

Sygn. akt: KIO 2242/24

WYROK
z dnia 18 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lipca 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 czerwca 2024 roku** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**

(1) MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie - Lider Konsorcjum oraz (2) MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi - Uczestnik konsorcjum (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Sąd Rejonowy w Łasku z siedzibą w Łasku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, (2) Zakład Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu – Uczestnik Konsorcjum (Przystępujący)**, zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

Oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie - Lider Konsorcjum oraz (2) MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi - Uczestnik konsorcjum** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę

3 617 zł 00 (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnastu złotych zero groszy) poniesioną przez **Przystępującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2. zasądza od **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie - Lider Konsorcjum oraz (2) MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi - Uczestnik konsorcjum** na rzecz **Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, (2) Zakład Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu – Uczestnik Konsorcjum** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnastu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

Sygn. akt KIO 2242/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Sąd Rejonowy w Łasku z siedzibą w Łasku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługę pn.: *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w trzech obiektach Sądu Rejonowego w Łasku* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 18.04.2024 r. pod nr 00292304/01

Dnia 25 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z

dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) (zwaną dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie – Lider Konsorcjum oraz (2) MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi – Uczestnik konsorcjum, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do której był obowiązany, tj.:

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, (2) Zakład Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu – Uczestnik Konsorcjum (dalej „Konsorcjum Ekotrade” lub „Ekotrade” lub „Przystępujący”), którego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekotrade zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp
- 2)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Ekotrade jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 2)odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Ekotrade, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3)dokonania czynności ponownego wyboru ofert spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia. Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to oferta Odwołującego posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Ekotrade, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej postępowaniem.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana dnia 20.06.2024 r., stąd odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania i uściślił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług w zakresie ochrony obiektów Zamawiającego. Usługa obejmuje swoim zakresem łącznie 52 560 roboczogodzin. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego usługa nie może być realizowana przez osoby z orzeczoną niepełnosprawnością bez względu na jej stopień.

Wykonawca, chcąc realizować usługę zgodnie z wymogami Zamawiającego, nie mógł zakładać pozyskiwania dofinansowań do wynagrodzeń pracowników z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych bowiem Zamawiający zakazał zatrudniania osób niepełnosprawnych. Jednocześnie mając na uwadze wymagania postawione w SWZ,

tj. obowiązek zatrudnienia pracowników wyłącznie na podstawie umowy o pracę na Wykonawcy spoczywa obowiązek poniesienia odpowiednich kosztów zatrudnienia, takich jak: wynagrodzenie podstawowe, dodatek za pracę w porze nocnej, składki ZUS pracodawcy, wynagrodzenie za urlop. Są to minimalne wymagania jakie musi spełnić każdy z pracodawców zatrudniający pracowników na podstawie umowy o pracę.

Ponadto w treści umowy Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, co ma istotne znaczenie dla sprawy, ponieważ realizacja usługi odbywać się będzie także w 2025 roku, gdzie obowiązywać będzie minimalne wynagrodzenie w wysokości nie niższej niż 4626,00 zł brutto (zgodnie z propozycją Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 2024 r., która była już znana wykonawcy Ekotrade, ponieważ udzielał on wyjaśnień w dniu 18 czerwca).

Zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Rada Ministrów w terminie do dnia 15 czerwca każdego roku przedstawia Radzie Dialogu Społecznego propozycję wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku następnym oraz propozycję wysokości minimalnej stawki godzinowej w roku następnym określoną zgodnie z ust. 3a i 3b, wraz z terminem zmiany tych wysokości zgodnie z art. 3.

Ponadto zgodnie z art. 2 ust. 5 cytowanej ustawy wysokość minimalnego wynagrodzenia, a także wysokość

minimalnej stawki godzinowej ustalone przez Radę Ministrów nie mogą być niższe od wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zatem wynagrodzenie minimalne obowiązujące w roku 2025 nie będzie niższe niż 4626 zł brutto. Okoliczność ta została zupełnie pominięta przez Konsorcjum Ekotrade, który w załączeniu do udzielonych wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględnił, iż w roku 2025 będzie musiał ponosić zwiększone koszty minimalnego wynagrodzenia za pracę. Konsorcjum przyjęło w kalkulacji kosztów minimalne wynagrodzenie w wysokości 4300,00 zł brutto zupełnie pomijając okoliczność, o której wiedział w dniu udzielania wyjaśnień Zamawiającemu. Konsorcjum Ekotrade nie może się „zasłaniać” faktem, iż ostateczne przepisy odnośnie wysokości minimalnego wynagrodzenia nie zostały jeszcze przyjęte i zaakceptowane przez Radę Ministrów, ponieważ jak wynika z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę ostatecznie przyjęta wysokość minimalnego wynagrodzenia nie może być niższa, niż zaproponowana w terminie do 15 czerwca. Tym samym ostatecznie minimalne wynagrodzenie w roku 2025 nie może być niższe niż 4626 zł brutto. Ekotrade jako profesjonalista winien na bieżąco śledzić informacje odnośnie przewidywanej wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2025 roku.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum Ekotrade udzielając wyjaśnień wskazało, iż do realizacji przedmiotu zamówienia skieruje pracowników, którzy część urlopu wypoczynkowego w roku bieżącym już wykorzystali lub część urlopu wypoczynkowego przysługującego w przyszłym roku wykorzystają już po upływie okresu realizacji przedmiotowego zamówienia. Ekotrade jednakże nie wskazał jaką liczbę dni urlopowych pracownicy już wykorzystali bądź zamierzają wykorzystać po zakończeniu realizacji przedmiotowego zamówienia oraz nie przedstawiło na tę okoliczność żadnych dowodów. Na podstawie danych odnośnie kosztów Odwołujący samodzielnie wyliczył, iż Konsorcjum Ekotrade przewidziało w kosztach realizacji przedmiotowego zamówienia zastępstwo urlopowe w wymiarze zaledwie 8,015625 dni spośród 26 dni przysługujących każdemu z pracowników.

Wynika z to z wyliczenia na podstawie kalkulacji załączonej do wyjaśnień przez Konsorcjum Ekotrade:

Koszt dla 1 etatu: 4300,00 zł

Dodatek za pracę w porze nocnej: 288,00 zł

Ubezpieczenie emerytalne 447,79 zł

Ubezpieczenie rentowe 298,22 zł

Ubezpieczenie wypadkowe 42,67 zł

Razem: 5376,68 zł

Koszt 1 rbh zastępstwa urlopowego: 5376,68 zł / 168 rbh = 32,00 zł

Koszt zastępstwa urlopowego w skali 1 miesiąca przewidziany przez Wykonawcę Ekotrade zgodnie z wyjaśnieniami rznc – 171,00 zł

Koszt zastępstwa urlopowego w skali 12 miesięcy x 171,00 zł = 2052,00 zł

Ilość rbh urlopu przewidziana przez wykonawcę Ekotrade w ramach udzielonych wyjaśnień w skali 12 miesięcy realizacji kontraktu: 2052 zł / 32 zł = 64,125 rbh

Ilość dni urlopu przewidziana przez wykonawcę Ekotrade w ramach udzielonych wyjaśnień w skali 12 miesięcy realizacji kontraktu: 64,125 rbh / 8 rbh = 8,015625 dni

Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami (Konsorcjum Ekotrade nie uwzględniło w kalkulacji składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) Konsorcjum Ekotrade założyło realizację usługi przy pomocy pracowników w wieku powyżej 55 lat (kobiety) oraz powyżej 60 lat (mężczyźni). Tym samym należy założyć, iż wymiar podstawowy urlopu przysługującemu takiemu pracownikowi wynosi 26 dni - zgodnie z art. 154 Kodeksu pracy. Trudno bowiem przyznać słuszność ewentualnemu założeniu, iż osoby w wieku przedemerytalnym nie posiadają stażu pracy uprawniającego do urlopu w wymiarze 26 dni.

Podobnie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu oznaczonym sygnaturą KIO 2833/21. Izba stwierdziła, iż: „*Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe kalkulacje ceny oferty przygotowane z użyciem kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony udostępnionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, które zakładały najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe: ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej, dodatku za pracę w porze nocnej, kosztów z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, kosztów zastępstwa pracowników przebywających na urlopie. Kalkulacja nie zawierała kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), kosztów administracyjnych, kosztów nadzoru, a ponadto założono, iż wszyscy pracownicy*

mają odpowiednio powyżej 60 lat (mężczyźni) lub powyżej 55 lat (kobiety), nie uwzględniono także kosztów PPK oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym na poziomie 1 zł.

Z kalkulacji tych wynikało, że cena oferty Przystępującego jest niższa niż ustalona na podstawie wspomnianego narzędzia cena za realizację usług w roku 2021 i 2022. Wyczerpania dokonane przez Odwołującego nie były kwestionowane przez Zamawiającego

i Przystępującego, podobnie jak nie było podważane użycie do obliczeń narzędzia w postaci kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych jako narzędzia wiarygodnego. Przystępujący jedynie wskazał na przyjęcie przez Odwołującego nieprawidłowego założenia w zakresie wymiaru świadczeń urlopowych, wyjaśniając, że zamierza zatrudnić pracowników, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego i który nie będą musieli w okresie realizacji umowy przechodzić badań okresowych. Jednocześnie Przystępujący sam załączył przykładowe kalkulacje opracowane w oparciu o kalkulator ZUS, w którym przyjął niższe koszty związane z zastępstwem pracowników w zakresie świadczeń urlopowych, jak i przyjął zerowe koszty badań okresowych i innych kosztów obsługi zamówienia. Izba przyznała rację Odwołującemu, iż tak przyjęte założenia budzą uzasadnione wątpliwości, Przystępujący uwzględnił bowiem w swoich wyczerpaniach zawartych w piśmie procesowym dwa czynniki mogące się wzajemnie wykluczać. Z jednej strony Przystępujący założył, iż wszyscy skierowani do realizacji zamówienia (zatrudnieni na umowę o pracę) pracownicy będą pracownikami w wieku powyżej 55 lat – kobiety i 60 lat – mężczyźni, dla których nie będzie obowiązku odprowadzenia ubezpieczenia na Fundusz Pracy i FGŚP. Z drugiej strony Przystępujący przyjął, że wszystkim ww. pracownikom przysługuje krótszy, dwudziestodniowy urlop wypoczynkowy.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm., dalej jako „k.p.”) wymiar urlopu wynosi:

- 1) 20 dni - jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej niż 10 lat;
- 2) 26 dni - jeżeli pracownik jest zatrudniony co najmniej 10 lat.

Zgodnie z art. 154 § 1 k.p. do okresu zatrudnienia, od którego zależy prawo do urlopu i wymiar urlopu, wlicza się okresy poprzedniego zatrudnienia, bez względu na przerwy w zatrudnieniu oraz sposób ustania stosunku pracy. Ponadto zgodnie z art. 155 § 1 k.p. do okresu pracy, od którego zależy wymiar urlopu, wlicza się z tytułu ukończenia: 1) zasadniczej lub innej równorzędnej szkoły zawodowej - przewidziany programem nauczania czas trwania nauki, nie więcej jednak niż 3 lata, 2) średniej szkoły zawodowej - przewidziany programem nauczania czas trwania nauki, nie więcej jednak niż 5 lat, 3) średniej szkoły zawodowej dla absolwentów zasadniczych (równorzędnych) szkół zawodowych - 5 lat, 4) średniej szkoły ogólnokształcącej - 4 lata, 5) szkoły policealnej - 6 lat, 6) szkoły wyższej - 8 lat. Okresy nauki, o których mowa w pkt 1-6, nie podlegają sumowaniu. Z regulacji tych wynika, że faktyczny okres zatrudnienia na umowę o pracę uprawniający do wyższego wymiaru urlopu, po odliczeniu stażu wynikającego z okresów nauki, istotnie się zmniejsza. Mając na uwadze przytoczone przepisy Kodeksu pracy, treść SWZ, a także w oparciu o zasady logiki

i doświadczenia życiowego, stwierdzić należy, że osoby w wieku przedemerytalnym, o doświadczeniu i uprawnieniach wymaganych w SWZ, przeważnie będą legitymować się okresem stażowym uprawniającym do pełnego wymiaru urlopu wypoczynkowego. Aczkolwiek mogą istnieć wyjątki od tej reguły, to jednak okoliczność ta winna podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego, a Przystępujący powinien wykazać realność przyjętych założeń w zakresie kosztów pracy i potwierdzić tę realność dowodami. Jeżeli Przystępujący faktycznie dysponuje – jak twierdzi – osobami w wieku przedemerytalnym, które nie mają udokumentowanego stażu pracy i świadczyły usługi na podstawie umów zleceń i to takie właśnie założenia przyjął w kalkulacji, to powinien w ramach wyjaśnień okoliczność tę wykazać stosownymi dowodami.

W przeciwnym razie potwierdzi się teza odwołania, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę bez straty po stronie wykonawcy.

Tylko dzięki przyjęciu zaniżonego wymiaru urlopow pracowników Konsorcjum Ekotrade mogło przeprowadzić kalkulację, w taki sposób aby wykazać zysk na minimalnym poziomie 215,49 zł miesięcznie, tj. 2585,88 zł rocznie. Należy zwrócić uwagę na niewielki margines odstępstw od przyjętych założeń, po przekroczeniu którego oferta przestanie być rentowna.

Zysk w wysokości 2585,88 zł w skali roku wystarczy na sfinansowanie zaledwie niecałych 81 rbh kosztów zastępstwa urlopowego, co wynika z poniższego działania matematycznego: $2585,88 \text{ zł (zysk w skali 1 roku)} / 32,00 \text{ zł} = 80,8075$. Oznacza to wprost, iż jeśli nawet jeden z dwudziestu siedmiu pracowników Konsorcjum Ekotrade wykorzysta urlop w wymiarze większym niż 11 dni od przyjętego założenia, tj. 8 dni, oferta przestanie być rentowna i będzie generować stratę. Wynika to z poniższego działania matematycznego:

$[11 \text{ dni} \times 8 \text{ rbh} \times 32,00 \text{ zł (koszt urlopu za okres 11 dni)}] - 2585,88 \text{ zł (zysk w skali 1 roku)} = - 230,12 \text{ zł}$.

Okoliczność, na którą powołuje się Konsorcjum (wykorzystanie znacznej części urlopu na dzień składania ofert oraz przyjęcie założenie, że część przyszłego urlopu zostanie wykorzystana po okresie realizacji kontraktu) ma

charakter okoliczności szczególnej i winna zostać przez niego odpowiednio udowodniona. Skoro Konsorcjum w swoich zasobach posiada odpowiednią ilość pracowników (27), którzy już wykorzystali, co najmniej 22 dni urlopu (przy założeniu, iż połowa z 8 dni przewidzianych przez Konsorcjum zostanie wykorzystana w roku 2024 a połowa w roku 2025) przysługującego im za rok 2024 winien tę okoliczność udowodnić przedkładając chociażby karty urlopowe, grafiki, wyciągi z programu kadrowo-płacowego.

Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 596/16.

Działanie polegające na wcześniejszym udzielaniu urlopów pracownikom (z wyprzedzeniem) jest niekorzystne finansowo dla pracodawcy, w porównaniu do udzielania go stosownie do ilości urlopu nabytego w danym roku, ponieważ gdyby pracownik wykorzystał pełne 26 dni urlopu w miesiącu styczniu i lutym danego roku, a następnie zakończył stosunek pracy pracodawca poniósłby większe i nieuzasadnione koszty, niż wypłacając mu ekwiwalent za 2 miesiące urlopu niewykorzystanego. Ta okoliczność stanowi kolejny fakt potwierdzający, iż rozwiązanie przyjęte przez konsorcjum jest jedynie celowym zabiegiem ukierunkowanym na osiągnięcie zamierzonego celu, tj. wyjaśnienie, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo za nielogiczną i odbiegającą od realiów należy uznać okoliczność, iż wszyscy pracownicy Konsorcjum zdecydowali się na wykorzystanie przeważającej części urlopu wypoczynkowego przed sezonem letnim, który zwyczajowo służy temu celowi.

Ponadto Konsorcjum nie może przyjąć założenia, iż pracownicy, którzy będą skierowani do realizacji zamówienia pozostaną jego pracownikami po zakończeniu kontraktu. Pracownik ma bowiem prawo w każdym momencie wypowiedzieć pracodawcy umowę o pracę a w takim przypadku obowiązkiem pracodawcy będzie zapłata ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy.

Na marginesie wskazać należy, iż ten sposób udzielania wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny stanowi niejako przyjęty model działania Konsorcjum Ekotrade. Odwołujący dołączył do odwołania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum w

postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Lublinie.

W tym postępowaniu Konsorcjum Ekotrade także wskazało, iż do realizacji zamówienia skieruje pracowników, którzy część urlopu już wykorzystali a część urlopu z kolejnego roku wykorzystają dopiero po zakończeniu kontraktu. Jako ciekawostkę Odwołujący dodał,

iż w tamtym przypadku Konsorcjum przyjęło koszty zastępstwa urlopowego w wymiarze odpowiednio 278,00 zł i 333,00 zł. Liczba dni urlopowych dla pracowników w tym wypadku wyniosła 13 dni. Powyższe stanowi jednoznaczny dowód na manipulację wymiarem urlopu pracownika stosownie do potrzeb wynikających z ceny zaoferowanej w konkretnym postępowaniu.

W załączeniu do odwołania Odwołujący złożył poprawne w jego ocenie kalkulacje kosztów uwzględniające prawidłowy wymiar urlopu, tj. 26 dni. W ocenie Odwołującego przy przyjętych założeniach oferta Wykonawcy Konsorcjum Ekotrade zamiast zysku będzie generować stratę w wysokości 117 463,35 zł przy uwzględnieniu 26 dni urlopu pracowników.

W przypadku uwzględnienia w kalkulacji obligatoryjnej zmiany wynagrodzenia minimalnego obowiązującej od 1 stycznia 2025 r. (w kalkulacji przyjęto uśrednione wynagrodzenie za 6 miesięcy w wysokości 4300,00 zł oraz za 6 miesięcy w wysokości 4626,00 zł, co daje wynik 4463,00 zł) strata wykonawcy Ekotrade ulegnie zwiększeniu do poziomu 187 239,18 zł.

Odwołujący zauważył też, że większość dowodów przedłożonych przez konsorcjum Ekotrade celem udowodnienia okoliczności postawionych w wyjaśnieniach odnośnie sposobu kalkulacji ceny oferty nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Referencje od kontrahentów oraz informacja z banku o zdolności kredytowej mogą służyć jedynie udowodnieniu zdolności zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej podmiotu.

Nie mogą zaś stanowić dowodu na okoliczność prawidłowego wyliczenia ceny oferty w sposób pozwalający na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnie obowiązującymi przepisami prawa.

W wyniku naruszeń przepisów ustawy Pzp, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w oparciu o nieprawidłowe wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nieoparte odpowiednimi dowodami oraz zawierające zaniżone koszty wynagrodzenia pracowników. W ocenie Odwołującego oznacza to brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie. Mając na uwadze wyżej przytoczone okoliczności, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Ekotrade jako zawierającą rażąco niską, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 239 ustawy Pzp, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta

przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

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, ufając jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone okoliczności, zdanie Odwołującego odwołanie jest konieczne oraz prawnie dopuszczalne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum, (2) Zakład Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu – Uczestnik Konsorcjum. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym jako Przystępującego. Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 12 lipca 2024 roku złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Przystępujący wezwany został zarządzeniem Izby do złożenia oświadczenia o korzystaniu z prawa do złożenia sprzeciwu.

W dniu 15 lipca 2024 roku Przystępujący złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 7 czerwca 2024 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez konsorcjum w składzie: MM SERVICE MONITORING i MAXUS, nakazując Zamawiającemu nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum Ekotrade oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2024 roku, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, wezwał Wykonawcę Ekotrade do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia muszą dotyczyć w szczególności:

-zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

-zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wyjaśnienia w formie elektronicznej należało złożyć w terminie do dnia 19 czerwca 2024 r. do godziny 12:00.

W pouczeniu Zamawiający zaznaczył, że dowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny tej oferty,

a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Ekotrade złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie wraz z dowodami w postaci: umowy między Zamawiającym a Odwołującym na realizację usług; kalkulację do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty - usługa ochrony; przykładowe umowy o pracę; referencje od innych zamawiających potwierdzające należyte wykonywanie usług oraz opinię bankową.

W złożonych wyjaśnieniach zaznaczył, że oferta jest: zgodna z SWZ, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia i projektem umowy wraz z wyjaśnieniami, rzetelna, uwzględnia całkowity zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia, umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, uwzględnia wszystkie koszty pracy wynikające z ustanowionego obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – kodeks pracy wszystkich osób wykonujących czynności opisane SWZ z uwzględnieniem obowiązujących:

- przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- przepisów o zabezpieczeniu społecznym,
- prawa pracy,
- innych przepisów prawa w zakresie kosztów pracy,

pozwała na osiągnięcie zysku.

Potwierdzenie zgodności treści oferty z SWZ i wyceny całkowitego zakresu przedmiotu zamówienia

Potwierdzono, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie wymagania SWZ

a także, że cena oferty jest ceną realną i za taką cenę jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia z dodatnim wynikiem finansowym.

Przy dokonywaniu obliczeń ceny ofertowej Wykonawca przede wszystkim zwracał uwagę na charakter oraz specyfikę zamówienia, które mogą mieć największy wpływ na cenę ofertową.

Wykonawca przyjął opisaną następującą procedurę kalkulacji ceny:

- (1) szczegółowa weryfikacja ilości i zakresu usług zgodnie z SWZ,
- (2) wykorzystanie własnego potencjału osobowego i sprzętowego w celu wykonania zamówienia,
- (3) kalkulacja własna kosztów bezpośrednich i pośrednich,
- (4) kalkulacja ryzyka.

Podstawa wezwania do złożenia wyjaśnień

W wezwaniu w ocenie Wykonawcy Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, nie wyjaśnił dlaczego cena budzi jego wątpliwości, ani dlaczego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Trudno w takiej sytuacji złożyć wyjaśnienia satysfakcjonujące Zamawiającego, gdyż nie wiadomo na co konkretnie zwrócić szczególną uwagę w treści wyjaśnień. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, że cena oferty nie jest niższa o ponad 30% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia ani średniej cen ofert. Wykonawca przywołał następujące orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 709/20 715/20; wyrok z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 289/17.

Zamawiający zdaje się opierać swoje niewyartykułowane wątpliwości wyłącznie na donosie konkurencyjnego wykonawcy, którego oferta plasuje się w rankingu ofert bezpośrednio za składającym wyjaśnienia. Nagminną praktyką wykonawcy MM Service jest składanie pism do zamawiających o rzekomo rażąco niskiej cenie każdej oferty tańszej niż jego własna. Jest to swoisty model biznesowy tego wykonawcy, polegający na próbach odrzucenia ofert innych wykonawców, z którymi nie jest w stanie konkurować na uczciwych zasadach.

Oferty złożone w postępowaniu

Konsorcjum przedstawiło tabelaryczne zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniu wraz z porównaniem do średniej cen ofert oraz wartości szacunkowej zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług.

Porównanie prowadzi do wniosku, że cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska, ponieważ:

- 1) jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert jedynie o 7%, a więc jest do niej bardzo zbliżona,
- 2) jest niższa od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia tylko o 1%, czyli jest niemalże identyczna,
- 3) jest niższa tylko o 6% od ceny oferty MM Service, a więc jest do niej bardzo podobna.

MM Service obecnie realizuje tożsamą usługę na rzecz Zamawiającego – skoro cena oferty jest zbliżona do ceny oferty podmiotu, który realizuje zamówienie i dobrze zna jego realia, to świadczy to po prostu o dobrej wycenie Ekotrade.

Nieznacznie niższa wycena Ekotrade dowodzi dobrego rozpoznania w realiach rynkowych i właściwego odczytania potrzeb Zamawiającego.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że zaoferowano wykonanie zamówienia według stawki godzinowej wyższej aniżeli stawki, za które obecnie tożsame usługi świadczy dla Zamawiającego wykonawca MM Service, co potwierdza treść umowy nr 12/05/2023.

Z aneksów do tej umowy wynika, że:

- do 21 maja br. MM Service świadczył tożsame usługi według stawki godzinowej w wysokości 30,60 zł netto,
- od 22 maja br. MM Service świadczy tożsame usługi według stawki godzinowej w wysokości 33,00 zł netto.

Tymczasem Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia według stawki godzinowej równej 33,23 zł netto.

Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13), o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości,

a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne,

to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

W orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych przyjmuje się także, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny winien być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać jak wskazano powyżej ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień. Wykonawca podkreślił, że w wycenie zostały przyjęte zarówno wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia, jak i we wzorze umowy koszty wymagane przez Zamawiającego.

Wykonawca stoi na stanowisku, że ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można w świetle powyższych orzeczeń uznać za rażąco niską, skoro:

- nie odbiega w znaczny sposób od cen zaproponowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu (niewielkie różnice wręcz potwierdzają rynkową wycenę),
- uwzględnia ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, SWZ oraz wzorem umowy,
- nie jest ceną symboliczną, ani ceną ukształtowaną poniżej kosztów wytworzenia, co znajdzie uzasadnienie w szczegółowych wyjaśnieniach, a w szczególności należy wskazać na założony zysk firmy, wynoszący 2 585,88 zł. Każdorazowo wysokość zysku jest odzwierciedleniem „apetytu na zysk” danego wykonawcy. Rażąco niską ceną jest cena poniżej kosztów realizacji a nie cena z niewielkim zyskiem,
- stawka godzinowa Ekotrade jest wyższa niż stawka, za którą wykonawca MM Service obecnie świadczy tożsame usługi na rzecz Zamawiającego.

W ocenie Wykonawcy, w sprawie nie można mówić o cenie posiadającej cechy, która upoważniałaby Zamawiającego do skorzystania z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia w zakresie złożonej oferty

Zgodnie z postanowieniami SWZ, Wykonawca skalkulował cenę ofertową, która uwzględnia cały zakres rzeczowy określony w SWZ, przewidziany do wykonania w ramach umowy.

Wartości, jakie uwzględniono przy wycenie, zostały przez wykonawcę ustalone i obliczone poprawnie i w tym zakresie oferta nie zawiera ani niezgodności oferty z SWZ, jak również nie zawiera jakichkolwiek błędów obliczeniowych. Oferta nie zawiera jakichkolwiek informacji świadczących o pominięciu przy wycenie jakiegokolwiek elementu składowego.

Celem przedstawienia dowodów na rzecz prawidłowości i kompletności wyceny, przekazano szczegółowe wyjaśnienia kosztów realizacji zamówienia wraz ze stosownymi kalkulacjami i dowodami na potwierdzenie ich realności, które stały się podstawą wyceny ofertowej.

Dane zawarte w kosztorysie odzwierciedlają poprawne podstawy kalkulacyjne oraz zawierają wyceny i wartości rynkowe zarówno kosztów osobowych, jak i sprzętu oraz wyposażenia. Dokumenty i obliczenia są kompletne oraz spójne a także - zdaniem Wykonawcy - pozwalają na weryfikację ich realności rynkowej.

Dodatkowo wycena ma charakter zindywidualizowany, dostępny dla Wykonawcy i prezentuje wycenę adresowaną na potrzeby przedmiotowego przetargu oraz koszty wykonania zamówienia jakie przewidział ponieść Wykonawca w trakcie realizacji kontraktu.

Zakres świadczeń skalkulowany w ofercie jest w pełni zgodny z wymaganiami SWZ i uwzględnia pełny zakres rzeczowy zamówienia w standardzie określonym wymaganiami SWZ oraz w odpowiedziach na zadane pytania.

Kalkulację przygotowano w oparciu o narzędzie do analizy cen ofert na ochronę fizyczną przygotowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Sam fakt posłużenia się takim narzędziem podnosi wiarygodność wyjaśnień wykonawcy. Konkretnie wartości liczbowe zawiera kalkulator (Dowód nr 2).

Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę za wynagrodzeniem w wysokości 4300 zł miesięcznie. Wysokość wynagrodzenia jest zgodna z przepisami

rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Jest również wynagrodzeniem rynkowym w branży, o czym świadczy choćby fakt, iż wykonawca MM Service – który obecnie realizuje na rzecz Zamawiającego usługi tożsame z przedmiotem zamówienia – zatrudnia pracowników za takim wynagrodzeniem. Wykonawca pozyskał te informacje bezpośrednio od pracowników

MM Service, którzy z własnej inicjatywy nawiązali kontakt licząc na możliwość zatrudnienia

w Ekotrade. Ponadto, Wykonawca zatrudnia własnych pracowników posiadających wymagane kwalifikacje za wynagrodzeniem minimalnym, co dokumentują dokumenty załączone do wyjaśnień.

Wykonawca jest jednym z największych podmiotów na krajowym rynku usług ochrony osób i mienia, toteż dysponuje znacznym potencjałem kadrowym. Wykonawca posiada w swoich zasobach pracowników spełniających wymagania postawione w SWZ, których cechują poniżej opisane przymioty.

O atrakcyjności oferty wykonawcy świadczą poniższe okoliczności:

- wykonawca dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którzy nie muszą przeprowadzać wstępnych badań lekarskich i planuje skierować do realizacji zamówienia wyłącznie takie osoby,
- wykonawca dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którzy złożyli oświadczenia o rezygnacji z uczestnictwa w programie Pracowniczych Planów Kapitałowych i planuje skierować do realizacji zamówienia wyłącznie takie osoby,
- wykonawca dysponuje w swoich zasobach kadrowych pracownikami, którzy już wykorzystali część przysługującego im urlopu wypoczynkowego w bieżącym roku lub część urlopu wypoczynkowego przysługującego w przyszłym roku wykorzystają już po upływie okresu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przyjęty model kalkulacji kosztów zastępstwa urlopowego uzasadniony jest specyfiką przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z rozdziałem V SWZ termin realizacji zamówienia obejmuje okres od 22 maja 2024 r. do 21 maja 2025 r. Termin realizacji zamówienia nie obejmuje zatem okresu jednego roku kalendarzowego (tj. okresu od 1 stycznia do 31 grudnia tego samego roku), lecz dwanaście kolejnych miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych. W takim stanie faktycznym nie znajduje zastosowania przepis art. 154 § 1 ustawy – Kodeks pracy. W ogóle nie istnieje przepis, który nakazywałby udzielenie pracownikowi określonej liczby dni urlopu w okresie kolejnych dwunastu miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych.

Koniecznym w tej sytuacji wydaje się nadmienić, że koszt zastępstwa urlopowego powstaje dopiero w dniu, w którym pracownik rzeczywiście skorzysta z prawa do urlopu.

To tego konkretnego dnia należy zapewnić mu zastępstwo, które generuje określone koszty. W szczególności koszty urlopu nie są ponoszone w równych częściach w każdym miesiącu.

Uwzględniając fakt, że termin realizacji zamówienia obejmuje okres od 22 maja 2024 r. do 21 maja 2025 r., możliwa i wręcz wielce prawdopodobna jest sytuacja, by pracownicy wykorzystali przynajmniej część urlopu należnego za 2024 r. przed rozpoczęciem realizacji zamówienia oraz wykorzystają przynajmniej część urlopu należnego za 2025 r. po zakończeniu realizacji zamówienia.

Oczywistym jest przy tym, że im więcej dni urlopu pracownicy wykorzystają poza okresem realizacji zamówienia, tym mniejsze koszty z tytułu zastępstwa urlopowego poniesie wykonawca w samym okresie realizacji zamówienia. Koszty te nie są pewne i stałe, lecz zależne właśnie od tego w jaki sposób pracownicy wykorzystują swoje prawo do urlopu. Koszty z tego tytułu mają charakter hipotetyczny, gdyż zależą od tego czy i w jakim okresie pracownik skorzysta z prawa do urlopu.

W dorobku orzeczniczym Izby podkreśla się, iż powyższy sposób kalkulacji kosztów zastępstw urlopowych mieści się w granicach dopuszczalnej elastyczności wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.02.2022 r., sygn. akt KIO 239/22, KIO 240/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.05.2024 r., sygn. akt KIO 1430/24).

Wykonawca wskazał, że istotnym czynnikiem wpływającym na konkurencyjność wyceny ofertowej jest fakt posiadania własnego sprzętu i wyposażenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe dotyczy zarówno niezbędnego sprzętu "drobnego" (np. wyposażenie osobiste pracowników ochrony), jak i umundurowania. Wykonawca już dysponuje niezbędnym sprzętem technicznym i umundurowaniem, które zostały zamortyzowane w toku realizacji innych zamówień, toteż nie musi ponosić pełnych kosztów z tym związanych. Fakt dysponowania wyposażeniem i umundurowaniem jest źródłem naturalnej przewagi konkurencyjnej. Pomimo powyższego, wykonawca uwzględnił rezerwę na wypadek konieczności wymiany części umundurowania i wyposażenia.

Wykonawca przewidział również inne rezerwy finansowe – na koszty nadzoru, koszty administracyjne, wynagrodzenie chorobowe pracowników, inne koszty. Z definicji rezerwa jest pewnym zapasem. Nie ma żadnych normatywów co do wysokości rezerwy przyjmowanej przez wykonawców. Z ponad trzydziestoletniego doświadczenia

branżowego Wykonawcy wynika, że zakładane rezerwy zazwyczaj zwiększają zysk, gdyż wykonawca przyjmuje bezpieczne ich wysokości.

Wykonawca podkreślił, że w jego ocenie celem procedury wyjaśnień ceny jest wykazanie, że oferta pozwala na realizację zamówienia bez ponoszenia strat przez wykonawcę i jest realna dla wykonawcy objętego procedurą wyjaśniającą (KIO 953/22, wyrok z dnia 26 kwietnia 2022 r.).

Wykonawca składając wyjaśnienia ceny oferty odniósł się do wszystkich elementów składowych wyceny objętych wezwaniem Zamawiającego, w tym w szczególności kosztów pracy. Wykonawca podał szczegółowe wyliczenia wszystkich kosztów pracy, które jako pracodawca musi ponieść w związku z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, a które to koszty wynikają z przepisów prawa. Samo podanie szczegółowych wyliczeń jest wystarczające dla stwierdzenia, że Wykonawca wykazał zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę i samo to w sobie nie wymagało składania dodatkowych dowodów (wyrok KIO 144/22 z dnia 1 lutego 2022 r.).

Wykonawca podkreślił, że Pzp nie określa katalogu takich dowodów, co oznacza że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

O tym, że dokumenty wytworzone przez wykonawców mają moc dowodową wynika również z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.12.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 90/21.

W opinii Wykonawcy nie można zapominać, że głównym celem wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty jest ustalenie czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną (wyrok KIO 3571/21, KIO 3594/21 z dnia 23.12.2021 r.).

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich kosztów wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. W wyliczeniach oraz wyjaśnieniach i dowodach jakie przedstawił, podał szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, które są głównym składnikiem ceny oferty oraz pozostałe koszty składające się na cenę oferty a także zakładany zysk.

Wobec powyższego, w ocenie Wykonawcy, odrzucanie oferty, w której zadeklarowano pełne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, tylko i wyłącznie ze względu na fakt, iż wykonawca posłużył się jako środkiem dowodowym własną kalkulacją oraz wyjaśnieniami i dowodami które uznał za dostatecznie uzasadniające wycenę, należałoby traktować jako zbytni i niepotrzebny formalizm.

Zdaniem Wykonawcy, wyjaśnienia są pełne i zamykają w logiczny ciąg sposób kalkulacji i potwierdzają realność skalkulowanej ceny.

Wykonawca przedstawił wyjaśnienia adekwatne do treści wezwania, które nie precyzowało jakim elementom ceny należy poświęcić szczególną uwagę. Nie można oczekiwać od wykonawcy działania wykraczającego poza zakres wezwania. Przedstawiona kalkulacja wraz z wyjaśnieniami i dowodami ogniskuje się wokół kwestii, które wykonawca uznał za najistotniejsze w sprawie. Zdaniem wykonawcy, wyjaśnienia potwierdzają, że cena jego oferty pokrywa koszty pracy i umożliwia osiągnięcie zysku. Nie jest zatem ceną rażąco niską.

Odróżnić należy cenę niską od ceny rażąco niskiej. Z wykładni językowej pojęcia rażący wynika, że chodzi o oczywiste, wyraźne, bezsporne, niewątpliwe, „rzucające się w oczy” zaniżenie ceny. Z analizy porównawczej cen ofert złożonych postępowaniu wynika, że cena oferty Wykonawcy jest zbliżona do cen ofert pozostałych wykonawców.

Z kolei wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że możliwym jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za zaoferowanym wynagrodzeniem. Zysk kalkulacyjny pozwala na pokrycie innych kosztów niewyspecyfikowanych w wyjaśnieniach ani wezwaniu Zamawiającego. Zabezpiecza również Wykonawcę na wypadek ewentualnego niedoszacowania jakiejś pozycji kalkulacyjnej.

Doświadczenie wykonawcy

Wykonawca dodatkowo podkreślił, że jest podmiotem działającym w branży od 1991 r. Głównym obszarem działalności Spółki jest ochrona fizyczna osób i mienia. Wykonawca posiada bogate doświadczenie w realizacji dużych zamówień, co udokumentował przykładowymi referencjami uzyskanymi od swoich Klientów (Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.; Telewizja Polska S.A.; Polskie LNG S.A.; Zakład Wodociągów Kanalizacji w Łodzi; Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A.

Wykonawca należycie zrealizował również szereg zamówień na rzecz podmiotów podobnych do Zamawiającego, co potwierdza nabycie wiedzy i doświadczenia z zakresu realizacji zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia (ochrona osób i mienia

w budynkach użyteczności publicznej): Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział

w Warszawie; Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Zielonej Górze; Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2

PUM w Szczecinie; Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką w Krakowie; Sąd Apelacyjny w Krakowie; Naczelny Sąd Administracyjny; Uniwersytet Warszawski.

Oprócz kapitału własnego niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca posiada bieżącą zdolność kredytową w wysokości 10 000 000,00 zł, co udokumentował zaświadczeniem z banku z dnia 25.03.2024 r.

W podsumowaniu potwierdzono, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a cena ofertowa została skalkulowana prawidłowo i umożliwi wykonanie zamówienia z zyskiem. Dodatkowo Wykonawca posiada szerokie i wieloletnie doświadczenie w zakresie realizacji dużych zamówień. Doświadczenie zawodowe, jakie posiada Wykonawca, pozwala realnie ocenić wartość zamówienia i wycenić ofertę na realnym poziomie, gwarantującym osiągnięcie zysku. Wszystkie dotychczas wykonywane usługi były zrealizowane z należytą profesjonalną starannością.

Wyjaśnienia Wykonawca uważa za wyczerpujące, a cenę zaproponowanej oferty za zasadną i gwarantującą wykonanie zamówienia bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji, uwzględniającą oszczędne metody wykonania zamówienia oraz sprzyjające warunki wykonania zamówienia, nie obniżające jakości i terminowości wykonywanych prac.

W załączeniu do pisma przedłożono przywołane dowody oraz ich wykaz z formie tabelarycznej.

W sytuacji gdyby dodatkowo jakiegokolwiek elementy wyceny ofertowej czy też składanych wyjaśnień budziły dodatkowe wątpliwości i zastrzeżenia Zamawiającego, w świetle orzecznictwa KIO żaden przepis Pzp nie pozwala na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień ceny oferty ma charakter jednorazowy (wyroki z 9 marca 2015 r. sygn. akt KIO 343/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15).

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości jako niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską ceną lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące

i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,

że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,

o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny otrzymanych wyjaśnień.

Treść złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń można było uznać za wystarczającą do wykazania, że cena oferty jest rażąco niska. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w wezwaniu pytał tylko o kwestie związane ze zgodnością z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej oraz kwestie dotyczące zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Poddając analizie wyjaśnienia Przystępującego, owszem można stwierdzić, że zawarta w nich argumentacja w części odnosi się do ogólnej kondycji Wykonawcy, co jednocześnie nie czyni wyjaśnień niewystarczającymi. Takie okoliczności, jeżeli powoływanie się na nie jest celnie uzasadnione, również pozwalają na ocenę prawidłowości wyceny ofertowej. Przystępujący powołuje się na doświadczenie i wiedzę nabyte na innych kontraktach, na dowód czego załączono dokumenty dotyczące innych postępowań, potwierdzające należyte wykonanie zamówień. Jednocześnie Przystępujący wyjaśnia, że okoliczności te pozwoliły mu poznać specyfikę działania, podejścia oraz charakteru prac, a także wpracować metodologię

i sprawdzone sposoby realizacji tożsameru przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby są to okoliczności być może nie specyficzne tylko dla Przystępującego, ale pokazujące w jaki sposób Wykonawca podszedł do wyceny ofertowej, co stanowiło bazę do ostatecznej wyceny oferty. Przystępujący zaznaczył także, że zdobywana wiedza i bogate doświadczenie zawodowe pozwalają mu zredukować choćby koszty wykonania przedmiotu zamówienia i dokonać wyboru odpowiedniej metody wykonania przedmiotu zamówienia.

Przystępujący wskazał liczbę pracowników, którą zamierza skierować do wykonywania zamówienia. Wielkość ta nie była kwestionowana w odwołaniu jako niewystarczająca do realizacji przedmiotu zamówienia. Następnie Wykonawca podał stawkę wynagrodzenia, którą otrzymuje pracownik. Stawka ta jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Przystępujący podał, że pracownicy, których posiada w zasobach kadrowych nie muszą przechodzić wstępnych badań lekarskich, nie uczestniczą w programie Pracowniczych Planów Kapitałowych.

Odwołujący szeroko rozwodził się w odwołaniu i na rozprawie na temat nieuwzględnienia w wycenie oferty Przystępującego okoliczności związanych ze wzrostem stawki najniższego wynagrodzenia w 2025 roku, podczas gdy część kontraktu obejmowała będzie ten okres. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego należy uznać za chybione.

Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Wykonawcy składali oferty w kwietniu 2024 roku. Oznacza to, że na ten moment sporządzano kalkulację ceny ofertowej. Wówczas nie było wiadome, czy w 2025 roku nastąpi wzrost stawki minimalnego wynagrodzenia, a jeżeli tak –

o ile. Błędne jest założenie Odwołującego, że okoliczność podniesienia stawki minimalnego wynagrodzenia znana była Przystępującemu w momencie składania wyjaśnień cenowych

i powinien ON powyższy fakt w wyjaśnieniach uwzględnić. Podkreślić należy, iż każdy wykonawca udowodnić i wykazać ma prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej na dzień złożenia oferty a nie na dzień składania wyjaśnień. Zasada ta ma charakter uniwersalny i odnosi się do wszystkich elementów oferty, czy to dokumentów podmiotowych, czy dokumentów przedmiotowych, wykazania zgodności treści oferty z treścią SWZ oraz także wykazania prawidłowości ceny oferty. Zatem Wykonawca miał obowiązek wykazać, że stosowana przez niego stawka na dzień składania ofert nie ma charakteru zaniżonego w stosunku do obowiązujących przepisów, co Przystępujący uczynił.

Dla Odwołującego kluczowe i mające istotny wpływ na uznanie ceny oferty Przystępującego za rażąco niską było zagadnienie związane z wyceną zastępstw urlopowych. Przystępujący wskazywał, że skierowani do realizacji umowy pracownicy „już wykorzystali część przysługującego im urlopu wypoczynkowego w bieżącym roku lub część urlopu wypoczynkowego przysługującego w przyszłym roku wykorzystają już po upływie okresu realizacji przedmiotowego zamówienia”, co oznacza, że „Termin realizacji zamówienia nie obejmuje zatem okresu jednego roku kalendarzowego (tj. okresu od 1 stycznia do 31 grudnia tego samego roku), lecz dwanaście kolejnych miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych. W takim stanie faktycznym nie znajduje zastosowania przepis art. 154 §1 ustawy – Kodeks pracy. W ogóle nie istnieje przepis, który nakazywałby udzielenie pracownikowi określonej liczby dni urlopu w okresie kolejnych dwunastu miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych”.

Generalnie, w ocenie składu orzekającego Izby nie istnieje zasada, która nakazywałaby udzielenia konkretnej liczby dni urlopu w okresie kolejnych dwunastu miesięcy nie będących rokiem kalendarzowym. Od danego pracodawcy zależy w jaki sposób ustali

z pracownikami sposób wykorzystania urlopu bieżącego i zaległego, przy czym w stosunku do tego ostatniego musi to nastąpić do końca września danego roku kalendarzowego. Innych zasad Kodeks pracy nie wprowadza. Tym samym założenie niższego wymiaru urlopu przypadającego w okresie kolejnych 12 miesięcy nie równych okresowi roku kalendarzowego nie jest sprzeczne z przepisami prawa. Tym samym w ocenie Izby nie może świadczyć,

o nierealności ceny Przystępującego. Zaś pewnego rodzaju elastyczność zasad udzielania urlopu przełożyła się na sposób kalkulacji ceny ofertowej.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym nie każda okoliczność podnoszona w wyjaśnieniach wymaga złożenia dowodu. Dodatkowo, treść wezwania nie odnosiła się wprost do obowiązku wyjaśnienia elementów związanych z szczegółowym przedstawieniem kalkulacji z uwzględnieniem zastępstw

urlopowych i ponoszonych w tym zakresie kosztów. Wezwanie nie wskazywało również na obowiązek wyjaśnienia kwestii dotyczących ilości dni posiadanych świadczeń urlopowych, choć Odwołujący na ten temat już szeroko rozwinął się w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Przystępujący wyjaśnił i opisał zasadę, na podstawie której działa, w szczególności przy kontraktach obejmujących przełom dwóch lat, wskazując jak jego pracownicy wykorzystują świadczenia urlopowe. Zdaniem Izby taki sposób złożenia wyjaśnień jest wystarczający. Z faktu powoływania się na podobny sposób wyceny w innych postępowaniach o podobnym lub tożsamym przedmiocie zamówienia, nie można wywodzić negatywnych konsekwencji dla Przystępującego. Fakt ten świadczy raczej o konsekwentnej postawie Przystępującego i zbliżonych zasadach prowadzenia działalności gospodarczej, a nie jak podnosił Odwołujący, o „dopasowywaniu” wyjaśnień do okoliczności danej sprawy.

Za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do kwestii momentu powstania kosztu zastępstwa urlopowego, sposobu wykorzystywania urlopów przez pracowników, przy założeniu, że wykorzystanie urlopu jest okolicznością przyszlą i niepewną.

Dalej w wyjaśnieniach Przystępujący odniósł się do posiadania własnego sprzętu i wyposażenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, wskazując, że czynniki te pozwalają znacznie obniżyć cenę oferty. Ponadto podkreślono, że w kalkulacji przewidziano rezerwę i zysk.

Zdaniem Izby wyjaśnienia Przystępującego uznać należy za spójne, klarowne, poparte odpowiednim materiałem dowodowym, uwzględniające treść skierowanego do Wykonawcy wezwania. Izba wzięła również pod uwagę, że cena oferty Przystępującego stanowi 99,1%

w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny VAT, zatem mieści się w budżecie Zamawiającego, nie odbiega od wartości szacunkowej, w której Zamawiający zapewne uwzględnił czynniki, na które wskazywano w odwołaniu.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego i uznał ją za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574

oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz

§ 7 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Odwołującego, przyznając Przystępującemu koszty zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości dopuszczonej Rozporządzeniem o kosztach.

Przewodnicząca:

.....