

Sygn. akt: KIO 526/23

WYROK

z dnia 13 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawców:

"STEKOP" S.A. z siedzibą w Warszawie i "STEKOPOCHRONA" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Ekspert Security Duo sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, P.W. K. sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 460 zł 00 gr (słownie: czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu a także poniesioną przez przystępującego po stronie zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz uczestników postępowania zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 WOG. Cześć 4. Numer referencyjny: ZP/97/2022I” (dalej również: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: „SWZ”).

W dniu 27 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie "STEKOP" S.A. i "STEKOPOCHRONA" Sp. z o.o. (ul. Młodawska 9, 02127 Warszawa) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania. Odwołujący wnosili o odpuśczenie dowodu z dokumentacji postępowania (w szczególności SWZ, Wezwania i Wyjaśnień oraz oferty Przystępującego, protokołu z otwarciem ofert) na okoliczność niezasadności uznania Wyjaśnień za niezgodne z Ustawą i faktu złożenia oferty z rażąco niską ceną lub kosztem – zasadności zarzutów odwołania.

W dniu 1 marca 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Ekspert Security Duo sp. z o. o. (ul. Magazynowa 11A lok. 63, 02-652 Warszawa), Ekspert

Security AP sp z o. o. (ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa), Ekspert Security MW sp z o. o. (ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa), P.W. K. sp. z o.o. (ul. Sokola 14, 39-400 Tarnobrzeg) (dalej również : „Przystępujący” lub „Konsorcjum Ekspert”).- Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

W dniu 3 marca 2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

W odpowiedzi na wezwanie Izby Przystępujący w trybie art. 522 ust. 1 Ustawy zgłosił sprzeciw do uwzględnienia odwołania w całości. Przystępujący wnosił o dopuszczenie dowodu z kalkulacji kosztów sporządzonej z założeniem odpowiadającym zaprezentowanemu w odwołaniu wyliczenia ich dla realizacji kontraktu dla 11 miesięcy w 2023 r zamiast 12 miesięcy z grudnia 2022 r. na okoliczność prawidłowości wyliczeń i braku uzasadnienia zarzutów odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie od nieprawidłowych i niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: 1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekspert, 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Ekspert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na fakt, że ta oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Wykonawca zarzucił naruszenie art. 224 ust.

6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Konsorcjum Ekspert w zakresie zaoferowanej ceny i uznanie ich za potwierdzające prawidłowość skalkulowania ceny przez tego Wykonawcę, mimo, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 15 lutego 2023 r. (dalej również : „Wyjaśnienia”) potwierdzają, że zaoferowana cena, w szczególności istotna część składowa ceny w postaci ceny za roboczogodzinę usługi zaoferowana przez Konsorcjum Ekspert jest rażąco niska.

W związku z powyższym Wykonawca wnosił o: 1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 4 postępowania i ponownej oceny oferty Konsorcjum Ekspert, 2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Ekspert.

Odwołujący wskazywał, że Wyjaśnienia, nie potwierdzają, że zaoferowana cena za 1 rbh nie jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie - biorąc pod uwagę sposób rozliczeń na podstawie kontraktu i cen wskazanych w ofercie, proporcjonalnie do ilości godzin oraz zakresu faktycznie zrealizowanych usług za każdy miesiąc realizacji umowy - należy stwierdzić, że z wyjaśnień wynika wprost fakt oszacowania stawki za 1 rbh pracy, jako istotnej części składowej ceny, w kwocie 28,94 zł na poziomie rażąco niskim, niepozwalającym na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, a tym bardziej osiągnięcie jakiegokolwiek zysku. Powoływał się tutaj na własne wyliczenia sporządzone w oparciu o dane pochodzące z Wyjaśnień.

Wykonawca odwołując się do projektowanych zapisów umowy przewidujących rozliczanie w oparciu o stawkę za roboczogodzinę przewidzianą w formularzu cenowym dla poszczególnych stanowisk, których funkcjonowanie zapewnić miał wykonawca, miesięczne rozliczenia oraz wyłączenie możliwości zmiany stawki określonej w formularzu cenowym (poza zmianą zakresu usług) wskazywał, że przyjęta stawka za 1 rbh pracy pracownika jest stawką kształtującą faktyczne wynagrodzenie wykonawcy w Postępowaniu. Podkreślał też, że zaoferowana w formularzu ofertowym cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia nie ma realnego przełożenia na wynagrodzenie jakie osiągnie wykonawca. Podkreślał, że stawka wskazana w formularzu cenowym kalkulowana była z uwzględnieniem świadczenia usług w okresie od 30.11.2022 r. do 31.12.2022 r., mimo że w momencie składania ofert - w

dnia 21.12.2022 r. - wiadomym było już, że żaden z wykonawców nie przystąpi do realizacji przedmiotowego zamówienia jeszcze w 2022 r. i że decydujące znaczenie dla określenia proporcjonalności oferty w stosunku do wymagań Zamawiającego ma więc stawka za 1 rbh. W odwołaniu Wykonawca ograniczył więc argumentację i wyliczenia do okresu realizacji umowy od 1 stycznia 2023 r do 30 listopada 2023 r z pominięciem okresu ostatniego miesiąca roku 2022 r.

Odwołujący wskazywał, że stawka ofertowa za 1 rbh pracy przyjęta za okres realizacji umowy przez Konsorcjum Ekspert dla pracy dowódcy ochrony i czterech pracowników ochrony w wysokości 28,94 zł była rażąco niska. Podkreślił, że w Wyjaśnieniach Konsorcjum Ekspert wskazało, że całkowity koszt 1 rbh wraz z urlopem wypoczynkowym i dodatkiem za godziny nocne w okresie styczeń - czerwiec 2023 r. wynosi 28,78 zł. Z powyższego wynika, że na pozostałe koszty realizacji przedmiotowego zamówienia oraz zysk z 1 rbh pozostaje zaledwie 0,16 zł. Jednocześnie Konsorcjum Ekspert wskazało, że całkowite koszty obsługi (pozaosobowe) przedmiotowego kontraktu wyniosą 13.680,00 zł a - według Odwołującego - ponieważ w momencie składania oferty wiadomym było, że świadczenie usług nie rozpocznie się w 2022 r. to koszty te w całości będą ponoszone w 2023 r. Dalej wskazywał, że w 2023 r. liczba roboczogodzin pracy, zgodnie z wyliczeniami przyjętymi przez Konsorcjum Ekspert w Wyjaśnieniach, wynosi 56.028 godzin. Koszt obsługi kontraktu w przeliczeniu na 1rbh wynosi: 13.680,00 zł/ 56.028 godz. = 0,24 zł. Z powyższych wyjaśnień wynika więc, że w okresie od stycznia do czerwca 2023 r. rzeczywiste koszty, jakie będzie ponosiło Konsorcjum Ekspert w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia, za 1 rbh wynoszą 28,78 zł (koszty osobowe) + 0,24 zł (koszty obsługi kontraktu) = 29,02 zł. Stąd powyższa stawka jest wyższa od przyjętej w formularzu cenowym przez Konsorcjum Ekspert stawki netto za 1 rbh pracy pracownika o 0,08 zł. Przyjęta stawka za 1 rbh pracy pracownika jest więc rażąco niska, gdyż nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia w wysokości ustalonej przez Konsorcjum Ekspert. Realizacja przedmiotowego zamówienia w okresie styczeń - czerwiec 2023 r. będzie generowała po stronie tego Wykonawcy stratę. Oznacza to, że cena za 1 rbh pracy pracownika ochrony SUFO zaoferowana przez Konsorcjum Ekspert jest ceną wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, a więc cena oferty tego Wykonawcy jest rażąco niska.

W zakresie stawki za 1 rbh pracy przyjęta za okres od 1 lipca 2023 r. do 30 listopada 2023 r. przez Konsorcjum Ekspert

Odwołujący wskazywał, że za 1 rbh pracy dowódcy ochrony i czterech pracowników ochrony przyjęto również kwotę w wysokości 28,94 zł. W

Wyjaśnieniach Konsorcjum Ekspert wskazało, że całkowity koszt 1 rbh wraz z urlopem wypoczynkowym i dodatkiem za godziny nocne w okresie lipiec - grudzień 2023 r. wynosi 29,69 zł. Z powyższego wynika - co jednoznacznie potwierdziło również Konsorcjum Ekspert - że koszty zatrudnienia pracownika w tym okresie przewyższają zaoferowaną w formularzu cenowym stawkę o 0,75 zł. Zgodnie z Wyjaśnieniami dodatkowe koszty związane z realizacją przedmiotowej usługi (pozaosobowe) - „koszty obsługi kontraktu” wynoszą 13.680,00 zł. W przeliczeniu na liczbę roboczogodzin w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 31 listopada 2023 r., Wykonawca ten będzie ponosił nieosobowe koszty realizacji przedmiotowego zamówienia w wysokości 0,24 zł (13.680,00 zł/ 56.028 godz. = 0,24 zł). Z powyższego wynika, że zaoferowana przez Konsorcjum Ekspert stawka za 1 rbh świadczenia usług ochrony nie wystarcza na pokrycie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników w okresie od 1 lipca 2023 r. do 30 listopada 2023 r. (jest niższa o 0,75 zł/rbh od kosztów realizacji zamówienia wskazanych przez Konsorcjum Ekspert). Przedmiotowa stawka nie pokrywa więc nie tylko kosztów osobowych świadczenia usługi, ale także pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia, a wskazanych w Wyjaśnieniach - kosztów obsługi kontraktu, a tym bardziej nie generuje po stronie tego Wykonawcy żadnego zysku. Realizacja przedmiotowego zamówienia w okresie lipiec - listopad 2023 r. będzie generowała po stronie tego Wykonawcy stratę. Oznacza to, że cena za 1 rbh pracy pracownika ochrony SUFO zaoferowana przez Konsorcjum Ekspert jest ceną wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, a więc oferta tego Wykonawcy jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślał, że jego kalkulacje są oparte na Wyjaśnieniach, co powoduje, że Konsorcjum Ekspert potwierdziło wprost, że istotna część składowa ceny - cena za 1 rbh realizacji zamówienia jest rażąco niska. Odwołujący zwracał również uwagę na brak uwzględnienia w cenie pozostałych kosztów zamówienia. Wskazywał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, każdy z wykonawców biorący udział w postępowaniu powinien był skalkulować swojej ofercie pozostałe (poza kosztami zatrudnienia pracowników) czynniki kosztotwórcze. W oparciu o Wyjaśnienia, należy stwierdzić, że do „kosztów obsługi kontraktu” skalkulowanych w wysokości 13.680,00 zł w całym okresie świadczenia usługi, Wykonawca ten nie wziął pod uwagę: 1. kosztów zapewnienia przepustek osobowych upoważniających do przebywania na terenie kompleksu, 2. kosztów zapewnienia pojazdów mechanicznych (oprócz kosztów paliwa) w celu dokonania zmiany wartowników na posterunkach oraz nadzoru nad pracownikami ochrony (dzień i noc). 3. kosztów: a) eksploatacji systemu kontroli pracownika,

- b) eksploatacji samochodów, w tym kosztów wymiany części eksploatacyjnych, ewentualnej amortyzacji, ubezpieczenia OC, c) eksploatacji sprzętu, zakupu nowego bądź naprawy; 4) kosztów zapewnienia urządzeń umożliwiających zdalny monitoring pracowników na posterunkach poprzez centrum monitoringu, z którego istnieje możliwość sporządzenia wydruku.

Odwołujący wskazywał również, że wykonawcy, w tym Konsorcjum Ekspert powinni uwzględnić w kalkulacji ceny ofertowej szereg pozostałych kosztów w postaci: 1) koszty tzw. urlopów okolicznościowych pracowników, 2) koszty badań lekarskich pracowników

(Wykonawcy kalkulując cenę musieli ponadto wziąć pod uwagę, że zatrudniając nowych pracowników do realizacji zamówienia będą zmuszeni pokryć koszty wstępnych badań lekarskich takich pracowników. Koszty wstępnych badań lekarskich są to koszty, które zobowiązany jest pokrywać pracodawca zatrudniając pracowników. Koszt takiego jednego badania wynosi średnio 100 zł., W przypadku pracowników już zatrudnionych, wykonawcy kalkulując cenę powinni uwzględnić koszty okresowych badań pracowników. W przypadku kwalifikowanego pracownika ochrony koszt okresowych badań lekarskich wynosi około 450,00 zł.), 3) koszty szkoleń BHP pracowników, 4) koszty zapewnienia dziennika zmiany 5) środki higieny („WYKONAWCA” ponosi odpowiedzialność za utrzymanie porządku (czystości) oraz stan sanitarno - higieniczny w miejscu pełnienia służby” (Opis przedmiotu zamówienia dla części 4 ust. 8 pkt 17). Na Wykonawcy ciąży obowiązek spełnienia wszelkich wymagań związanych z dostosowaniem miejsca pracy dla swoich pracowników, do obowiązujących przepisów w zakresie BHP, bezpieczeństwa pożarowego i Kodeksu pracy. Wykonawca jest obowiązany zapewnić higieniczne warunki pracy, wyposażając pracowników w środki czystości, środki do dezynfekcji czy też środki ochrony osobiste), 6) koszty eksploatacyjne takie jak baterie do latarek, identyfikatory; 7) koszty wniesienia wadium (Zgodnie z SWZ, wykonawca składając ofertę musiał wnieść wadium w wysokości 27.000,00 (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy) zł. W związku z tym, Wykonawca powinien uwzględnić koszt wniesienia wadium w kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący wskazywał, że koszt wadium w postaci gwarancji na wskazaną powyżej kwotę to około 250,00 zł.), 8) koszty prania odzieży pracowników lub zapewnienia ekwiwalentu za pranie.

Odwołujący wskazywał, że powyższych kosztów przy kalkulacji ceny ofertowej nie było w Wyjaśnieniach. Nie można także przyjąć, że zostały one przyjęte w ramach pkt 18 zestawienia kosztów obsługi kontraktu pn. „inne koszty (operacyjne, administracyjne, itp.)”, gdyż Wykonawca założył koszt jedynie w wysokości 100,00 zł za miesiąc, który niewątpliwie nie pozwoli na pokrycie wyżej wymienionych kosztów operacyjnych.

Odwołujący podkreślał, że wobec kalkulacji stawki za 1 roboczogodzinę Konsorcjum Ekspert nie osiągnie zysku. Podkreślił, że Wyjaśnienia wskazują, że „zysk z kontraktu przy realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia wyniesie 1.774.600,80 zł - 1.767.756,24 zł = 6844,56 zł” i że zysk ten został wyliczony z uwzględnieniem wypracowania aż 61.320 rbh pracy. Konsorcjum Ekspert traci zupełnie z pola widzenia fakt, że rozliczenie ma się odbywać na podstawie faktycznie przepracowanych roboczogodzin w ujęciu miesięcznym przy zastosowaniu przyjętej w formularzu cenowym stawki netto w wysokości 28,94 zł i że z wyliczeń, jakie zaprezentował Odwołujący wynika, że Przystępujący nie osiągnie żadnego zysku. Stawka za rbh w okresie od stycznia do czerwca 2023 r. nie pokryje wszystkich kosztów związanych z realizacją kontraktu, natomiast, stawka za okres od lipca do listopada 2023 r. nie pokryje nawet kosztów osobowych realizacji zamówienia (do ich pokrycia, przy złożeniu określonej przez Zamawiającego liczby roboczogodzin,

zabraknie aż 19.215,00 zł).

Na rozprawie Odwołujący dodatkowo odnosił się do nieprawidłowości nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów pracowniczych planów kapitałowych oraz różnic w kalkulacji wyceny kosztów z wyjaśnień z 15 lutego 2023 r oraz złożonych w dniu rozprawy przez Przystępującego. Podkreślał, że pomimo jego wniosku o objęcie wezwaniem co do rażąco niskiej ceny jedynie okresu 11 miesięcy 2023 r. wezwanie z dnia 10 lutego 2023 r. (dalej również: „Wezwanie”) skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego obejmowało cały okres realizacji umowy tj. Włącznie z listopadem 2022 r.

Przystępujący wskazał, że złożone przez niego Wyjaśnienia były zgodne z Wezwaniem wskazywały realne koszty, cena obejmuje wszelkie koszty i pozwala na zgodną z SWZ realizację zamówienia oraz osiągnięcie wskazanego w Wyjaśnieniach zysku. Podkreślił, że kalkulacja Odwołującego dotknięta jest zasadniczym błędem polegającym na założeniu odwołania co do stałości kosztów i ponoszenia ich w pełnej wysokości niezależnie od czasu trwania kontraktu, podczas gdy koszty zmniejszają się, gdy skraca się czas realizacji przedmiotu zamówienia i nie są w tym znaczeniu kosztami stałymi, dysponuje.

Przystępujący wskazywał, że stanowisko Odwołującego, co do wątpliwości prawidłowości założenia przez przystępującego nie objęcia pracowników Pracowniczymi planami kapitałowymi (dalej: „PPK”) jest spóźnione jako nie objęte odwołaniem. Niezależnie od powyższego wskazywał, że pracownicy, którzy realizować mają zamówienie złożyli już oświadczenia w zakresie rezygnacji z PPK na okres od 2023 roku a składając ofertę i Wyjaśnienia pracownicy także nie byli objęci PPK i stąd przyjęte założenie, które poparte jest dodatkowo dotychczasową praktyką i doświadczeniem. Przystępujący wskazał, że z wyprzedzeniem informował pracowników o autozapisie na PPK i dokonywał rozeznania,

które potwierdzenie znalazło w deklaracjach o rezygnacji. Na chwilę składania oferty i Wyjaśnień wiedział, których pracowników konkretnie skieruje do realizacji kontraktu - mają to być bowiem ci sami pracownicy, którzy delegowani byli do realizacji kontraktu na obiekcie zamawiającego którego dotyczy kontrakt, realizujący analogiczne zamówienie na rzecz zamawiającego już od stycznia 2022 roku do chwili obecnej. Wskazywał, że Wyjaśnienia odpowiadają zakresem Wezwaniu Zamawiającego. Sporządzone były z rozbiorem danych na okresy analogiczne, do tych jakie przewidział Zamawiający w formularzu ofertowym: miesiąc roku 2022 r i dwa okresy w 2022 roku (dla różnych wartości płacy minimalnej pierwszy od styczeń 2023 do czerwiec 2023 i drugi od lipiec 2023 do listopad 2023). Przystępujący objął kalkulacją całe 12 miesięcy jak chciał Zamawiający a nie 11 jak zrobił Odwołujący. Wskazywał, że kalkulacja z rozprawy pomniejszona jest o koszty kontraktu proporcjonalnie do okresu podlegającego rozliczeniu tj. o jeden miesiąc.

Wskazywał, że założenie kalkulacji z dnia rozprawy o wykorzystaniu przez pracowników 2/3 urlopu w 2023r. w okresie realizacji kontraktu (do listopada) i 1/3 w grudniu 2023 i kolejnych miesiącach 2024 do 30 września jest zgodne z art. 168 Kodeksu pracy. Podkreślał, że do kalkulacji w Wyjaśnieniach przyjął założenie, że w ciągu 11 miesięcy 2023 udzieli pracownikom urlopów w wymiarze proporcjonalnym 11 miesięcy w 2023. Wskazywał, że wyjaśnienia z dnia rozprawy są tylko symulacją rozwiązania biznesowego realizacji kontraktu w wymiarze tylko 11 miesięcy z uwzględnieniem wynagrodzenia minimalnego, dodatków, jak również udzielenia urlopów przez pracodawców zgodnie z przepisami. Podkreślał, że pracownicy zadeklarowali, w jakim okresie będą korzystać z urlopu w 2023 roku. I założenie kalkulacji wynika między innymi z tego założenia i doświadczenia Przystępującego.

Podkreślał nieprawidłowość założenia Odwołującego, który w swojej kalkulacji stawki za roboczogodzinę jako wyższej od ofertowej przyjął koszty kontraktu za cały rok jeżeli chodzi o koszty pozapracownicze przy jednoczesnym założeniu liczby godzin za 11 mies. co spowodowało nieuzasadnione zawyżenie tego kosztu o 2 gr/rbg i jednocześnie zarzucił wyliczenie zysku dla 61.320 rbg, podczas gdy Wyjaśnienia obejmowały kalkulację dla 12 miesięcy. Wskazywał, że przy wyliczeniu kosztochłonności realizacji kontraktu przez 11 mies. w 2023 (proporcjonalnie zmniejszone koszty pracownicze o 1 mies.) do całkowitego wynagrodzenia brutto pracownika z dodatkami i zastępstwem urlopowym w kwocie 27,94 zł albo 28,76 zł (dla okresu styczeń – czerwiec i lipiec- listopad) należy dodać nie 0,24 zł jak chce odwołujący lecz 0,22 zł kosztów pozapracowniczych, co powoduje, że w okresie 1. 2023 (styczeń – czerwiec) stawka będzie wynosiła 28,16 zł/ rbg a w 2 okresie (lipiec –

listopad) 28,98 zł/rbg. Wskazuje, że te wartości globalnie jeżeli chodzi o realizację kontraktu 1 okresie i 2 okresie z uwzględnieniem kosztów poza pracowniczych za 11 mies. nadal niższe będą od przychodu zakładanego – stawki wynagrodzenia - przy wartości ofertowej 28,94 zł za rbg i zakładanej przez zamawiającego w formularzu ofertowej i uwzględnionym przez przystępującego liczby rbg przewidzianej na okresy 1 i 2 w 2023 r.

W Postępowaniu brak było pytań w SWZ w zakresie oferty oraz jej załącznika -formularza cenowego, czasu realizacji zamówienia ani wniosków, co do modyfikacji okresu realizacji zamówienia.

Wskazywał, że jego oferta jest niższa jedynie o 2,7% od oferty Odwołującego i jednocześnie jedynie o ok. 2,4% od średniej arytmetycznej wszystkich 3 złożonych ofert w Postępowaniu, co wskazuje i powoduje, że w ofercie Przystępującego nie ma mowy o rażąco niskiej cenie.

Podkreślał, że urlopy okolicznościowe są ryzykiem ofertowym i mogą albo może ich nie być. Analogicznie urlopy wypoczynkowe i inne mogą być w różnym wymiarze wykorzystane w różnym czasie, stąd możliwe jest więc, że nie zostanie wykorzystane nawet 2/3 urlopów wypoczynkowych z czym Przystępujący się liczył. Kwestia urlopów zmaterializuje się dopiero w chwili skorzystania z niego, a 2/3 okresu urlopu jest jedynie założeniem na potrzeby kalkulacji.

Wskazywał, że wszystkie koszty ,o których mowa na str. 15 odwołań uwzględnione zostały w Wyjaśnieniach, albo jako wyraźnie wskazane albo w kosztach obsługi kontraktu na str. 6 Wyjaśnień.

Przystępujący oświadczył, że koszty zabezpieczenia wadialnego nie występują jeśli wniesienie wadium nastąpiło przelewem a jeśli w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej to ewentualny koszt i tak zmieściłby się w poz. 18 (inne koszty) strona 6 Wyjaśnień.

Zwrócił uwagę na to, że koszty pracownicze są proporcjonalne do czasu trwania kontraktu - im krótszy kontrakt tym mniejsze koszty a przystępujący nie ponosi kosztów związanych z przygotowaniem się do realizacji kontraktu, w związku z tym, że wszelkie takie koszty poniósł już wcześniej w związku z realizacją kontraktu na rzecz zamawiającego od stycznia 2022, o czym było w wyjaśnieniach z lutego 2023. Podobnie jeśli chodzi o inne koszty np. paliwo itd.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała za skuteczne w świetle art. 525 i art. 522 ust. 1 Ustawy zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego oraz sprzeciwu do uwzględnienia odwołania w całości przez Konsorcjum Ekspert.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez stronę i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania oraz kalkulacji z dnia rozprawy, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie. Izba dała wiarę wyjaśnieniom uczestnika, co do stanu faktycznego towarzyszącego sporządzaniu Wyjaśnień i kalkulacji z dnia rozprawy oraz uznała za prawidłowe stanowisko zaprezentowane na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do prawidłowości udzielonych Wyjaśnień w kontekście uznania ich za wystarczające dla oceny przez Zamawiającego, że nie ma tutaj do czynienia z rażąco niską ceną a właściwie rażąco niską ceną istotnej części składowej ceny w postaci ceny za roboczogodzinę oraz oceny treści Wyjaśnień i kalkulacji z dnia rozprawy oraz twierdzeń i kalkulacji odwołania.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w zakresie części 4 jest: „Ochrona fizyczna osób i mienia realizowana przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną, zwaną dalej SUFO, posiadającą koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej, zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995) i aktami wykonawczymi obowiązującymi w tym zakresie, oraz „Instrukcją o ochronie obiektów wojskowych” sygn. Szt. Gen. 1686/2017, a polegająca na bezpośredniej ochronie fizycznej, stałym dozorem sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych systemach i urządzeniach alarmowych, zapewnienie ochrony po ogłoszeniu mobilizacji, wprowadzeniu stanu wojennego lub w czasie wojny na rzecz 2 psap”. Termin wykonania zamówienia został określony: od godz. 12.00 dnia 30.11.2022 rok do godz. 12.00 dnia 30.11.2023 rok.

Zamawiający postawił wymagania, jeśli chodzi o pracowników ochrony oddelegowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia i oczekiwał zapewnienia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia:

- 1) dowódca ochrony SUFO w postaci: (jeden) kwalifikowany pracownik ochrony fizycznej. Całodobowo, przez wszystkie dni tygodnia w kompleksie 0116 Modlin;
- 2) 4 (cztery) posterunki całodobowo przez wszystkie dni tygodnia oraz w dni świąteczne z jednym kwalifikowanym pracownikiem ochrony fizycznej każdy posterunek;
- 3) pełnomocnik ochrony (koordynator), jedna osoba upoważniona przez przedsiębiorcę do współpracy z Dowódcą, minimum 2 razy w miesiącu w dzień i w nocy o różnych godzinach;

Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 22 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, na pełny etat osób wykonujących w zakresie części 4 zamówienia czynności jako dowódca ochrony i pracownik ochrony na posterunku. (Dowód: Rozdział III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, podrozdział Wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę pkt 1 ppkt 4). Zamawiający wyłączył możliwość delegowania do realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności.

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ: „Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był realizowany w terminie od dnia zawarcia umowy, przy czym faktyczna realizacja usługi rozpocznie się i będzie realizowana do:

- 1) 30.11.2022 r. godzina 12.00 - 30.11.2023 r. godzina 12.00 (dla wszystkich zadań - oprócz zadania 12),
- 2) 01.12.2022 r. godzina 00.00 - 30.11.2023 r. godzina 24.00 (dla zadania 12).”

W okresie 2022 r. przewidziano 5292 godziny usług a w 2023 r łącznie 56 028 godzin usług (w tym 30 408 godzin w okresie od stycznia do czerwca 2023 i 25 620 godzin w okresie lipiec listopad 2023), co daje łącznie 61 320 godzin w ramach kontraktu.

Zgodnie z § 11 ust. 2, 3 i 8 załącznika nr 4 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, „zgodnie z „Formularzem cenowym” / załącznik nr 8/ wykonawca ustala stawkę roboczogodziny odrębnie dla stanowisk dowódcy ochrony, pracownika ochrony na posterunku, portiera, dozorczy w wysokości. Strony umowy dokonywać będą rozliczenia wynagrodzenia, na podstawie cen wskazanych w ofercie wykonawcy, proporcjonalnie do ilości godzin oraz zakresu

faktycznie zrealizowanych usług w oparciu o faktury VAT wystawione za każdy miesiąc realizacji umowy. [...] Odbiór usług nastąpi na podstawie „Harmonogramu przepracowanych miesięcznie godzin przez pracowników ochrony” w

oparciu o „Protokół odbioru wykonanych usług za miesiąc rok”, potwierdzający prawidłowe jej wykonanie [...]”. „Strony postanawiają, że stawki roboczogodziny określone w ust. 2 pozostają niezmiennie w całym okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem §12 pkt 3 ppkt 1) Umowy”. Tym samym zmiana zaoferowanej stawki za roboczogodzinę jest niedopuszczalna, z wyjątkiem sytuacji, w której nastąpi zmiana sposobu ochrania obiektu (rozszerzenie zakresu ochrony, przejęcie przez Siły Zbrojne lub warty cywilne) w sytuacji reorganizacji systemu ochrony kompleksu lub zmiany dyslokacji ochranianego obiektu lub ich likwidacji, przy zachowaniu ogólnych warunków umowy. Jednocześnie Zamawiający określił liczbę roboczogodzin usługi na określonym poziomie. Oferowana cena miała zostać skalkulowana na 12 miesięcy trwania umowy, od godz. 12.00 w dniu 30 listopada 2022 r., do godz. 24.00 w dniu 31 grudnia 2022 r., i od godziny 00.00 1 stycznia 2023 do godziny 24.00 30 listopada 2023r. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., od dnia 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wyniesie 3.490.00 zł, od 1 lipca 2023 r. 3.600,00 zł. Zamawiający stwierdził, że nie przewiduje wprowadzenia do umowy postanowień w zakresie jej zmiany spowodowanych zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej (por. Rozdział III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia pkt 20). Brak waloryzacji z tego powodu wynika z faktu, że okres realizacji umowy nie będzie przekraczał 12 miesięcy.

Termin składa ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 21 grudnia 2022r.

W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, po zbadaniu oferty z uwzględnieniem wyjaśnień Konsorcjum Ekspert; złożone oferty zostały ocenione przez Zamawiającego w następujący sposób:

L p.	Nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzenia działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców	Cena brutto (zł)	Łączna liczba punktów
1	Odwołujący	2 243 852,10 zł po poprawieniu omyłek rachunkowych 2 243 852,10 zł	97,00 pkt
2	Lider: Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17/17, 02-676 Warszawa Solid Sp. z o.o. , ul. Walerego Sławka 3, 30-633 Kraków	2 280 055,43 zł po poprawieniu omyłek rachunkowych 2 280 055,43 zł	96,00 zł
3	Konsorcjum Ekspert	2 182 758,98 zł	100,00 zł

W formularzu ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SWZ Przystępujący, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wskazał cenę za wykonanie zgodnie z SWZ przedmiotu zamówienia za cenę netto 1 774 600, 80 zł i brutto 2 182 758,98 zł. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że powyższa cena obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia i będzie obowiązywać w okresie ważności umowy i nie ulegnie zmianie i że zamówienie zrealizowane zostanie w terminie wskazanym w SWZ.

W formularzu cenowym, którego wzór stanowi załącznik nr 2.3 SWZ Przystępujący, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wpisał jedną stawkę w kwocie 28 zł 94 gr netto za 1 rbg na cały okres realizacji zamówienia obejmujący wskazane przez Zamawiającego odrębnie okresy (od 10 listopada 2022 do 31 grudnia 2022 i od 1 stycznia 2023 do 30 listopada 2023 z wylistowaną liczbą godzin dla każdego okresu, stanowiska i łączną). Ta sama kwota została wpisana odrębnie dla każdego z poszczególnych 5 stanowisk: jedno stanowisko dowódca ochrony i 4 stanowiska po jednym dla każdego posterunku. Wykonawca oprócz stawki za 1 rbg, którą wpisał jednakową dla każdego z pięciu stanowisk, uzupełnił iloczyn przyjętej przez siebie stawki i wskazanej przez Zamawiającego liczby godzin dla poszczególnych okresów i łącznie w kwotach netto i brutto.

Izba ustaliła, że 17 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 - 11 i 13 - 14. W części 4 zamówienia za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum Ekspert. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji. W dniu 27 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie od wyżej wymienionej czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekspert, zarzucając naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ekspert do udzielenia stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny wykonania usługi, pomimo, że stawka zaoferowana za Konsorcjum Ekspert 1 rbg pracy, nie

wystarcza nawet na pokrycie kosztów osobowych, a tym samym jednoznacznym jest, że wykonanie zamówienia za wskazaną cenę nie jest możliwe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty i pismem z dnia 10 lutego 2023 r. wezwał Konsorcjum Ekspert do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W Wezwaniu Zamawiający żądał „złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych mających wpływ na wysokość ceny ofertowej złożonej na ww. postępowanie w Części 4. Zaproponowane wartości oferty brutto w Części 4 ww. postępowania, budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”.

Konsorcjum Ekspert, pismem z dnia 15 lutego 2023 r., złożyło wyjaśnienia zawierające kalkulacje w zakresie wyliczenia ceny ofertowej.

W Wyjaśnieniach Konsorcjum Ekspert wskazało między innymi, że przedmiot zamówienia realizować będzie z wykorzystaniem 31 pracowników delegowanych do realizacji zamówienia, wszyscy z minimalnym wynagrodzeniem obowiązującym w okresach realizacji zamówienia odrębnie w 2022 r. za okres od 30 listopada do 31 grudnia 2022r. (zwany okresem listopad grudzień), odrębnie za okres 1 stycznia do 30 czerwca 2023 r (zwany okresem styczeń czerwiec 2023) i odrębnie za okres od 1 lipca do 30 listopada 2023 (zwany okresem lipiec listopad 2023) z uwzględnieniem dodatku za pracę w porze nocnej we wskazanych kwotach, z wymiarem urlopu po 26 dni każdy z pracowników, oraz wiekiem nie mniej niż 55 lat dla kobiet i nie mniej niż 60 lat dla mężczyzn. Przystępujący wskazał, że kalkulacja ceny wykonana została z założeniem, że pracownicy nie podlegają programowi PPK oraz z uwzględnieniem faktu, że cały urlop za 2022 r. został już przez pracowników delegowanych wykorzystany, zaś do kalkulacji założono proporcjonalnie do czasu realizacji kontraktu wykorzystanie urlopu z wymiaru rocznego 26 dni (okres styczeń czerwiec 2023 6 miesięcy; okres lipiec listopad 2023 5 miesięcy) a okresie listopad grudzień całość urlopu została już wykorzystana w 2022r..

Przystępujący przedłożył odrębne kalkulacje dla każdego z ww okresów. Każda z kalkulacji zawiera odrębne składniki w postaci: wynagrodzenia za pracę brutto z wyszczególnieniem dodatku za pracę w porze nocnej, koszty uzyskania przychodu, ulgę podatkową, skalę podatkową, podstawę opodatkowania do ubezpieczeń zdrowotnych, podstawę opodatkowania, zaliczkę podatku, wynagrodzenie netto, składki na ZUS i całkowity koszt pracodawcy.

Wszystkie wyliczenie sporządzone były wg tej samej metody.

Wyliczenie w odniesieniu do okresu listopad grudzień 2022 nie było przedmiotem analiz Odwołującego ani zarzutów odwołania. Za ten okres wskazano całkowity koszt jednej roboczogodziny (3754 zł i 10 gr: 168 godziny) na kwotę 22 zł i 35 groszy netto i wskazano, że łączny koszt wynagrodzeń za ten okres to 118 276, 20 zł.

W zakresie okresu styczeń czerwiec 2023 r Przystępujący wskazał w szczególności, że wynagrodzenie wraz z dodatkiem i zastępstwem urlopowym określone zostało z założeniem minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w tym okresie tj. 3490 zł brutto. Wyliczył, że koszt jednej roboczogodziny to 26,08 zł. Wynagrodzenie urlopowe przeliczył proporcjonalnie do analizowanego czasu, co dało kwotę miesięcznie 452,05 zł; wskazał, że całkowity koszt przewidywany pracodawcy wraz z urlopem pracownika to kwota 4806 zł i 62 zł, co daje stawkę 28 zł i 78 gr za rbg.

W odniesieniu do okresu lipiec grudzień 2023 wynagrodzenie kalkulowane jest przy założeniach jak za okres styczeń – czerwiec 2023 z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia w kwocie 3600 zł brutto. Stawka za roboczogodzinę wyliczona została na kwotę 26 zł 90 gr za rbg a miesięczny koszt urlopu 466,27 zł. Tym samym całkowity koszt pracodawcy wraz z urlopem wypoczynkowym określony został na kwotę 4958 zł i 10 gr, co daje roboczogodziny wraz z urlopem wypoczynkowym i dodatkiem za godziny nocne w kwocie 29 zł i 69 gr.

Powyższe wyliczenia w odniesieniu do okresów 2023 r nie były kwestionowane odwołaniem. Kwestionowana fakt pominięcia w wyliczeniu tzw urlopów okolicznościowych.

Przystępujący wskazał również, że całkowite koszty wynagrodzenia za okres 30 listopada 2022 - 1 stycznia 2022 to 118 276, 20 zł, za okres 1 stycznia 2023 do 30 czerwca 2023 to 875 142, 24 zł za okres 1 lipca 2023 30 listopada 2023 to 760 657, 80 zł. co łącznie daje 1 754 076,24 zł.

Powyższe wyliczenia w odniesieniu do łącznie wszystkich okresów realizacji zamówienia tj. listopad grudzień 2022 i okresów 2023 r w zakresie ich łącznej wartości również, nie były kwestionowane odwołaniem.

Zarzut odwołania odnosił się do nieuwzględnienia w Wyjaśnieniach dla powyższych wyliczeń dodatkowo czynnika, jakim jest urlop przewidziany ustawowo inny niż wypoczynkowy, co w ocenie Odwołującego powinno wpłynąć na wynik kalkulacji oraz już na rozprawie nieuwzględnienie kosztów PPK, czego konsekwencją powinien być wzrost kosztów.

Tutaj Przystępujący wskazywał na koszty obsługi kontraktu, do których zaliczył: umundurowanie służbowe w liczbie 31 kompletów, broń i amunicję w liczbie 14 sztuk, środki przymusu bezpośredniego 7 sztuk, telefon komórkowy jedna sztuka, abonament telefoniczny 5 sztuk, radiotelefon 10 sztuk, hełmy 7 sztuk, kamizelki kuloodporne 7 sztuk, budki wartownicze 2 sztuki, opatrunek osobisty 7 sztuk, maska przeciwgazowa 7 sztuk, latarka 7 sztuk, rejestrator pracy 5 sztuk, ostrzegacz napadowy 7 sztuk, paliwo, szkolenia, inne koszty (operacyjne administracja itp.). W większości przypadków wskazał, że nie będzie ponosił kosztów w związku z tym, że posiada już w pełni zamortyzowane wyposażenie w swoich zasobach. Jedynie dla abonamentu telefonicznego wskazał koszt jednostkowy miesięczny 90 zł co daje na kontrakt 1080 zł; w odniesieniu do paliwa koszt miesięcznie 500 zł co daje na kontrakt 6000 zł, szkolenia 450 zł miesięcznie co daje na kontrakt 5400 zł oraz inne koszty na poziomie 100 zł miesięcznie co daje na kontrakt 1200 złotych. Całkowity obsługi kontraktu Przystępujący określił na sumę 13680 zł dla całego kontraktu. Przystępujący wskazał, że wyposażenie jest w pełni zamortyzowane, gdyż świadczy usługę na wyżej wymienione części zamówienia od ponad 2 lat a umundurowanie pracowników zostało wymienione we wrześniu 2022 r. i nie poniesie z tego tytułu żadnych dodatkowych.

W związku z powyższym Przystępujący określił całkowite koszty realizacji umowy jako sumę kosztów wynagrodzeń pracowników i kosztów obsługi zamówienia na łącznie 1 767 756 zł 24 gr. Wskazał, że cena ofertowa to 1 774 600 zł i 80 gr. Stąd zysk kontraktowy to z realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia wynosi 6844 zł 56 gr.

Odwołujący kwestionował wysokość kosztów jako nieuwzględniających kosztów wskazanych w odwołaniu a w wyliczeniu własnym wykonanym dla 11 miesięcy w 2023 r. założył konieczność poniesienia przez Przystępującego kosztów w wysokości wyliczonej przez tegoż dla całości kontraktu.

W kalkulacji z dnia rozprawy Przystępujący wskazał zestawienie istotnych części składowych kosztów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej dla realizacji kontraktu przez okres 11 miesięcy 2023r. Taka symulacja, co do metody, zgodna jest z przedstawioną w odwołaniu. Przystępujący skorygował jednak wyliczenie Odwołującego zakładające konieczność poniesienia całych kosztów kontraktu wyliczonych dla 12 miesięcy w sytuacji realizacji go przez 11. Stąd zamiast kwoty 13680 zł innych kosztów przyjął wartość 12540 zł. W kalkulacji założył również wynagrodzenie urlopowe skalkulowane z założeniem wykorzystania przez pracowników liczby dni urlopowych odpowiadających 2/3 wymiaru urlopowego przeznaczonego na cały rok kalendarzowy i wykorzystania pozostałego wymiaru w okresie późniejszym. Wskazał, że rozwiązanie takie zgodne jest z prawem pracy.

Wobec zmiany powyższych założeń koszt wynagrodzenia brutto wraz z dodatkiem za pracę w godzinach nocnych oraz zastępstwem urlopowym to: w pierwszym okresie 4 665 zł 42 gr (zamiast 4 806 zł 62 gr z Wyjaśnień) i w drugim okresie 4 802 zł 68 gr (zamiast 4 958 zł 10 gr z Wyjaśnień), co daje stawkę godzinową 27 zł 94 gr dla pierwszego okresu (zamiast 28 zł 78 gr z Wyjaśnień) i 28 zł 76 gr dla drugiego okresu (zamiast 29 zł 69 gr z Wyjaśnień).

Godzinowy koszty obsługi kontraktu nie zmienił się w stosunku do stawki z Wyjaśnień 0,22 zł wobec proporcjonalnego uwzględnienia tych kosztów do czasu trwania kontraktu (11 zamiast 12 miesięcy).

Mając na uwadze powyższe założenia oraz realizację kontraktu w ilości godzin określonej przez Zamawiającego całkowity koszt wynagrodzeń w pierwszym okresie to 27,94 zł razy 30 408 godzin, co daje 849 599 zł 52 gr i 28,76 zł razy 25 620 godzin, co daje 736 831 zł 20 gr w drugim okresie 2023r. Tym samym łączny koszt za 2023 r przy zachowaniu tej samej metody wyliczeń przez Przystępującego co w Wyjaśnieniach wyniesie 1 586 430 zł 70 gr. Według Przystępującego po odjęciu tej kwoty od wynagrodzenia ofertowego pozostanie zysk w sumie 22 479 zł 62 gr.

Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp 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.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działania zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnego elementu i udzielonych w odpowiedzi na Wezwanie Wyjaśnień a odwołanie nie sprostало wymogom ciężaru dowodowego.

Ceny zaoferowane przez wykonawców były do siebie bardzo zbliżone. W sprawie zasadnicze znaczenie ma ustalenie zaś, czy ofertowa cena lub jej istotny element, w szczególności wynagrodzenie personelu, ma cechy ceny rażąco niskiej w rozumieniu

Ustawy. Przy czym ocena prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej dokonywana winna być na czas jej złożenia.

Izba wskazuje, że Wyjaśnienia zakładające realizację umowy w całym okresie 12 miesięcy są zgodne, co do zakresu z Wezwaniem, wskazują na wypracowanie zysku i nie sposób zarzucić im błędu wpływającego na wynik kalkulacji. Izba uznała wyliczenia Przystępującego zawarte w Wyjaśnieniach za prawidłowe i potwierdzające możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie zgodnym z SWZ i wynikającym z odrębnych przepisów prawa, również przy uwzględnieniu kalkulacji kosztów wynagrodzenia personelu. Odwołujący nie wykazał, że było inaczej.

W tym miejscu Izba podkreśla także poprawność założenia Przystępującego w Wyjaśnieniach i kalkulacji z dnia rozprawy, również wobec braku przeciwdowodów, uznania kosztów urlopu za istotny element kosztotwórczy, który uaktualnia się dopiero, gdy pracownik skorzysta z urlopu (niezależnie od charakteru urlopu), z tym zastrzeżeniem, że urlop wypoczynkowy w całości udzielony musi być przez pracodawcę do 30 września następnego roku kalendarzowego. Tutaj Izba wskazuje, że urlopy inne niż wypoczynkowy, gdzie pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia, do których referowało odwołanie -urlopy okolicznościowe, do których odnosi się Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy - nie przekraczają liczby dni urlopu uwzględnionych w Wyjaśnieniach a także kalkulacji z dnia rozprawy. Wyliczenie, które podlega zaś ocenie Izby w kontekście zarzutu to to zawarte w Wyjaśnieniach, w których skalkulowano urlop proporcjonalnie do okresu realizacji przedmiotu zamówienia, co Izba w świetle okoliczności sprawy uznaje za zgodne z Ustawą. Tym samym w tym zakresie nie stwierdza niezgodności z Ustawą wyceny ani dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny Wyjaśnień i w konsekwencji dokonanej oceny i wyrobu oferty.

Przyjęcie przedstawionego mechanizmu kalkulowania kosztów urlopu nie było co do zasady nieprawidłowe. Zgodnie z art. 153 §2 Kodeksu pracy, prawo do kolejnych urlopów pracownik nabywa z góry w każdym następnym roku kalendarzowym. Z dniem 1 stycznia pracownik nabywa prawo do urlopu z góry, w wymiarze wynoszącym odpowiednio 20 lub 26 dni urlopu, który może wykorzystać w danym roku do 31 grudnia, a zaległy urlop najpóźniej do 30 września następnego roku kalendarzowego.

Koszt tzw. zastępstwa urlopowego uaktualnia się dopiero wtedy, gdy pracownik rzeczywiście skorzysta z prawa do urlopu. Jednakże to, czy i kiedy pracownik skorzysta z tego prawa

pozostaje okolicznością niepewną. Nie można zatem wykluczyć, że część urlopu przypadającego w roku 2023 r. pracownicy Przystępującego wykorzystają po zakończeniu kontraktu. W tej sytuacji, jeżeli część urlopu pracownika zostanie wykorzystana poza okresem realizacji kontraktu, to można było proporcjonalnie nie kalkulować ryzyka zastępstwa urlopowego odpowiadającego takiej części. W granicach, jakie podpowiadają zasady wiedzy i doświadczenia życiowego, wykonawca uprawniony był uwzględnić ww. okoliczność przy kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem Izby założenie Przystępującego nie przekracza, w okolicznościach danej sprawy, granic rozsądku przy kalkulowaniu przedmiotowego ryzyka. Elementu kosztotwórczego, jakim jest zastępstwo urlopowe, nie można uznać za czynnik stały. Przeciwnie, jest to czynnik hipotetyczny, zależy od tego czy i w jakim okresie pracownik skorzysta z prawa do urlopu, w zakresie urlopu wypoczynkowego po zatwierdzeniu przez pracodawcę. Dostrzeżenia wymagało, że przy kalkulowaniu kosztów realizacji zamówienia, nie da się przewidzieć wszystkich okoliczności, których zaistnienie wiąże się z tzw. ryzykiem kontraktowym po stronie wykonawcy. Zdaniem Izby przystępujący określając ryzyko na poziomie opisanym w Wyjaśnieniach, działał w granicach dopuszczalnej elastyczności przy kalkulacji takiego ryzyka.

Izba wskazuje, że wyliczenia zawarte w kalkulacji z dnia rozprawy mają w ocenie Izby walor informacyjny w tym znaczeniu, że nawet przy założeniu krótszego okresu realizacji przedmiotu zamówienia wskazują na opłacalność dla Przystępującego, wskazują również na założenia Przystępującego. Kalkulacja z dnia rozprawy potwierdza błędność założeń odwołania w postaci zaliczenia całości pozostałych kosztów skalkulowanych przez Przystępującego dla całego kontraktu dla realizacji go w krótszym okresie. Wyjaśnienia jak i analiza kalkulacji z dnia rozprawy pozwalają na stwierdzenie, że Przystępującym, że koszty pozostałe zwiększać mogą koszt w przeliczeniu na godzinę o 0,22 zł a nie o 0,24 zł na co wskazywało odwołanie a to wobec wynikającego z ich charakteru powiązania kosztów pozostałych z okresem zaangażowania personelu w realizację usługi (koszty paliwa, szkoleń, abonamentów telefonicznych oraz inne (operacyjne, administracyjne itp.)). Izba nie znalazła także podstaw dla przyjęcia by koszty te musiały być wliczane proporcjonalnie do każdej roboczogodziny personelu, lecz że mogą być odrębnie doliczone do kosztów i rozliczone w sposób przyjęty przez Przystępującego.

W zakresie kalkulacji z dnia rozprawy Izba stwierdza, że odpowiada ona założeniu odwołania realizacji kontraktu w okresie jedenastu miesięcy. W ocenie Izby dla ustalenia czy dojdzie do wypracowania zysku przy założeniu z kalkulacji z dnia rozprawy należałoby jednak odjąć od wskazanej w kalkulacji z dnia rozprawy kwoty 22 479 zł 62 gr zysku pozostałe

koszty w kwocie określonej przez Przystępującego proporcjonalnie do czasu trwania kontraktu (czyli zgodnie z jego założeniem) a więc sumę 12 540 zł, co daje zysk z kontraktu realizowanego przez 11 miesięcy w 2023 r. na poziomie 9 939 zł 62 gr.

Na marginesie Izba wskazuje, że nie jest samo w sobie niezgodne z Ustawą (również w świetle art. 224 ust. 1) kalkulowanie ceny w oparciu o założenie innej niż proporcjonalna do czasu trwania kontraktu w danym roku kalendarzowym zasady uwzględnienia wymiaru i kosztów urlopów. Ta kwestia każdorazowo jednak wymaga oceny. Kalkulacja z dnia rozprawy w sposób oczywisty zmienia założenie uczynione przez Przystępującego w Wyjaśnieniach, co do prognozowanej i kalkulowanej długości urlopu, jaki zamierza skalkulować do wyceny. W ocenie Izby jest to biznesowo uzasadnione zmianą danych wyjściowych w postaci zakładanego i kalkulowanego okresu trwania umowy i realizacji przedmiotu zamówienia i nie musi być sprzeczne z ustawą. Nie może jednak wpływać na prawidłowości oceny samych Wyjaśnień w świetle zarzutu, który podlega oddaleniu.

Kwestia możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz odrębnych przepisach została prawidłowo oceniona przy założeniu czasu trwania kontraktu z SWZ. Zmiana czasu, na jaki ma zostać zawarta umowa zmienia uwarunkowania biznesowe obu stron umowy. Obiektywnie uzasadniona może być zmiana kalkulacji ceny w sytuacji skrócenia czasu realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie byli w ramach Postępowania zobowiązani dokonywać kalkulacji z uwzględnieniem możliwości skrócenia czasu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie przewidywały tego postanowienia SWZ a nadto Zamawiający oczekiwał określenia jednej stawki jednostkowej dla danego personelu w całym czasie realizacji przedmiotu umowy i jednocześnie uwzględnienia w cenie ofertowej a tym samym stawce jednostkowej faktu dwukrotnego wzrostu wynagrodzenia minimalnego. Ta okoliczność pozostaje jednak poza spektrum podlegającym ocenie Izby w świetle treści zarzutu i okoliczności sprawy.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie. Izba stwierdza również, że wskazana w formularzu cenowym cena jednostkowa z godzinę / rbg nie stanowi wartości kosztorysowej lecz stawkę służącą rozliczeniu kontraktu przez zamawiającego z wykonawcą.

Wynagrodzenie pracownika jest elementem kosztotwórczym a nie elementem zamówionej usługi. Odwołujący nie wykazał by cena ofertowa nie zawierała kosztów wymienionych w odwołaniu. Wyjaśnienia referują i wskazują na uwzględnienie poprzez

wyraźne ich opisanie w Wyjaśnieniach lub też - zgodnie z uznanymi za wiarygodne wyjaśnieniami Przystępującego – w pozycji inne koszty. Przystępujący wykazał również, że cena ofertowa uwzględnia niewielki zysk. Wykonawca ma prawo kształtować proporcje zysku w różnych okresach realizacji zamówienia, co zresztą immanentnie wiązało się z narzuconą przez Zamawiającego możliwością ustalenia i rozliczania się przez cały okres realizacji zamówienia w oparciu o taką samą stawkę/ stawki. Tym samym wzrost np. wynagrodzenia minimalnego generował i wymuszał założenie większego zysku w początkowej fazie realizacji zamówienia z założeniem ewentualnej rekompensacji kosztów realizacji z późniejszego okresu.

Zamawiający nie przewidział ceny kosztorysowej lecz ryczałtową za wykonanie usługi w określonym umową czasie i z rozliczeniem w oparciu o wskazaną w formularzu cenowym stałą stawkę za godzinę realizacji usługi. Stawka nie stanowi części kosztotwórczej ceny usługi lecz sposób rozliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Wykonawca ma prawo tak kształtować wysokość wynagrodzenia na różnych etapach realizacji umowy, by zysk kształtował się na różnym poziomie - oczywiście z poszanowaniem między innymi normy art. 224 ust. 1 Ustawy, której naruszenia nie wykazano a w Postępowaniu. Zamawiający nie wprowadził ograniczeń w tym zakresie.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący