Sygn. akt: KIO 773/23

WYROK

z dnia 3 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 3-go Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM Service Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 3-go Maja 64/66N, 93-408 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej, ul. Stanisława Duboisa 68, 07-300 Ostrów

Mazowiecka

przy udziale

Wykonawcy TETTSUI Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Goworowska 2B/4, 07-410 Ostrołęka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z 14.03.2023 r. - wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje przeprowadzenie ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Odwołującego,

   2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony w tym kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 773/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SPZZOZ w Ostrowi Mazowieckiej, w trybie podstawowym bez negocjacji na wykonywanie usług w zakresie ochrony osób, mienia, obiektów oraz obsługa systemu sygnalizacji pożarowej, dźwiękowego systemu ostrzegawczego w obiektach Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej (sygn. postępowania: SPZZOZ.XII.381.33/2022),

ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.12.2022 r., 2022/BZP

00476455/01, wobec czynności z 14.03.2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty własnej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Odwołujący) wnieśli w dniu 20.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 773/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1. art. 16 pkt 1 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp przez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia złożone na podstawie art. 224 Ustawy Pzp uzasadniają zaoferowaną cenę;

2. art. 16 pkt 1 oraz art. 239 Ustawy przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na okoliczności w jakich doszło do wezwania go o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyrokiem KIO sygn. akt KIO 66/23 Zamawiający został zobowiązany do skierowania wezwania, co wykonał pismem z dnia 13.02.2023 r., wymagając szczegółowego rozbicia kosztów wskazanych w wezwaniu, jak również wskazania, czy w cenie oferty uwzględniono wynagrodzenie obowiązujące wyłącznie w pierwszym półroczu 2023 r, tj. 3490 zł, czy też w drugim półroczu, tj. 3600 zł.

W piśmie z dnia 16.02.2023 r. Odwołujący odniósł się do wezwania i przedstawił dowody potwierdzające przyjęty sposób kalkulacji ceny. Pomimo, iż swz nie wskazywał precyzyjnie aby w cenie uwzględniona została wysokość minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 1 lipca 2023 r. Wykonawca załączył dwie kalkulacje wykazujące rentowność zarówno przy uwzględnieniu wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w pierwszym jak i w drugim półroczu. W odniesieniu do roku 2024 r. Odwołujący uznał, iż nie miał

obowiązku kalkulować zwiększonych kosztów, gdyż umowa przewidywała w tym zakresie waloryzację.

Wyjaśnienia jakie składał w trakcie posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą nie były wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, gdyż te złożył dopiero na wezwanie Zamawiającego i były to pierwsze i jedyne wyjaśnienia. Przedstawiona na poprzednim posiedzeniu Izby kalkulacja miała jedynie charakter poglądowy i miała na celu wykazać, iż kalkulacja wnoszącego odwołanie nie przesądzała o konieczności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W wyjaśnieniach ceny Odwołujący powołał się na uzyskiwaną pomoc publiczną w postaci dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. Ustawodawca nie wskazał, czy wiążąca jest wysokość tej pomocy obowiązująca w dniu składania oferty, czy też w dniu udzielania wyjaśnień. Z dniem 1 stycznia 2023 r. zwiększona została wysokość dofinansowania do 1 etatu pracowników niepełnosprawnych. Z tytułu tego zwiększenia w wyjaśnieniach wykazany został przychód w wysokości 1275 zł. Miesięcznie, tj. 30 600 zł w skali całego kontraktu (przy 8,5 etatu). Jednak nawet przy uwzględnieniu wysokości dofinansowania obowiązującej w dniu złożenia oferty, osiągnięty zostałby zyska na poziomie 4.861,96 zł lub 19.001,20 zł. Do wyjaśnień Odwołujący załączył 9 dokumentów INF-D-P dla pracowników niepełnosprawnych, których zamierza oddelegować do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie powinien kierować się twierdzeniami i wyliczeniami firmy konkurencyjnej, a jeżeli miał wątpliwości z interpretacją dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, powinien był wystąpić z wnioskiem o ich doprecyzowanie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 30.03.2023 r.). Zamawiający zasadniczo powtórzył uzasadnienie dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Tettsui Security Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Ostrołęce (Przystępujący).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 16.02.2023 r. w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie, na której Odwołujący przedłożył dodatkowe dowody mające potwierdzać jego status, jak podmiotu zatrudniającego osoby niepełnosprawne i korzystającego z tego tytułu z dofinansowania kosztów zatrudnienia. Dowody te nie miały istotnego znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego, podjętej w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami. Izba wydając wyrok uwzględniła wyjaśnienia oraz wnioski Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzuty w odwołaniu związane są z czynnością oceny wyjaśnień, jakie Odwołujący złożył w odniesieniu do kalkulacji ceny w związku z wezwaniem w trybie art. 224 ust 1 Ustawy skierowanym przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24.01.2023 r., sygn. akt KIO 66/23. W wyroku Izba nakazała wezwać obecnego Odwołującego (występującego w sprawie jako Przystępujący) do złożenia wyjaśnień wskazując na wątpliwości, które uzasadniają podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z uzasadnienia wyroku wynika, iż:

Izba uznała, że w odniesieniu do oferty przystępującego zaistniała podstawa do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy 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. Na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów odwołujący m.in. przedstawił kalkulację kosztów

pracowniczych. Z obliczeń dokonanych przez odwołującego wynika, że minimalne koszty pracy wynoszą: 683 580,96 zł netto. Cena netto oferty przystępującego wynosi 679 176,00 zł netto. Oczywiście przedstawiona przez odwołującego kalkulacja dotyczy przyjętego przez tego wykonawcę sposobu kalkulacji ceny i realizacji zamówienia, jak i może być obarczona błędami skutkującymi podwyższeniem kosztów. Jednakże Izba wzięła pod uwagę również następujące okoliczności: Oprócz kosztów pracowniczych występują również inne kategorie kosztów, wymienione przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania, czemu przystępujący nie zaprzeczył. W toku rozprawy przystępujący przedstawił własną kalkulację kosztów. Kalkulacja ta nie zawiera szczegółowego rozbicia kosztów i uniemożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości dokonanej wyceny. Istotne znaczenie ma to, że

przystępujący przyznał, że w ramach kalkulacji ceny nie uwzględnił kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od 1 lipca 2023 r. Przystępujący powołał się na zawarte w projekcie umowy postanowienie przewidujące możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia przez cały czas trwania umowy. Należy jednak zauważyć, że stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę, która będzie obowiązywać od 1 lipca 2023 r., była znana wykonawcom w dniu składania ofert - rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952) zostało opublikowane w dniu 15 września 2022 r., natomiast termin składania ofert upływał w dniu 13 grudnia 2022 r. Powyższa okoliczność wywołuje istotne wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny przez przystępującego. W interesie publicznym, jak i interesie zamawiającego, leży szczegółowe zbadanie kalkulacji ceny dokonanej przez przystępującego. Dodatkowo odnosząc się do stanowiska zamawiającego należy wskazać, że ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia czy miesięczna stawka realizacji usługi wynikająca z obecnej umowy zamawiającego z odwołującym, nie mają przesądzającego znaczenia. Nie można wykluczyć, że te kwoty/stawki są zaniżone. Podstawowe znaczenie ma kalkulacja wykonawcy, a w tym zakresie – zdaniem składu orzekającego Izby – należało powziąć uzasadnione wątpliwości.

Izba ustaliła i zważyła.

Świadczenie objęte przedmiotem zamówienia uwzględniać miało koszty realizacji usługi w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Termin składania ofert upłynął 13.12.2022 r. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty z cenami brutto: 719.975,97 zł. (Konsorcjum firm: Agencja Ochrony Warta Sp. z o.o. i Warta Ochrona Sp. z o.o.), 835.386,48 zł. (Odwołujący), 897.181,68 zł. (Przystępujący).

Pismem z dnia 13.02.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy w tym przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności:

- szczegółowego rozbicia kosztów;
- kosztów osobowych;
- kosztów zainstalowania systemu kontroli obchodów obiektów (minimum 5 punktów kontrolnych);
- kosztów zainstalowania systemu antynapadowego wyposażonego w mobilne

przyciski napadowe rozmieszczone na oddziałach szpitalnych w ilości 10 sztuk;

- kosztów umundurowania pracowników;
- wskazania ewentualnej dotacji, dodatku lub tym podobne w zakresie dotyczącym

pracowników z lekkim lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności;

- wskazania wszelkich kosztów ochrony fizycznej wspieranej przez grupy

interwencyjne, przygotowanie do podjęcia bezpośredniej interwencji na każde wezwanie przez pracownika Wykonawcy z uwzględnieniem, że maksymalny czas na podjęcie interwencji nie powinien przekroczyć 8 minut;

- wskazanie, czy w kalkulacji oferty Wykonawcy w zakresie kosztów pracowniczych (osobowych) została uwzględniona stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokość minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę: a) od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r, b) od 1 lipca 2023 r. i przez okres kolejnych miesięcy (przewidywany okres obowiązywania umowy);
- wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 16.02.2023 r. Do pisma załączone zostały dowody dotyczące założeń kalkulacyjnych, w tym wynikających z zatrudnienia osób posiadających orzeczony umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz umiarkowany stopień niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym. Na tą okoliczność przedłożył dokumenty potwierdzające wysokość dofinansowania – dokument INF-D-P (identyfikujący konkretne osoby i stopień niepełnosprawności). W przypadku osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności Wykonawca uwzględnił

wysokość dofinansowania w kwocie od 1340,00 zł do 2350,00 zł. miesięcznie (wysokość dofinansowania zwiększona od stycznia 2023 r.). W odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia Odwołujący wskazał na

wprowadzoną w umowie klauzulę waloryzacyjną, która pozwalała przyjąć wysokość obowiązującą do 30 czerwca 2023 r., jednak Wykonawca przedstawił również wyliczenie dla kosztów, jakie będą wiązały się ze zmianą wynagrodzenia od 1 lipca 2023 r. oraz średnim wymiarze składek ZUS 17,50%. Wyliczenia uwzględniają 6 etatów (z dofinansowaniem do 1 etatu miesięcznie 1350 zł) oraz 2,5 etatu (z dofinansowaniem 2250 zł do 1 etatu). Łączna kwota miesięczna dofinansowania przyjęta w kalkulacji wynosi 13 725 zł (329 400,00 zł dla 24 miesięcy). Tym samym przychód z realizacji umowy zwiększony został o kwotę dofinansowania i wynosi 1 008 576,00 zł. netto, przy wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującej do 30.06.2023 r. wynosi 49.601,20 zł. Po zmianie wysokości wynagrodzenia zysk generowany miałby być na poziomie 35.461,96 zł.

Wykonawca Tettsui Security Sp. z o.o. sp.k. w piśmie z 21.02.2023 r. odniósł się do wyjaśnień wskazując na błędy w kalkulacji Wykonawcy. Miały one wynikać z zawyżenia wysokości dofinansowania wyliczonej według stawek, które nie obowiązywały w dniu złożenia oferty, ale od 1 stycznia 2023 r. Ponieważ dla wykazania rentowności Wykonawca przyjął 2,5 etatu dla osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w tym osób ze schorzeniem szczególnym (z wyższym dofinansowaniem), powinien on przedstawić dowody dysponowania taką grupą osób. W piśmie wskazano również na wadliwy sposób wyliczenia kosztów pracy w związku z obowiązkowymi składkami. Błędy te miałyby wskazywać na stratę w wysokości 12 439,28 zł.

Zamawiający w dniu 14.03.2023 r. poinformował o wyborze oferty Tettsui Security Sp. z o.o. sp.k. (cena oferty 897.181,58 zł) i odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał na odmienne, niż prezentowane na rozprawie przed KIO założenia, co miało wprost realizować znamiona niewiarygodności (sprzeczności) kalkulacji. Ponadto Zamawiający uznał, iż w wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził fakt braku uwzględnienia minimalnej wysokości wynagrodzenia obowiązującej od 1 lipca 2023 r. i tak jak wskazał Tettsui w piśmie uznał, iż Wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia wyższej stawki dofinansowania, która nie obowiązywała w dniu złożenia oferty oraz przyjął pozostałe wnioski z pisma tego wykonawcy.

Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Mając na uwadze treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy wraz z dowodami Izba uznała, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy nie miała podstaw. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, jak i w odpowiedzi na odwołanie powiązał ocenę wyjaśnień dotyczących ceny z wyjaśnieniami, jakie Wykonawca ten składał na posiedzeniu w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 66/23 i wskazywanego wówczas zysku – 956,62 zł, znacząco niższego od tego jaki wynika z kalkulacji prezentowanej w wyjaśnieniach dotyczących ceny. Według Zamawiającego Już sama ta okoliczność wskazuje, że udzielone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Wykonawca podaje bowiem inne wartości na posiedzeniu przed KIO, a następnie około miesiąca później wskazuje zupełnie inne dane w wyjaśnieniach do Zamawiającego, czym wprost realizuje znamiona niewiarygodności (sprzeczności) swoich kalkulacji, co ma także znaczenie dla dokonania oceny przez Zamawiającego braku wiarygodności (niewiarygodności) Odwołującego się. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie - Wykonawca utracił jego zaufanie, a Zamawiający uznał, iż Wykonawca może manipulować sposobem kalkulacji ceny w zależności od potrzeb. Miało to

uzasadniać podejrzenie, że na etapie realizacji umowy Wykonawca również może podejmować próby manipulacji, a zatem może być zagrożone należyte wykonanie umowy.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż wyrok KIO w sprawie 66/23, którym Izba nakazała wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, nie przesądza o okolicznościach istotnych dla stwierdzenia, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazywać miały na rażąco niską cenę. W szczególności samo wskazanie w uzasadnieniu wyroku na wątpliwości, jakie wywołuje stwierdzenie, iż w cenie miała zostać uwzględniona wysokość minimalnego wynagrodzenia obowiązująca w pierwszym półroczu 2023 r., nie może być odniesiona do treści wyjaśnień, jakie zostały złożone na wezwanie w ramach powtórzonej czynności oceny oferty Odwołującego. Zawarte w końcowym fragmencie uzasadnienia rozważania mają wyłącznie odniesienie do okoliczności badanej w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny, a nie stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. To dopiero złożone wyjaśnienia w trybie art. 224 Ustawy mogą prowadzić do uznania przez zamawiającego, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, a do tego koniecznym jest zaistnienie jednej z okoliczności wskazanych w ustępie 6, w którym ustawodawca przesądził, iż podstawą do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt jest wystąpienie sytuacji, w której wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Powyższe oznacza, iż podejmując decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w uzasadnieniu zamawiający musi odnieść się do wyjaśnień złożonych na wezwanie, z którymi Ustaw wiąże skutek prawny (jeżeli te zostały w terminie złożone). Dopiero na tej podstawie wykonawca może sformułować zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty, co również podlega weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc się zatem do uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w piśmie z 16.02.2023 r. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał na obowiązek uwzględnienia wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującej nie tylko w pierwszym półroczu, ale również od 1.07.2023 r. i przez okres kolejnych miesięcy (przewidywany okres obowiązywania umowy zawartej na 24 miesiące). Na rozprawie Zamawiający zapytany o zastrzeżoną w umowie klauzulę waloryzacyjną wyjaśnił, iż jest ona wprowadzona we wszystkich wzorach umowy w celu umożliwienia zmiany wysokości wynagrodzenia w całym okresie obowiązywania umowy. W sytuacji, gdy dojdzie do zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. i 2024 r. Wykonawca będzie mógł wystąpić o zmianę wysokości wynagrodzenia, a

Zamawiający taki wniosek będzie wówczas oceniał, uwzględniając jego uzasadnienie. Tym samym Zamawiający nie wykluczył możliwości zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą ustawową, jaka miałaby wejść w życie w trakcie świadczenia umowy. Również Przystępujący

wskazał na możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w 2024 r., jeżeli doszłoby do zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę. Waloryzacja wynagrodzenia zastrzeżona w warunkach kontraktowych jest okolicznością, którą Wykonawca miał na uwadze kalkulując koszty świadczenia usługi, do czego odnosił się w swoich wyjaśnieniach. Na tej podstawie cena oferty nie musiała uwzględniać kosztów świadczenia, które ulegną zmianie w trakcie realizacji umowy, a na podstawie umowy będą uzasadniały wniosek o zmianę wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym koszty związane ze zmianą wynagrodzenia minimalnego nie przesądzają o cenie rażąco niskiej.

Ponieważ kalkulacje szczegółowe wskazują, iż cena pozwala pokryć koszty nie tylko przy stawce wynagrodzenia minimalnego obowiązującego w pierwszym półroczu ale również po jego zmianie od 1.07.2023 r., ocena wyjaśnień nie może prowadzić do stwierdzenia, iż cena nie uwzględnia kosztów minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w całym okresie świadczenia usługi. Tym samym w oparciu o tą podstawę Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego. Ponadto, można wskazać na niekonsekwencję stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, w którym odnosili się do braku możliwości uwzględnienia zwiększonej kwoty dofinansowania obowiązującej od stycznia 2023 r., jednocześnie czyniąc zarzut wobec Wykonawcy, który uznał, iż w momencie składania oferty nie ma obowiązku uwzględnienia stawki wynagrodzenia minimalnego obowiązującej od 1 lipca 2023 r., chociaż znanej na moment składania oferty. Zasadniczo, to same wyjaśnienia i przedstawione wyliczenia wskazują, że cena uwzględnia koszty wynagrodzenia minimalnego zarówno w pierwszym półroczu 2023 r., jak i w kolejnych miesiącach, co jak wskazano powyżej nie uzasadniało stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający zasadniczo w tym elemencie upatrywał podstawy do odrzucenia oferty, a pozostałe wątpliwości stanowiły dalsze uzasadnienie i zostały przyjęte ze stanowiska Przystępującego prezentowanego w piśmie z 21.02.2023 r. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przyjął on zastrzeżenia zgłoszone co do kalkulacji Odwołującego, w której uwzględniono wyższą kwotę dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w tym osób ze schorzeniami szczególnymi, na co nie zostały przedstawione dowody. Zamawiający przyjął, za Przystępującym, iż cena oferty generować będzie stratę w kwocie 12.439,28 zł. – pozostawiając Przystępującemu na rozprawie inicjatywę wykazania błędów, jakimi obarczone miały być kalkulacje Odwołującego.

Z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez Przystępującego wynika, iż wyliczenia jakie przedstawił Zamawiającemu w piśmie z 21.02.2023 r. uwzględniają ilość etatów - 8,5 etatu, która nie uległa zmianie w stosunku do wyjaśnień składanych we wcześniejszej sprawie odwoławczej, jednak w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca przyjął inny udział zatrudnienia osób z danym stopniem niepełnosprawności - zmniejszona została ilość etatów

z niższym dofinansowaniem (stopień umiarkowany), a zwiększona została ilość etatów dla osób z wyższym stopniem (umiarkowany szczególny). W ocenie Przystępującego, taka zmiana nie była możliwa, gdyż wpływała na wyższe dofinansowanie (tj. 329.400,00 zł) – w wyliczeniach Przystępujący przyjął dofinansowanie na poziomie – 298.800,00 zł., uwzględniającym wysokość dofinansowania obowiązującą na moment składania oferty (13.12.2022 r.) i stopień niepełnosprawności wskazany przez Odwołującego w wyliczeniach złożonych na rozprawie odwoławczej KIO 66/23 – 12.000 zł miesięcznie. Ponadto, do wyliczenia kosztów zatrudnienia Przystępujący przyjął jedną stawkę wynagrodzenia pracowniczego uwzględniającą koszty pracodawcy – 4532,82 zł (w kalkulatorze uwzględniono składkę na FP 2,45 % została naliczona podobnie jak składka na FGŚP 0,1%). Odwołujący przyjął w swoich wyjaśnieniach składkę ZUS na poziomie 17,5%, co jest niższą składką wynikającą ze zwolnień grupy pracowników powyżej wieku 55/60 lat (kobiety/mężczyźni) i składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, co jest zgodne z przepisami prawa.

Ponieważ to błędy wytknięte przez Przystępującego ostatecznie przekonały Zamawiającego do tego, żeby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt Ustawy, Izba przyjęła, jako punkt odniesienia wyjaśnienia Przystępującego identyfikujące założenia, jakie stanowiły podstawę do wyliczenia poziomu straty wskazanej Zamawiającemu.

Można mieć wątpliwość, w jaki sposób ocenić wyjaśnienie kosztów przedstawiane w dacie późniejszej w zmienionych okolicznościach zewnętrznych, jakie dla tego postępowania determinują przepisy o dofinansowaniu zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Nawet przyjmując niższy poziom dofinansowania do etatu, nie jest to okoliczność prowadząca do stwierdzenia, iż oferta nie zawiera kosztów zatrudnienia tych osób. Nie budzi wątpliwości, iż nawet przy niższej kwocie dofinansowania dla ustalenia jego poziomu znaczenie ma stopień schorzenia i niepełnosprawności osoby, dla której to dofinansowanie jest wyliczane. Zamawiający pominął w tym zakresie dowody załączone do wyjaśnień, z których wynikało ile osób z danym stopniem niepełnosprawności zostało uwzględnionych w wyjaśnieniach ceny. Zamawiający nie przyjął tych dowodów uznając (co wynika z wypowiedzi na rozprawie), iż Odwołujący nie wykazał, iż osoby te faktycznie zostaną skierowane do realizacji umowy, co jednak wykraczało poza opisane w swz wymagania opisujące potencjał kadrowy wymagany na etapie realizacji umowy. W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie mógł pominąć tych dowodów, które przedstawiają rzeczywisty poziom dofinansowania zatrudnienia osób ze stopniem niepełnosprawności, co identyfikuje szczególne warunki działalności prowadzonej przez Odwołującego, istotnie wpływającej na koszty zatrudnienia. Ponadto, przyjęte przez Przystępującego w kalkulatorze kosztów składowe nie uwzględniały uwarunkowań związanych z wysokością składek jakie faktycznie ponosi Odwołujący, a tym samym

prezentowały wyliczenia, jakie mogą identyfikować koszty zatrudnienia, ale nie u Odwołującego. Zamawiający nie mógł zatem przyjąć tych wyliczeń jako wiarygodnych i podważających wyliczenia Odwołującego poparte dowodami. Zamawiający nie wykazał przy tym, iż poziom zysku wykazany w wyjaśnieniach nie pozwoli realnie pokryć różnicy w kalkulacji ceny wobec odmiennych uwarunkowań, w jakich przyjdzie Wykonawcy realizować umowę, a te zasadniczo związane są z wysokością dofinansowania, które realnie wpływać będzie na poziom zysku, jaki faktycznie uzyska

Wykonawca. Zmiana wysokości zysku nie prowadzi przy tym do stwierdzenia, iż cena jest rażąco niska. Należy zauważyć, iż przy dofinansowaniu przychód Odwołującego przewyższa cenę oferty Przystępującego, co również powinno być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego, przy założeniu że to właśnie kalkulacja Przystępującego była dla Zamawiającego obiektywnie wiarygodną.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, iż wady kalkulacji wytknięte w piśmie z 21.02.2023 r. zostały na rozprawie w sposób przekonujący podważone przez Odwołującego, za co konsekwencje obarczają Zamawiającego, który w sposób nieprawidłowy, sugerując się wnioskami Tettsui ocenił wyjaśnienia Wykonawcy pomijając dowody, jakie ten załączył w celu wykazania realności dofinansowania. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego uzasadniona wyliczeniami, które nie odnoszą się do uwarunkowań prawnych i faktycznych, w jakich prowadzona jest działalność Odwołującego podlega unieważnieniu, co Izba nakazała w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 1 pkt 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Odwołującego w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: ……..