Sygn. akt: KIO 1698/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: MM SERVICE MONITORIN Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o.,**
ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Rejonowy w Łasku, ul. Kolejowa 12, 98-100 Łask,**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia**
Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Sąd Rejonowy w Łasku – unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp;**

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa,** i:
   - **2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-0 Kruszów** tytułem wpisu od odwołania,
   - **2.2** zasądza kwotę: **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o.,**
     ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum w składzie: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MAXUS Sp. z o.o., ul. Trybunalska 2 95-080 Kruszów,** poniesioną z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1698/24

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

Zamawiający, Sąd Rejonowy w Łasku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie: „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w trzech obiektach Sądu Rejonowego w Łasku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 kwietnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00292304.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 9 maja 2024 r. Zamawiający w dniu 10 maja 2024 r. ponownie przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej informując, iż wiadomość z dnia 9 maja 2024 r. była wiadomością wysłaną omyłkowo.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: MM SERVICE MONITORING sp. o.o. i MAXUS sp. z o.o. z siedzibą w Kruszowie na podstawie art. 513 Pzp wnieśli odwołanie wobec:

1. zaniechania badania ceny oferty Konsorcjum w składzie: Ekotrade Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanym dalej „Konsorcjum Ekotrade", co do której istnieje podejrzenie, że jest rażąco niska;
2. udzielenia zamówienia bez uprzedniego badania rażąco niskiej ceny;

3.ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ekotrade, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 239 Pzp ewentualnie - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Ekotrade jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2.wezwania Konsorcjum Ekotrade do przedstawienia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp;

3.powtórzenie czynności oceny oferty Konsorcjum Ekotrade z uwzględnieniem wyjaśnień dotyczących ceny oraz podmiotowych środków dowodowych;

4.ewentualnie, w razie uznania, iż korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Ekotrade stanowiła wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, odrzucenie oferty Konsorcjum Ekotrade, która zawiera rażąco niską cenę;

5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert może być ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności badania ceny oferty Konsorcjum Ektotrade, co mogłoby doprowadzić do odrzucenia tej oferty, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej postępowaniem.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług 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.

Mając powyższe na uwadze, w prosty sposób wyliczyć można minimalny poziom kosztów jednostkowych 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony. Zamawiający nie przewidział waloryzacji umowy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, a tym samym, każdy z wykonawców winien w cenie oferty skalkulować wysokość wynagrodzenia obowiązującą w całym 2024 r., które w dniu składania ofert było mu znane. Minimalne wynagrodzenie w I półroczu 2024 r. wynosi 4242,00 zł brutto, zaś w II półroczu 2024 r. 4300,00 zł brutto.

Termin realizacji zamówienia obejmuje okres od 22 maja 2024 r. do 21 maja 2025 r. Oznacza to, iż uśredniony poziom wynagrodzenia zasadniczego wyniesie 4293,72 zł. Mając powyższe na uwadze Odwołujący w tabeli dokonał wyliczenia minimalnych kosztów wynagrodzenia 1 roboczogodziny pracownika ochrony. W kalkulacji nie ujęto kosztów absencji chorobowej oraz założono, iż wszyscy pracownicy skierowani do realizacji usługi będą znajdować się w wieku pozwalającym na zwolnienie ich wynagrodzenia ze składek ZUS pracodawcy na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Założono także, iż żaden z pracowników wykonawcy nie przystąpi do Pracowniczych Planów Kapitałowych. Okoliczności powyższe mogą się okazać w praktyce niezwykle trudne do zrealizowania. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby żaden z około 14 pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w ciągu 12 miesięcy nie skorzystał ze zwolnienia chorobowego. Odwołujący wskazał, że ujął koszty pracy na poziomie najniższym z możliwych.

Z powyższych obliczeń wynika, że cena oferty Konsorcjum Ekotrade jest niższa od najniższych możliwych kosztów wynagrodzenia pracowników o wartość 129 944,09 zł. Tym samym, tylko z tytułu zaniżonych kosztów wynagrodzenia pracowników Konsorcjum Ekotrade odnotuje stratę w wysokości 129 944,09 zł.

Odwołujący wskazał, że koszty wynagrodzeń nie są jedynymi kosztami jakie winien ponieść wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu umowy. W cenę usługi należy także wliczyć koszty umundurowania, bieżącego nadzoru, koszty artykułów biurowych i piśmiennych, środków łączności itp. Ujęcie tych kosztów w kalkulacji spowodowałoby zwiększenie straty całościowej. Na uwagę zasługuje również fakt, iż Zamawiający postawił wymóg realizacji usługi ochrony przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, co może podnieść koszty realizacji usługi, z uwagi na to, że takiemu pracownikowi co do zasady należy wypłacić wyższe, aniżeli minimalne wynagrodzenie.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że za cenę określoną w ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami w tym Kodeksu Pracy. W myśl przytoczonych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, odnosząc się konkretnego zamówienia jakim jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia, Odwołujący podniósł, głównym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony oddelegowanych na obiekt Zamawiającego. Zamawiający, oceniając ofertę pod względem realności jej ceny, powinien przede wszystkim mieć na uwadze koszty osobowe związane z realizacją usługi ochrony z uwzględnieniem określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań mających wpływ na cenę oferty, takich jak: zakaz realizacji zamówienia przy pomocy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a także realizacja usługi w porze nocnej. Biorąc więc pod uwagę przytoczone okoliczności, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że może zachodzić w tym wypadku zjawisko rażąco niskiej ceny. Niezrozumiałe jest więc zaniechanie badania ofert pod tym względem.

Odwołujący podniósł także, że obowiązek badania rażąco niskiej ceny po stronie Zamawiającego aktualizuje się zawsze, kiedy istnieją co do niej wątpliwości, a nie jedynie w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp, w szczególności w sytuacji kiedy stawki za usługę ochrony są niższe niż wynikają z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Powyższą tezę potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2022 r., sygn. KIO 599/22.

Nawet przyjęcie nierealnego w praktyce rozwiązania organizacyjnego zakładającego zatrudnienie osób w wieku przedemerytalnym (powyżej 55 lat kobiety / powyżej 60 lat mężczyźni) nie posiadających stażu pracy uprawniającego do urlopu w wymiarze 26 dni nie powoduje, iż oferta Konsorcjum Ekotrade jest rentowna. Poza tym to rozwiązanie jest mało prawdopodobne, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2833/21.

Odwołujący przedstawił także kalkulację alternatywną, ukazująca, iż nawet przyjęcie urlopu pracowników w wymiarze 20 dni nie powoduje, iż oferta Konsorcjum Ekotrade jest rentowna.

Zdaniem Odwołującego, istniały wiarygodne przesłanki, że oferta ta powinna zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Powyższa czynność stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 pkt 1 oraz art. 239 Pzp.

W wyniku w/w naruszeń przepisów Pzp, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, zawierającą zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania zamówienia za cenę, która może być rażąco niska, co oznacza de facto brak możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, Odwołujący wyjaśnił, że podnosi ten zarzut z ostrożności. Zamawiający zobowiązał bowiem Konsorcjum do ustosunkowania się do pisma Odwołującego z dnia 7 maja 2024 r., w którym stwierdził, że w ofercie Konsorcjum Ekotrade zachodzi zjawisko rażąco niskiej ceny. Jeśli przyjąć, że przedmiotowe wezwanie miało na celu badanie ceny oferty na podstawie art. 224 Pzp, to Konsorcjum Ekotrade nie wypełniło dyspozycji art. 224 ust. 5 Pzp, a tym samym nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia z dnia 9 maja 2024 r. w ogóle nie odnoszą się do sposobu kalkulacji ceny oferty Konsorcjum Ekotrade, a jedynie ogranicza się do kwestionowania zasadności wezwania oraz podważenia wyliczeń Odwołującego, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek kalkulacji oraz wskazania istotnych okoliczności mających wpływ na cenę oferty. Tak złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdzają zaoferowanej ceny oferty i już chociażby z tego powodu oferta winna zostać odrzucona.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Ekotrade Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podkreślił, że odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 Pzp nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie. Zamawiający nie podejrzewał oferty Przystępującego o to, że zawiera cenę rażąco niską i nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Tym samym, przedmiotem dowodzenia w tym postępowaniu nie jest fakt, że oferta Przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, ale fakt, że Zamawiający, mimo różnic w cenach ofertowych i wartości szacunkowej zamówienia nieuzasadniających obligatoryjnego wezwania, powinien był mieć wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę. Taka okoliczność nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu i powinna być wykazana przez Odwołującego. Potwierdzenie powyższego stanowiska znajduje się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.01.2022 r. (sygn. akt KIO 36/22).

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp, toteż należy sięgnąć w tym zakresie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Cech rażąco niskiej ceny nie posiada cena zaoferowana przez Przystępującego. Sam fakt występowania różnic w cenach ofert *per se* nie stanowi dowodu, że oferta z niższą ceną zawiera wycenę poniżej kosztów świadczenia usług czy też rażąco niską (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 207/22).

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. Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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, chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W sytuacji braku przesłanek do zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest kwestią całkowicie ocenną, uzależnioną od wiedzy i doświadczenia Zamawiającego w zakresie cen występujących na rynku. Stanowisko Przystępującego potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.11.2018 r., sygn. akt KIO 2264/18).

Cena oferty Przystępującego nie odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu ani ubruttowionej wartości zamówienia, zatem Zamawiający miał pełne prawo uznać, że nie musi badać jej wysokości. To prawo leży w wyłącznej kompetencji Zamawiającego i donos wykonawcy nie skutkuje po stronie Zamawiającego zaistnieniem zobowiązania do badania ceny oferty.

Dla fakultatywnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych musi zaistnieć okoliczność, że ceny te wydają się obiektywnie rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub normami wynikającymi z odrębnych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12.10.2020 r. (sygn. akt KIO 2283/20) stwierdziła, że:*Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego.*

Cena, jaką zaoferował Przystępujący, nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a przede wszystkim nie jest obiektywnie niska w stosunku do cen występujących na rynku usług ochrony. Na brak cech ceny rażąco niskiej wskazuje w szczególności porównanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wartością szacunkową zamówienia. Powyższe porównanie prowadzi do wniosku, że cena oferty Przystępującego 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 Odwołującego, a więc jest do niej bardzo podobna. Nadmienić należy, że Odwołujący obecnie realizuje tożsamą usługę na rzecz Zamawiającego – skoro cena oferty Przystępującego jest zbliżona do ceny oferty podmiotu, który realizuje zamówienie i dobrze zna jego realia, to świadczy to o dobrej wycenie Przystępującego.

Powyższe wskazuje, że cena oferty Przystępującego musi być realistyczna i adekwatna do stawek rynkowych. Nieznacznie niższa wycena Przystępującego dowodzi dobrego rozpoznania w realiach rynkowych i właściwego odczytania potrzeb Zamawiającego.

Sama różnica pomiędzy cenami nie stanowi o tym, że cena niższa jest ceną rażąco niską. Na konkurencyjnym rynku normalnym jest, że wykonawcy dążą do obniżenia kosztów wykonywania usług, a co za tym idzie ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 287/10).

Należy odróżnić zaoferowanie ceny niskiej od zaoferowania ceny rażąco niskiej (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.06.2010 r. sygn. akt XiX Ga 175/10).

W warunkach konkurencji na rynku normalnym jest występowanie różnic w cenach oferowanych przez wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2015 r. sygn. akt KIO 436/15).

Fakt, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie świadczy o rażąco niskim poziomie ceny Przystępującego. Przystępujący oświadczył, że uwzględnił w zaoferowanej cenie wszelkie koszty wykonania zamówienia, w tym wynagrodzenie pracowników w wysokości nie niższej niż

minimalne wynagrodzenie za pracę.

Fakt, że cena oferty Odwołującego jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich oferowanych cen potwierdza jedynie, że wykonawcy świadomie kalkulują na niskim poziomie cenowym swoje oferty ze względu na aktualną sytuację rynkową - znikomą szansę na pozyskanie zleceń na bardzo konkurencyjnym, rozdrobionym rynku - co nie może stanowić podstawy do automatycznego uznawania danej ceny za rażąco niską i odrzucenia oferty (jak przesądził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Constanzo (C-103/88, ECR 1989, s. I.1839)). Niniejsze stanowisko potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2013 r. (sygn. akt KIO 1549/13).

Przystępujący podkreślił rażącą niekonsekwencję Odwołującego, która negatywnie oddziałuje na wiarygodność jego twierdzeń. W donosie z dnia 07.05.2024 r. skierowanym do Zamawiającego oraz w odwołaniu pozycjonuje siebie jako znakomicie zorientowanego w regulacjach dotyczących kosztów zatrudnienia pracownika. Następnie Odwołujący dokonuje tych „prostych wyliczeń", lecz w donosie i odwołaniu dają one zupełnie inne wyniki. Mianowicie z kalkulacji przedstawionej w donosie wynika, że „minimalna stawka 1 roboczogodziny pracy" jest równa 34,48 zł (lub 28,93 zł – nie wiadomo, która jest „prawidłowa"), zaś w odwołaniu tę wartość skalkulowano już na 35,24 zł. Tak istotne różnice we własnych kalkulacjach Odwołującego stawiają pod znakiem zapytania prawidłowość i rzetelność kalkulacji przedstawionej w odwołaniu.

Odwołujący oparł zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty w całości o własną kalkulację stawki 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony. W treści odwołania usiłował przekonywać, że jest to kalkulacja minimalna. Przystępujący podkreśla, że kalkulacja Odwołującego jest tylko przykładową kalkulacją kosztów roboczogodziny, przygotowaną według ściśle określonych założeń. W szczególności nadmienić trzeba, że ta kalkulacja nie jest kalkulacją minimalną.

Po pierwsze, w pozycji nr 5 kalkulacji Odwołujący stwierdził, że *najniższy możliwy poziom składek ZUS* odpowiada równowartości 17,19% podstawy ich wymiaru. Wynikać ma to ze zsumowania stóp procentowych składki emerytalnej (9,76%), rentowej (6,5%) oraz na ubezpieczenie wypadkowe (0,93%).

Przystępujący podkreślił, że stopa procentowa składki na ubezpieczenie wypadkowe może być niższa niż 0,93%. Jak wskazuje w swoim poradniku Zakład Ubezpieczeń Społecznych1, stopa składki na ubezpieczenie wypadkowe może być różna dla różnych przedsiębiorców działających w tej samej branży. Wysokość stopy zależy od:
- kategorii ryzyka dla grupy działalności, do której należy przedsiębiorca ze względu na rodzaj wykonywanej działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalności,
- wskaźnika korygującego, którego wartość jest ustalana indywidualnie dla przedsiębiorcy.

Grupą działalności, której dotyczy przedmiot zamówienia, jest „działalność detektywistyczna i ochroniarska", dla której stopę procentową określono na poziomie 0,93%. Jednakże nie można zapominać, że o ostatecznej wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe decyduje wskaźnik korygujący.

Dopuszczalne wartości wskaźnika korygującego określa rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (t.j. Dz.U 2022, poz. 740, ze zm.). Zgodnie z §8 przedmiotowego rozporządzenia, stopy procentowe składek dla płatników ustala się jako iloczyn stopy procentowej składki określonej dla grupy działalności, do której został zakwalifikowany płatnik, oraz indywidualnego wskaźnika korygującego. zamówienia powiększoną o należy podatek od towarów i usług. Dane zaprezentowano w tabeli 1. Właśnie ze względu na zindywidualizowany charakter stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe, Zakład Ubezpieczeń Społecznych przekazuje płatnikowi składek (przedsiębiorcy) zawiadomienie o wysokości tejże stopy w danym roku składkowym.

Po drugie, w pozycji nr 8 kalkulacji Odwołujący obliczył „wynagrodzenie za urlop" przy założeniu, że każdy z pracowników wykorzysta 26 dni urlopu wypoczynkowego w okresie realizacji zamówienia. Przystępujący precyzuje, że mówimy tutaj o kosztach zapewnienia zastępstwa na czas nieobecności pracownika z uwagi na skorzystanie przez niego z prawa do urlopu wypoczynkowego. „Wynagrodzenie za urlop" jest pewnym skrótem myślowym Odwołującego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego w tym konkretnym postępowaniu właśnie taka liczba stanowi minimum. Zgodnie 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. Nie istnieje przepis, który nakazywałby udzielenie pracownikowi 26 dni urlopu w okresie kolejnych dwunastu miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych.

Po trzecie, Odwołujący postuluje konieczność uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty kosztów zastępstwa urlopowego pracowników w równych częściach w każdym miesiącu. Potwierdza to opis pozycji nr 8 kalkulacji *Wynagrodzenie za urlop – 26 dni w roku – koszt w skali 1 miesiąca*. Przystępujący podkreślił – za wyrokiem w sprawie o sygnaturze akt KIO 239/22 – iż element kosztotwórczy, jakim jest zastępstwo urlopowe nie jest elementem zawsze

pewnym i stałym. Ponadto, 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.

Powyższe dobitnie dowodzi, że kalkulacja, na której Odwołujący oparł zarzut nie stanowi kalkulacji minimalnych kosztów pracy, lecz kalkulację opartą na konkretnych założeniach. W takiej sytuacji cena oferty Przystępującego nie jest kalkulacją nierealną, a jedynie kalkulacją opartą na innych założeniach niż kalkulacja Odwołującego.

Jednocześnie nie sposób przyjąć, że tylko metoda kalkulacji ceny przyjęta przez Odwołującego jest prawidłowa i wszyscy wykonawcy winni byli szacować cenę oferty z takimi samymi założeniami. Okolicznością notoryjną jest, że na cenę wpływ mają czynniki indywidualnie dotyczące danego przedsiębiorcy.

Aby Odwołujący mógł skutecznie wykazać, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego, powinien wykazać, że nawet najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach nie może być pokryty za zaoferowaną cenę. W tym postępowaniu tak się nie stało, gdyby bowiem przyjąć mniejsze koszty w pozycjach wskazanych przez Przystępującego mogłoby się okazać, że cena jego oferty te koszty pokrywa (*vide* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.12.2022 r., sygn. akt KIO 3393/22 – podobna sprawa, w której Izba przyznała rację Przystępującemu).

W treści odwołania znajdziemy pewne luźne uwagi, sformułowane poza zasadniczą częścią uzasadnienia odwołania, którą jest przedstawiona kalkulacja rzekomo minimalnej stawki 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony.

Odwołujący wskazał, że w cenę usługi należy wliczyć m.in. koszty artykułów piśmiennych i biurowych. Tymczasem analiza dokumentów zamówienia wskazuje, że Zamawiający nie wymaga zapewnienia przez wykonawcę tego typu artykułów.

Odwołujący sugeruje, że wymóg skierowania do realizacji zamówienia pracowników kwalifikowanych uzasadnia konieczność wypłacania im wynagrodzenia wyższego niż minimalne. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska.

Przystępujący jest podmiotem gospodarczym znacznie większym i bardziej doświadczonym niż Odwołujący. Posiada również zdecydowanie szersze zasoby kadrowe. Konieczność skompletowania zespołu pracowników kwalifikowanych nie stanowi dla Przystępującego szczególnego problemu ani bariery w dostępie do zamówienia. Przystępujący dysponuje pracownikami kwalifikowanymi zatrudnionymi na podstawie umów o pracę za wynagrodzeniem minimalnym, co dokumentuje kilkoma przykładowymi dowodami (załącznik nr 1 do niniejszego pisma).

Na wiarygodność twierdzenia Odwołującego o rzekomej konieczności wypłaty pracownikom kwalifikowanym wynagrodzenia wyższego niż minimalne rzutuje również fakt, że obecnie to on realizuje tożsame usługi na rzecz Zamawiającego i zatrudnia w tym celu pracowników kwalifikowanych właśnie za wynagrodzeniem minimalnym. Przystępujący pozyskał te informacje bezpośrednio od pracowników Odwołującego, którzy z własnej inicjatywy nawiązali kontakt licząc na możliwość zatrudnienia w przedsiębiorstwie Przystępującego.

Zarzut, że Zamawiający mógł nie dochować należytej staranności w toku szacowania wartości zamówienia jest spóźniony oraz pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia. Cena oferty Odwołującego jest bardzo zbliżona do ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia, bowiem jest wyższa tylko o ok. 5%. Gdyby wartość szacunkowa zamówienia była skalkulowana błędnie, to również oferta Odwołującego byłaby dotknięta taką wadą.

Odwołujący przedstawił kolejną kalkulację rzekomo minimalnej stawki 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony. Tym razem do kalkulacji przyjął urlop wypoczynkowy w wymiarze 20 dni dla każdego pracownika. Również tym razem nie pokusił się o wytłumaczenie dlaczego właśnie 20 dni stanowić ma minimum w tym konkretnym postępowaniu.

Przystępujący wskazał, że procedura żądania wyjaśnień służy w głównej mierze temu, aby wykonawca, w stosunku do którego zamawiający nabierze podejrzenia, że oferuje cenę nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie danego zakresu prac, miał możliwość wyjaśnienia jakie założenia przyjął, kalkulując cenę swojej oferty. W orzecznictwie podkreśla się, iż kryteria, które wskazują na rażące zaniżenie ceny ofertowej są następujące: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu nieprzystawania do realiów rynkowych. Wymienione okoliczności nie mają miejsca w przedmiotowej sprawie, gdyż cena oferty Przystępującego nie różni się

znacznie od ceny oferty Odwołującego ani cen ofert pozostałych wykonawców, zaś na etapie postępowania o udzielenie zamówienia u Zamawiającego nie zaistniały żadne wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zadeklarowaną przez Przystępującego.

Zarzut, że Zamawiający skutecznie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 224 Pzp jest subiektywnym poglądem Odwołującego. Treść wiadomości w żaden sposób nie wskazuje na to, by miało to być wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 224 Pzp:

1.Dyspozycja wiadomości wprost, w bezpośrednich słowach wyraża wzór zachowania pożądanego przez jej nadawcę. Przystępujący – jako adresat wiadomości – powinien odnieść się do informacji zawartych w piśmie załączonym do tejże wiadomości. Z treści wiadomości nie można wywieść, że Przystępujący został zobowiązany do złożenia wyjaśnień ceny własnej oferty.

2.Wiadomość nie zawiera żadnej podstawy prawnej działania Zamawiającego, w szczególności brak jest nawiązania do art. 224 Pzp.

3.Treść wiadomości nie wskazuje jakoby Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego.

4.Nadawca wiadomości wyznaczył krótki termin złożenia odpowiedzi, wynoszący ok. 48 godzin. Orzecznictwo KIO wskazuje, że długość terminu złożenia wyjaśnień ceny oferty powinna być odpowiednia do okoliczności sprawy. Termin powinien być realny, który w toku normalnych czynności umożliwiałby przeciętnemu wykonawcy przygotować rzetelne wyjaśnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny i przekazać je we właściwej formie, treści i terminie (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.05.2017 r., sygn. akt KIO/KD 18/17). W opinii Przystępującego, termin dwudniowy nie pozwala na wszechstronne i rzetelne wyjaśnienie ceny oferty.

5.Wiadomość nie zawiera pouczenia o skutkach prawnych niezastosowania się do jej dyspozycji.

6.Przystępujący potraktował wiadomość jako przejaw chęci zapewnienia przez Zamawiającego realizacji zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które normuje przepis art. 16 Pzp. Zamawiający miał prawo powziąć wątpliwość co do zasadności donosu skierowanego przez Odwołującego i z tego powodu poprosić Przystępującego o odniesienie się do informacji zawartych w tymże donosie.

7.Jak Przystępujący podkreślił w swojej odpowiedzi na prośbę Zamawiającego, instrumentu wezwania do złożenia wyjaśnień ceny nie można stosować arbitralnie. Ponadto, wezwanie nieuzasadnione w danym stanie faktycznym jest krzywdzące dla wykonawcy, który skalkulował cenę swojej oferty prawidłowo i jako takie może być rozpatrywane w kategoriach nierównego traktowania wykonawców.

8.Prawdopodobnie z tego powodu – jeszcze przed wszczęciem procedury badania ceny oferty – Zamawiający poprosił Przystępującego o odniesienie się do informacji zawartych w donosie konkurenta. Analiza pism obu wykonawców zapewne utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że w sprawie nie zaistniały przesłanki do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Zamawiający miał pełne prawo podjąć taką decyzję, ponieważ powinien kierować się dyspozycją art. 224 ust. 1 Pzp, a nie treścią donosu wykonawcy.

9.Przystępujący ocenia całokształt działań Zamawiającego jako dowód profesjonalizmu i zawodowej obiektywności, które cechują najlepszych fachowców.

Przystępujący podkreślił, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy odrzucenie jego oferty z uwagi na rzekome zaoferowanie rażąco niskiej ceny byłoby bezpodstawne. Sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 wymaga bowiem uprzedniego przeprowadzenia procedury badania ceny oferty, której w tym przypadku Zamawiający w ogóle nie przeprowadził, gdyż nie był do tego zobowiązany.

W sytuacji, w której wszystkie z wcześniejszych zarzutów podlegają oddaleniu, również zarzut wynikowy wadliwego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu zasługuje na oddalenie. W ocenie Przystępującego, odwołanie ma charakter pozorny i zmierzający wyłącznie do przedłużenia postępowania, zwłaszcza z uwagi na fakt, że aktualnie to Odwołujący realizuje usługi na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 31 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie Pzp, wykona czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. Przystępujący, na podstawie art. 523 ust. 1 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania oraz podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 20 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie

do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Sp. z o.o., Zakład Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgodnie z art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Na skutek zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Przystępujący wstąpił w prawa strony postępowania odwoławczego.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 239 Pzp, ewentualnie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust.6 Pzp.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie ochrony obiektów Zamawiającego. Usługa obejmuje łącznie 52 560 roboczogodzin. Termin realizacji zamówienie obejmuje okres od dnia 22 maja 2024 r. do dnia 21 maja 2025 r. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego usługa nie może być realizowana przez osoby z orzeczoną niepełnosprawnością bez względu na jej stopień, co skutkuje obowiązkiem zatrudnienia pracowników wyłącznie na podstawie umowy o pracę. Na wykonawcy spoczywa zatem obowiązek poniesienia kosztów zatrudnienia takich jak: wynagrodzenie podstawowe, dodatek za pracę w porze nocnej, składki ZUS pracodawcy, wynagrodzenie za urlop itp. Zamawiający nie przewidział waloryzacji umowy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, a tym samym, każdy z wykonawców powinien w cenie oferty skalkulować wysokość wynagrodzenia obowiązującą w całym okresie 2024 r., które w dniu składania ofert było mu znane. Minimalne wynagrodzenie w I półroczu 2024 r. wynosi 4242,00 zł brutto, zaś w II półroczu 2024 r. 4300,00 zł brutto. Uśredniony poziom minimalnego wynagrodzenia zasadniczego wyniesie 4293,72 zł.

Biorąc pod uwagę obowiązujące stawki wynagrodzenia minimalnego można obliczyć minimalne jednostkowe koszty 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony.

Oprócz kosztów wynagrodzeń wykonawca musi ponieść w celu należytej realizacji przedmiotu umowy inne dodatkowe koszty, takie jak: koszty administracyjne, koszty umundurowania, koszty nadzoru, koszty środków łączności, koszty zapewnienia w przypadku wystąpienia potrzeby - przyjazdu grupy interwencyjnej, ewentualnie koszty przeszkolenia pracowników z zakresu udzielania pierwszej pomocy przedmedycznej, wyposażenia pracowników ochrony w jednolite mundury z emblematami wykonawcy, identyfikatory ze zdjęciem, potrzebny sprzęt specjalistyczny oraz środki łączności, a także koszty zatrudnienia szefa ochrony.

W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert. Złożone oferty opiewały na ceny wynikające z iloczynu stawki za 1 roboczogodzinę i ilości godzin wskazanych przez Zamawiającego. Wykonawcy wskazali następujące stawki za 1 roboczogodzinę: 39 zł, 39,90 zł, 35,80 zł, 33,23 zł (Ekotrade), 35,38 zł (Odwołujący), 35,70 zł oraz 31,01zł (Monster Group Sp. z o.o. - oferta odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę, z powodu braku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego).

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. Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień zawsze w przypadku, gdy cena oferty budzi wątpliwości co do pokrycia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia w świetle wiedzy i doświadczenia Zamawiającego oraz cen występujących na rynku. Wątpliwości Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione. Obowiązek badania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny powstaje w szczególności w przypadku, gdy powstają wątpliwości, czy zaoferowana cena pokrywa koszty minimalne wynagrodzenia pracowników oraz pozostałe koszty wynikające z zakresu i warunków realizacji usługi, określonych w SWZ.W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakim dysponuje Zamawiający.

W przypadku zamówienia na usługę ochrony fizycznej osób i mienia należy mieć na uwadze, że podstawowym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony. Zamawiający, oceniając ofertę pod względem realności jej ceny, powinien wziąć pod uwagę koszty osobowe związane z realizacją usługi ochrony z uwzględnieniem określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań mających wpływ na cenę oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił: zakaz realizacji zamówienia przy pomocy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wymóg realizacji usługi w porze nocnej, a także inne wymagania generujące koszty po stronie wykonawcy, takie jak: koszty administracyjne, koszty umundurowania, koszty nadzoru, koszty zatrudnienia szefa ochrony, koszty środków łączności, koszty zapewnienia - w

przypadku wystąpienia potrzeby - przyjazdu grupy interwencyjnej, ewentualnie koszty przeszkolenia pracowników z zakresu udzielania pierwszej pomocy przedmedycznej, wyposażenia pracowników ochrony w jednolite mundury z emblematami wykonawcy, identyfikatory ze zdjęciem, potrzebny sprzęt specjalistyczny.

Cena oferty Przystępującego, na pierwszy rzut oka, nie odbiega znacząco od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego oraz cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Cena oferty Przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o 7%, niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 1% i niższa o 6% od ceny oferty Odwołującego.

Izba nie podzieliła jednak poglądu Przystępującego, że powyższe wskazuje, iż cena oferty Przystępującego musi być realistyczna i adekwatna do stawek rynkowych.

Izba zważyła, że przyjmując, iż w większości przypadków usługa ochrony osób i mienia jest realizowana przez pracowników ochrony wynagradzanych na poziomie minimalnym, to wątpliwość, czy cena oferty pokrywa w pełni koszty wynagrodzenia minimalnego pracowników, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa na czas korzystania przez pracowników z prawa do urlopu, zastępstwa w przypadku choroby oraz pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem, w tym pracy w porze nocnej, itp., powinna skłonić Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w szczególności do wykazania, że wszystkie koszty zostały skalkulowane w cenie oferty i gwarantują osiągnięcie przez wykonawcę rentowności przy realizacji usługi.

Oczywistym jest, że sama tylko niewielka różnica pomiędzy cenami ofert nie stanowi o tym, że cena niższa od pozostałych zaoferowanych cen jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie może przyjąć jednak w sposób arbitralny, że w przypadku danego wykonawcy występują pewne szczególnie korzystne czynniki pozwalające na skalkulowanie oferty poniżej normalnie ponoszonych minimalnych kosztów przy realizacji usługi o danym charakterze przez przeciętnego wykonawcę.

W warunkach konkurencji na rynku normalnym zjawiskiem jest występowanie niewielkich różnic w cenach oferowanych przez wykonawców. Różnica taka może wynikać z poziomu ponoszonych kosztów, poziomu marży itp., jednak w przypadku usługi, której koszt opiera się zasadniczo na minimalnej stawce wynagrodzenia pracowników, której nie można obniżyć ze względu na regulacje ustawowe, a cena oferty opiewa na kwotę oscylującą na poziomie samych tylko minimalnych kosztów wynagrodzenia pracowników, uzasadnione są wątpliwości, czy wykonawca prawidłowo skalkulował wszystkie koszty realizacji zamówienia.

Przystępujący oświadczył, że uwzględnił w zaoferowanej cenie wszelkie koszty wykonania zamówienia, w tym wynagrodzenie pracowników w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Żadnych szczegółowych okoliczności w toku postępowania odwoławczego jednak nie wyjaśnił.

Izba wzięła pod uwagę, że kalkulacje kosztów wynagrodzenia pracowników przedstawione przez Odwołującego są jedynie przykładowymi kalkulacjami, wykonanymi przy uwzględnieniu różnych wariantów okresu zastępstwa urlopowego pracowników. W kalkulacjach tych Odwołujący nie ujął kosztów absencji chorobowej oraz założył, że wszyscy pracownicy skierowani do realizacji usługi będą znajdować się w wieku pozwalającym na zwolnienie ich wynagrodzenia ze składek ZUS pracodawcy na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz, że żaden z pracowników wykonawcy nie przystąpi do Pracowniczych Planów Kapitałowych. Okoliczności powyższe w praktyce mogą mieć jednak wpływ na realne podwyższenie kosztów realizacji usługi. Trudno bowiem zakładać jako pewnik, że żaden z około 14 pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w ciągu 12 miesięcy nie skorzysta ze zwolnienia chorobowego. Kalkulacja wynagrodzeń minimalnych przy założeniu urlopu pracowników w wymiarze średnio jedynie 11 dni w ciągu roku nie potwierdza, że oferta Ekotrade jest rentowna. Odwołujący przedstawił różne sposoby kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników, przy różnych założeniach dotyczących liczby dni urlopu, które wykorzysta każdy pracownik w okresie realizacji umowy. Każdy z tych wariantów kosztowo przekracza cenę zaoferowaną przez Przystępującego, a co należy podkreślić są to jedynie koszty wynagrodzeń. Z przedstawionych przez Odwołującego kalkulacji wynika, że cena oferty Konsorcjum Ekotrade jest niższa od minimalnych możliwych kosztów wynagrodzenia pracowników z uwzględnieniem częściowego tylko wykorzystania prawa do urlopu. Tym samym, same tylko koszty z tytułu minimalnego wynagrodzenia pracowników Konsorcjum Ekotrade uzasadniają wątpliwości, że ww. oferta może nie gwarantować prawidłowej realizacji zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę również, że Odwołujący przedstawił potwierdzenie stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe Przystępującego w 2023 r., a przy tym Przystępujący nie przedstawił dowodu przeciwnego na fakt, że stawka ta ma inny wymiar w bieżącym roku składkowym. Przystępujący podnosił, że stopa procentowa składki na ubezpieczenie wypadkowe może być niższa niż 0,93%, jednak faktu tego w żaden sposób nie wykazał.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, Izba podziela pogląd, że faktem oczywistym jest, iż wykonawca z tytułu zastępstwa urlopowego poniesie koszty w zależności od tego, w jaki sposób pracownicy wykorzystają swoje prawo do urlopu. Nie jest jednak prawdopodobne, aby pracownicy w ogóle nie skorzystali z prawa do urlopu w czasie realizacji zamówienia od dnia 22 maja 2024 r. do dnia 21 maja 2025 r., biorąc pod uwagę, że okres ten obejmuje m.in. letni sezon

urlopowy. Zastępstwo urlopowe nie jest elementem zawsze pewnym i stałym, jednak rzetelna kalkulacja kosztów realizacji zamówienia powinna uwzględniać ten koszt, oszacowany w oparciu o rzetelne dane.

Izba podziela także pogląd, że okolicznością notoryjną jest, iż na cenę oferty wykonawcy mają wpływ czynniki indywidualnie dotyczące danego przedsiębiorcy, jednak przy założeniu, że pracownicy są wynagradzani na poziomie wynagrodzenia minimalnego, nie ma możliwości, biorąc pod uwagę przeciętne warunki rynkowe, obniżenia tego kosztu. Jeśli zatem dany wykonawca dysponuje szczególnymi warunkami bardziej korzystnymi, niż dostępne przeciętnemu wykonawcy, to powinien takie okoliczności wykazać w postępowaniu wyjaśniającym.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, w szczególności fakt, że podstawowym składnikiem kosztów usługi ochrony osób i mienia jest wynagrodzenie pracowników, a także fakt, że cena oferty kształtuje na poziomie tego kosztu skalkulowanego na poziomie minimalnym, cena zaoferowana przez Przystępującego powinna wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W przypadku usługi ochrony osób i mienia należy ocenić możliwość pokrycia przede wszystkim kosztów wynagrodzenia pracowników przynajmniej na poziomie minimalnym, ale również pokrycia pozostałych kosztów wynikających ze specyfiki usługi i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Wątpliwości powyższe Zamawiający powinien wyjaśnić w trybie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba podkreśla jednocześnie, że sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga uprzedniego przeprowadzenia procedury badania ceny oferty w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego. W tej sytuacji zarzut ewentualny zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ekotrade jest przedwczesny na obecnym etapie. Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 239 Pzp i art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Tym samym, Izba uznała, że Zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie określonym w art. 224 ust. 1 Pzp. W szczególności nie można przyjąć, że prośba Zamawiającego o ustosunkowanie się do pisma złożonego przez Odwołującego z dnia 7 maja 2024 r. znajduje podstawę prawną w przepisach ustawy Pzp. Czynność ta nie może zastępować wezwania, o którym mowa jest w art. 224 ust. 1 Pzp i powodować skutki prawne wynikające z wezwania. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może dokonywać czynności wyłącznie na podstawie przepisów ustawy Pzp i w granicach wynikających z tych przepisów. Jednocześnie, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał zasadności twierdzenia, że odwołanie ma charakter jedynie pozorny, zmierzający wyłącznie do przedłużenia postępowania. Powyższe twierdzenie nie znajduje uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy, a tym samym należy uznać, że jest bezpodstawne.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……