowany oraz innych kosztów dodatkowych, co wskazano w treści wyjaśnień z dnia 26 maja 2022 roku. Zamawiający stawiał warunek zatrudnienia pracowników wyłącznie na podstawie umowy o pracę, co powinno zawierać: wynagrodzenie podstawowe, dodatek za pracę w porze nocnej, składki ZUS pracodawcy, wynagrodzenie za urlop oraz wynagrodzenie chorobowe. Te elementy zostały ujęte w kalkulacji przedstawionej przez SIGN Polska Sp. z o.o..

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że w swojej cenie ofertowej uwzględnił

wszelkie wymagane przepisami koszty: minimalne podstawowe wynagrodzenie, dodatek za prace w porze nocnej, składki ZUS, wynagrodzenie za urlop oraz wynagrodzenie chorobowe i przedstawił na tę okoliczność stosowny dowód w postaci wydruku tabeli z programu kadrowo - płacowego ilustrującego koszt 1 etatu. Zamawiający zweryfikował stawkę Wykonawcy pod względem obowiązujących przepisów prawa pracy i nie miał w tym zakresie zastrzeżeń. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny wraz z treścią dowodu przedłożonego na powyższą okoliczność nie budzą zatem wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia za cenę ofertową w sposób należyty, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Zamawiającego zaoferowana przez SIGN Polska cena jest ceną rynkową, uwzględniającą wymagania określone w specyfikacji oraz koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, przede wszystkim w zakresie wynagrodzenia pracowników niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż wiadome jest Odwołującemu, gdyż wiedza ta ma charakter w istocie notoryjny, że standardem rynkowym w branży ochrony usług i mienia jest ustalanie wynagrodzeń pracowników na poziomie wynagrodzenia minimalnego lub niewiele wyższego. Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. w wyjaśnieniach przedstawił kalkulacje jednoznacznie wskazujące, że żadna z kwestionowanych pozycji nie generuje dla niego straty. W oparciu o dotychczasowe doświadczenie biznesowe oraz sprawdzone i stosowane z powodzeniem praktyki zgodne z obowiązującym prawem Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. przedstawił konkretne i weryfikowalne źródła optymalizacji oferty pozwalające na pokrycie wszystkich koniecznych kosztów. Wycena jest realna, rzetelna i nie nosi znamion rażąco niskiej. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający jest podmiotem profesjonalnie i od lat zajmującym się zlecaniem analogicznych usług, nadzorem nad ich realizacją i jest w stanie zweryfikować realność kalkulacji i wyjaśnień. Mając na uwadze doświadczenie w tym zakresie Zamawiający stwierdza, iż objęte zamówieniem świadczenia zostały skalkulowane z uwzględnieniem standardu jakościowego, jak i wymagań zawartych w specyfikacji, przy

uwzględnieniu wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Odnosząc się kolejno szczegółowo do kwestii poszczególnych elementów wyceny 1 roboczogodziny poruszonych w treści odwołania Zamawiający wskazuje, co następuje. Składka wypadkowa. Wykonawca SIGN Polska sp. z o.o. zadeklarował składkę wypadkową

na poziomie 0,93% podstawy jej wymiaru Z doświadczenia Zamawiającego, wynika iż składka wypadkowa wynikająca z braku "wypadkowości przy pracy" na poziomie 0,93% podstawy jej wymiaru nie budzi wątpliwości. Nadto Odwołujący nie wskazał w treści odwołania żadnych obiektywnych i konkretnych powodów kwestionowania ww. poziomu składki wypadkowej. Odwołujący formułując zarzut w tym zakresie w żaden sposób nie uzasadnił też dlaczego uważa, że jest to szczególnie niska wysokość, która powinna budzić wątpliwości Zamawiającego.

Skoro dwa podmioty ubiegające się o udzielenie tego samego zamówienia zadeklarowały wysokość składki wypadkowej na analogicznym poziomie to wyłącznie potwierdza prawidłowość stanowiska, iż słusznie omawiana wysokość składki nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego w przypadku Wykonawcy SIGN Polska gdyż jak wynika z dowodu dołączonego do odwołania jest to powszechna wysokość składki wypadkowej u podmiotów z branży ochrony.

Na marginesie wskazuję, iż Odwołujący w treści odwołania pisząc o składce wypadkowej w kilku miejscach błędnie posługuje się pojęciem składki zdrowotnej - zamiast składki wypadkowej.

Składki na Fundusz Pracy. Wskazano na art. 104 i n. dot Funduszu Pracy oraz Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych,; stałe zwolnienie dla pracodawców zatrudniających osoby, które osiągnęły wiek wynoszący co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn. Jak wynika z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego - który, jak już wskazano na wstępie niniejszego pisma, nie po raz pierwszy przeprowadza tego rodzaju postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - powszechne jest zatrudnianie w branży ochrony osób właśnie w wieku co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn, w którym to wieku pracowników pracodawca nie ma obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy na podstawie art. 104 b ust. 2 ww. ustawy. Podkreślenia w tym zakresie wymaga, iż nawet sam Odwołujący wskazuje w treści odwołania, iż zakłada, że Wykonawca SIGN Polska sp. z o.o. zatrudni do realizacji przedmiotu umowy osoby w wieku powyżej 55/60 lat. Zatem skoro Odwołujący na potrzeby formułowanego odwołania czyni takie założenia (zapewne wynikające z doświadczenia Odwołującego w tym zakresie, co tylko potwierdza prawidłowość weryfikacji tej kwestii przez Zamawiającego) to należy wskazać, iż odwołanie zawiera argumentację, która jest wewnętrznie sprzeczna.

Zamawiający weryfikując wyjaśnienia Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. w ww. zakresie w oparciu o treść przytoczonych powyżej przepisów prawa oraz mając na uwadze wieloletnie doświadczenie w zakresie zlecenia usług ochrony i wynikające z niego obserwacje w zakresie wieku zatrudnianych osób, których przedstawiciele Zamawiającego codziennie widują na terenie szpitala, nie miał żadnych wątpliwości w zakresie braku uwzględnienia w kalkulacji Wykonawcy składek na Fundusz Pracy.

Składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Wskazał na art. 9a , art. 9b ust. 1 i ust. 2 ust. 3 dot. Zwolnienia ze składek. Przewidziany przepisami prawa katalog zwolnień od opłacania składki jest szeroki a z uwagę na specyfikę zatrudnienia w branży ochrony - zakładaną także przez Odwołującego, który wskazuje w treści odwołania (zapewne z własnego doświadczenia), iż cyt: "Mając na uwadze fakt, że Wykonawca SIGN Polska sp. z o.o. zatrudni do realizacji przedmiotu umowy osoby w wieku powyżej 55/60 lat (...)" należy wskazać, iż także w tym przypadku treść odwołania jest wewnętrznie sprzeczna, gdyż także w tym przypadku zarzutu odwołania nie da się pogodzić z treścią uzasadnienia odwołania.

Również i w tym przypadku Zamawiający weryfikując wyjaśnienia Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. w ww. zakresie w oparciu o treść przytoczonych powyżej przepisów prawa oraz mając na uwadze wieloletnie doświadczenie w zakresie zlecenia usług ochrony i wynikające z niego obserwacje w zakresie wieku zatrudnianych osób, których przedstawiciele Zamawiającego codziennie widują na terenie szpitala, nie miał żadnych wątpliwości w zakresie braku uwzględnienia w kalkulacji Wykonawcy składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Wynagrodzenie urlopowe. Zamawiający kwestionuje kalkulację kosztów świadczenia urlopowego przedstawioną przez Odwołującego w odwołaniu sporządzoną na bazie danych kosztowych Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. a w konsekwencji także wyliczenie kosztu

jednej roboczogodziny na kwotę 24,75 zł z przyczyn wskazanych szczegółowo poniżej.

W pkt. 6 tabeli na stronie 6 odwołania błędnie wskazano wysokość podstawy wyliczenia świadczenia urlopowego na kwotę 3.763,52 złote, zamiast na kwotę 3.211,37 zł - bezzasadnie dodając do podstawy obliczenia składek ZUS z poz. 4 tabeli, tj. kwoty 3.211,47 zł także składki ZUS pracodawcy w kwocie 552,05 zł ujęte w poz. 5 tabeli - wbrew obowiązującym w tym zakresie przepisom prawa. Prawidłowo podstawa wyliczenia świadczenia urlopowego winna wynosić 3.211,47 zł (poz. 1 + poz 2 z tabeli na str. 6). Stosownie do paragrafu 9 rozp. Ministra Pracy I Polityki Socjalnej z 8 stycznia 1997 r. w sprawie szczegółowych zasad udzielania urlopu wypoczynkowego/./ ustalania i wypłacania: Wynagrodzenie urlopowe oblicza się: 1) dzieląc podstawę wymiaru przez liczbę godzin, w czasie których pracownik wykonywał pracę w okresie, z którego została ustalona ta podstawa, a następnie, 2) mnożąc tak ustalone wynagrodzenie za jedną godzinę pracy przez liczbę godzin, jakie pracownik przepracowałby w czasie urlopu w ramach normalnego czasu pracy, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy, gdyby w tym czasie nie korzystał z urlopu.

Nieuzasadnione jest przyjęcie przez Odwołującego, iż wymiar urlopu dla każdego pracownika powinien wynosić 26 dni. Pozbawione uzasadnienia jest twierdzenie, iż każda osoba w wieku powyżej 55/60 lat ma wypracowany staż pracy uprawniający do uzyskania urlopu w wymiarze 26 dni. Zatem kalkulacja wyliczenia wynagrodzenia urlopowego przedstawiona w odwołaniu jest błędna z tego powodu, iż bezpodstawnie zakłada, iż wszyscy pracownicy Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. są uprawnieni do urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni.

Umowa będzie realizowana przez okres 36 miesięcy i rozpoczyna się w połowie roku kalendarzowego i w połowie roku się kończy, zatem część pracowników Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. wykorzystała już w całości lub w części urlop za bieżący rok (tj. pierwszy rok, w którym obowiązywać będzie umowa). To zjawisko Zamawiający pracowników obserwuje corocznie na podstawie własnej szerokiej struktury zatrudnienia i zatwierdzanych planów urlopów. Odwołujący zdaje się przyjmować oderwane od powyżej opisanych zasad założenie, iż umowa rozpoczyna się w dniu 1 stycznia a po 36 miesiącach kończy się w dniu 31 grudnia. Zatem kalkulacja wynagrodzenia urlopowego w odwołaniu jest błędna z tego powodu, iż bezpodstawnie zakłada, iż wszyscy pracownicy Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. oczekiwali z rozpoczęciem swojego urlopu za rok 2022 do momentu podpisania umowy z Zamawiającym.

Po czwarte, wg art. 155(1) par. 2 Kodeksu należy również wziąć pod uwagę iż część pracowników, mogą mieć wykorzystaną już całość lub znaczną część urlopu u poprzedniego pracodawcy. Zatem kalkulacja wynagrodzenia urlopowego w odwołaniu jest błędna z tego powodu, iż bezpodstawnie zakłada, iż żaden z pracowników Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. nie będzie miał wykorzystanej już u poprzedniego pracodawcy całości lub części urlopu.

Zamawiający - zatrudniający szereg specjalistów z zakresu kadr i płac, mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności wynikające z przepisów prawa, zasad logiki i doświadczenia życiowego a także uwzględniając specyfikę branży ochrony - badając wyjaśnienia Wykonawcy SIGN Polska Sp. z o.o. pod kątem rażąco niskiej ceny uznał, że wskazywana przez tego Wykonawcę wysokość wynagrodzenia urlopowego a co za tym idzie wysokość kosztu jednej roboczogodziny zatrudnienia pracownika nie budzi wątpliwości Zamawiającego pod względem jej realności.

Po dokonaniu korekt błędnych założeń tabeli, o których szczegółowo była mowa powyżej, koszt jednej roboczogodziny pracownika Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. nie przekracza zaoferowanej przez Wykonawcę SIGN Polska sp. z o.o. ceny netto za 1 roboczogodzinę a nadto podkreślić należy, iż punktem odniesienia jest przecież cena oferty powiększona o należny podatek od towarów i usług, tj. 29,75 złotych brutto za 1 rbg. W tym przypadku aktualne pozostaje stanowisko wyrażane w orzecznictwie, iż dla porównania wartości zamówienia z ceną ofertową istotna jest faktyczna wartość brutto danego zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż Konsorcjum realizujące na rzecz Zamawiającego usługę ochrony w okresie 36 miesięcy poprzedzających okres, na który ma zostać zawarta umowa, w którym warunki realizacji poprzednio obowiązującej umowy były tożsame do obowiązujących obecnie warunków zamówienia z pominięciem tego, że obecnie zamówienie zostało podzielone na dwie części, w ostatnim okresie obowiązywania poprzedzającej umowy - po

dokonanej zgodnie z postanowieniami umowy waloryzacji wynagrodzenia - realizowało usługę ochrony za wynagrodzeniem wprowadzonym w związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 roku.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wskazana przez Wykonawcę SIGN Polska sp. z

o.o. cena jest rynkowa, realna i wystarczająca do prawidłowego i zgodnego z ustalonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów warunkami wykonania zamówienia skoro tożsama umowa w ostatnim okresie była realizowana za stawkę niższą niż obecnie zaoferowana i w żaden sposób nie wpłynęło to negatywnie na sposób realizacji umowy.

Skoro zatem mając na uwadze wszystkie przytoczone powyżej okoliczności Zamawiający stwierdził, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę SIGN Polska sp. z o.o. jest ceną realną, to nie mógł odrzucić tej oferty ani nie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący upatruje podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty podnosząc, że wydaje się ona rażąco niska oraz nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia, które należało uwzględnić w cenie, czego dowodem ma być kalkulacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu, z której wynika, iż koszt roboczogodziny to 24,75 zł podczas gdy sam zaoferował wynagrodzenie za roboczogodzinę na poziomie 25,98 zł netto, tj. jedynie o 1,79 zł netto więcej niż SIGN Polska sp. z o.o. w sytuacji gdy w przeciwieństwie do SIGN Polska sp. z o.o. Odwołujący nie wykonywał w przeszłości zamówienia w zakresie usług ochrony na rzecz Zamawiającego zatem musi w ponieść koszty zw. z zakupem umundurowania, wyposażenia oraz sprzętu niezbędnego do wykonania instalacji. Dodatkowe koszty tj.: umundurowanie, bhp, koszty nadzoru, koszty zarządu itp. nie dotyczą bowiem jedynie Wykonawcy, który aktualnie realizuje usługę. To samo potwierdził SIGN Polska sp. z o.o., wskazując na znaczące elementy, które nie występują w jego ofercie właśnie z tego tytułu, iż wcześniej wchodził w skład Konsorcjum realizującego usługę na rzecz Zamawiającego.

Różnice pomiędzy wybranym Wykonawcą a Odwołującym i dodatkowe elementy występujące w kalkulacji, wątpliwe stają się wyliczenia Odwołującego zawarte w treści odwołania.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie zadania 1 i 2 naruszenie art. 16 pkt. 1 oraz art. 239 ustawy PZP. Dokonując oceny prawidłowości działania

Zamawiającego polegającego na uznaniu, że Wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać.

Wykonawca SIGN Polska sp. z o.o. udzielając wyjaśnień dotyczących ceny oferty przedstawił informacje w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w treści wezwania, przedstawiając szczegółową kalkulację ceny ofertowej z rozbiciem na przyjęte koszty wynagrodzenia pracowników i wskazaniem pełnych kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem. Ponadto załączył do wyjaśnień stosowny dowód oraz wskazał na okoliczności pozwalające na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Elementy cenotwórcze zostały w wyjaśnieniach omówione, podobnie jak okoliczności sprzyjające pozwalające na obniżenie ceny.

W odpowiedzi na pisemne stanowisko zamawiającego odwołujący przedstawił argumenty w piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia doręczonym wszystkim uczestnikom postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie.

Odwołujący wskazał na przedstawione uzasadnienie odwołania oraz argumenty w złożonym piśmie z dnia 2 sierpnia 2022 r., w szczególności rażące zaniżenie kosztów w obydwu

zadaniach. W ofercie przystępującego brak wyjaśnień, braku skalkulowania składek na FGŚP. W związku z odpowiedzią na odwołanie podkreślił, iż zaistniały przesłanki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dot. ceny. Przypomniał, że ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę. Natomiast w tej sprawie Zamawiający z własnej inicjatywy w piśmie procesowym przedstawił argumenty własne, dodatkowe, niewynikające z treści wyjaśnień wykonawcy.

Ponadto wskazał na zmianę urzędowych stawek minimalnego wynagrodzenia w bieżącym roku i zaistniałe różnice warunków w stosunku do poprzedniej aktualnie realizowanej umowy u Zamawiającego (minimalne wynagrodzenie, osoby niepełnosprawne). Przypomniał zasady ustalenia wynagrodzenia urlopowego obciążonego składkami ZUS.

Zamawiający potwierdził argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie.

Wskazał na własne doświadczenie w ocenie rynku usług będących przedmiotem zamówienia. Przypomniał, że w odpowiedzi odnosi się do kolejnych zarzutów odwołania, a wskazanie na dotychczasową podobną umowę było uzasadnione ze świadomością różnic w stosunku do warunków umowy obecnie procedowanej.

Stwierdził, że nie przedstawiał wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny zastępując wykonawcę lecz wykazywał szerokie spojrzenie na ocenę wszystkich złożonych ofert z uwzględnieniem sygnalizowanego wcześniej profesjonalizmu.

Przystępujący złożył wyciąg z materiału pod tytułem „ustalenie stopowy procentowej, składki na ubezpieczenie wypadkowe". Wskazał na poz. 57 stawki stosowanej tej działalności oraz decyzję z ZUS na ustalenie wysokość stawki procentowej, wykaz pracowników przewidzianych do wykonania usługi oraz wykaz pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w obiektach Muzeum Narodowe w Szczecinie.

Złożył dokumenty ZUS dot. składki wypadkowej, w tym jego dotyczącej oraz wykaz osób planowanych do wykorzystania do realizacji zamówienia oraz wykonujących prace w Muzeum Narodowym w Szczecinie wskazując, iż niektóre z nich będą wykonywać prace w obu miejscach w ramach jednego etatu (jako skierowanie pracownika w ramach niewykorzystanego czasu pracy w jednym miejscu do pracy w Szpitalu).

Wskazał na własny potencjał i doświadczenie, w tym możliwość dysponowania osobami do wykorzystania w różnych miejscach pracy. Potwierdził poprawność i zgodność z prawem zaoferowanych stawek. Podkreślił dokonanie przez Zamawiającego dogłębnej ocen oferty i porównywalności własnych wyjaśnień. Wskazał na własne korzystne warunki realizacji zamówienia, co jest związane z wykonywaniem umowy poprzedniej w tym samym miejscu. Przypomniał pojęcie ceny niskiej, rażąco niskiej i potwierdza fakt, że zaoferował cenę realną. Wskazuje ponadto na postępowanie o sygn. akt: KIO 1674/22 w ramach tego samego postępowania.

Rozpatrując zarzuty należy stwierdzić, co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie zadania 1 i 2 naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z rażąco niską cenę.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się, brak bowiem dowodu, iż cena podana przez Wykonawcę SIGN Polska sp. z o.o. jest ceną rażąco niską i nie gwarantuje możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami swz oraz odrębnymi przepisami w tym Kodeksu Pracy.

Przy znanych wielkościach oszacowania przedmiotu zamówienia oraz cen trzech złożonych ofert dla obydwu zadań z określonymi stawkami roboczogodziny w istocie nie wystąpiła ustawowa przesłanka obligująca zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie podejrzenia lub domniemania, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska w rozumieniu definicji takiej ceny nie mającej charakteru normatywnego lecz wypracowanej przez praktykę obrotu gospodarczego w ramach zamówień publicznych. Skoro jednak zamawiający wszczął takie postępowanie, niezależnie od przyczyn takiej decyzji, w tym np. w wyniku powiadomienia przez konkurującego wykonawcę, przeprowadził je z poszanowaniem właściwych tym czynnościom procedur.

Cena oferty Odwołującego w zakresie zadania 1 jest wyższa o 222.726,26 zł netto, tj. 273.953,40 zł brutto natomiast w zakresie zadania 2 tylko o 47.084,16 zł netto, tj. 57.913,52 zł w zakresie zadania 2 od oferty Wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o. Taka różnica pomiędzy

ofertami nie potwierdza zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności wobec stwierdzenia, że Wykonawca SIGN Polska wykonywał już w przeszłości zamówienie na rzecz Zamawiającego i oferuje realne ceny, a przy tym nie musi ponosić kosztów rzeczowych w tym związanych zakupem umundurowania oraz wyposażenia, które uległy już amortyzacji oraz sprzętu niezbędnego do wykonania instalacji, który także został już zamortyzowany oraz innych kosztów dodatkowych, na co zresztą wskazano w treści wyjaśnień z dnia 26 maja 2022 roku. Niesporne jest, że zamawiający stawiał warunek zatrudnienia pracowników wyłącznie na podstawie umowy o pracę, co powinno zawierać: wynagrodzenie podstawowe z dodatkami.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że w swojej cenie ofertowej uwzględnił wszelkie wymagane przepisami koszty: minimalne podstawowe wynagrodzenie, dodatek za prace w porze nocnej, składki ZUS, wynagrodzenie za urlop oraz wynagrodzenie chorobowe i przedstawił na tę okoliczność stosowny dowód w postaci wydruku tabeli z programu kadrowo - płacowego ilustrującego koszt 1 etatu. Zamawiający zweryfikował stawkę Wykonawcy pod względem obowiązujących przepisów prawa pracy i nie miał w tym zakresie zastrzeżeń. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny wraz z treścią dowodu przedłożonego na powyższą okoliczność nie budzą zatem wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia za cenę ofertową w sposób należyty, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Zamawiającego zaoferowana przez SIGN Polska cena jest ceną rynkową, uwzględniającą wymagania określone w specyfikacji oraz koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, przede wszystkim w zakresie wynagrodzenia pracowników niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Doświadczenie wskazuje, że standardem rynkowym w branży ochrony usług i mienia jest ustalanie wynagrodzeń pracowników na poziomie zbliżonym do wynagrodzenia

minimalnego.

Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. w wyjaśnieniach przedstawił kalkulacje wskazujące, że żadna z kwestionowanych pozycji nie generuje dla niego straty. Przedstawił weryfikowalne składniki kosztotwórcze wprowadzone do oferty, a następnie wyjaśnień ceny oferty pozwalające na pokrycie wszystkich koniecznych kosztów. Wycena w ocenie Izby realna, rzetelna i nie nosi znamion rażąco niskiej.

Izba uznaje za uzasadniony argument, że nie tylko wykonawcy, lecz i Zamawiający jest podmiotem profesjonalnie i od lat zajmującym się zlecaniem analogicznych usług, nadzorem nad ich realizacją i jest w stanie zweryfikować realność kalkulacji i wyjaśnień dotyczących przedmiotowych usług. Mając na to na uwadze Zamawiający miał podstawy do stwierdzenia, iż objęte zamówieniem świadczenia zostały skalkulowane z uwzględnieniem standardu jakościowego, jak i wymagań zawartych w specyfikacji, przy uwzględnieniu wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Tym samym nie kwestionując poprawności przedstawionych przez odwołującego się wykonawcę kalkulacji kosztów pozwalających na przygotowanie realnej oferty w zakresie jej ceny całościowej, jak i części składowych, skład orzekający uznaje, że przedstawione opracowania zarówno w odwołaniu, jak i w piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2020 r. nie wykluczają się wzajemnie, w tym w zakresie zasadności i poprawności wyliczeń i wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu, jak również szczegółowej analizy dokonanej przez zamawiającego w toku badania ofert i wyjaśnień, jak i własnej oceny i jej przedstawienia przez zamawiającemu składowi orzekającemu w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w petitum odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....