

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm BASMA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy Al. Prymasa Tysiąclecia 58 i CERBER OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw, przy ul. Nowomiejskiej 49 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Lublinie, ul. Stanisława Staszica 16

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4 i SILESIA EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Śmiłowskiego 2

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm BASMA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy Al. Prymasa Tysiąclecia 58 i CERBER OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw, przy ul. Nowomiejskiej 49 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm BASMA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy Al. Prymasa Tysiąclecia 58 i CERBER OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw, przy ul. Nowomiejskiej 49 tytułem uiszczzonego wpisu i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika przystępującego,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm BASMA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy Al. Prymasa Tysiąclecia 58 i CERBER OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw, przy ul. Nowomiejskiej 49 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4 i SILESIA EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Śmiłowskiego 2 kwotę: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wydatków 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia Oddziału Sądowo - Psychiatrycznego przy ul. Głuskiej 1 zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer publikacji ogłoszenia: 00795468-2023, Numer wydania Dz.U. S: 251/2023 z dnia 29.12.2023 r.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm BASMA SECURITY Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie przy Al. Prymasa Tysiąclecia 58 i CERBER OCHRONA Sp. z o. o., z siedzibą w Liw, przy ul. Nowomiejskiej 49. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty „EKOTRADE” z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że „EKOTRADE” został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta „EKOTRADE” zawiera rażąco niską cenę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenie oferty „EKOTRADE”,
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wskazał na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Oferta odwołującego jest obecnie sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzuty odwołania prowadzą do unieważnienia czynności wyboru oferty, a w dalszej kolejności do odrzucenia oferty „EKOTRADE” i wyboru oferty odwołującego.

Odwolujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, należycie zbadałby i ocenił ofertę wykonawcy „EKOTRADE”. W konsekwencji, zamawiający uznałby, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy „EKOTRADE” generują stratę, a sam sposób przedstawiania kalkulacji stanowi manipulację tego wykonawcy.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwolujący wskazał nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy nie-wątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić to odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy - dokonanie badania i oceny ofert w sposób nienależyty, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że oferta wykonawcy „EKOTRADE” nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę, wskazać należy, co następuje.

W dniu 26.02.2024 r. odwołujący wniósł do KIO odwołanie (sygn. akt. KIO 614/24) w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie ustawy przez zaniechanie wezwania „EKOTRADE” do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez niego ceny.

Pismem z dnia 29.02.2024 r. „EKOTRADE” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jednocześnie w dniu 06.03.2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, natomiast uczestnik postępowania „EKOTRADE” w toku posiedzenia niejawnego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Przystępujący („EKOTRADE”) w toku rozprawy, na co zwróciła uwagę KIO „nie wykazał w żaden sposób, że zakładane przez odwołującego którekolwiek elementy kalkulacji ceny oferty są nieuzasadnione, czy też że są sztucznie zawyżone”.

Przystępujący „EKOTRADE” „odniósł się w zasadzie wyłącznie do kalkulacji kosztów tzw. zastępstwa urlopowego. Czynił w tym zakresie poniekąd zarzut odwołującemu, że w założeniach uwzględnił wymiar 20 dni urlopu wypoczynkowego, a nie 26 dni. Jednak odwołujący zwrócił uwagę, że jest to założenie korzystniejsze dla przystępującego. Przystępujący wskazywał na to, że urlop wypoczynkowy pracownicy mogą wykorzystać poza okresem realizacji zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów pracodawcy. Jednakże, po pierwsze okres realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a po drugie kwestie które wpływają na obniżenie i tak minimalnych założeń co do kosztów pracy winne być wyjaśnione w postępowaniu wyjaśniającym przeprowadzonym w trybie art. 224 ust. 1 ustawy i poddane ocenie zamawiającego.” Tym samym „Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 27 marca 2023r sygn. akt KIO 656/23, że: „zamawiający powinien zatem każdorazowo żądać od wykonawców wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, jeśli pojawią się uzasadnione wątpliwości odnośnie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a zwłaszcza z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę”.

W efekcie, przystępujący „EKOTRADE” wezwany do złożenia wyjaśnień i dowodów w piśmie datowanym na dzień 02.04.2024 r. stwierdził, że „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 zamówienia."

Powyższa manipulacja zaprezentowana przez „EKOTRADE” polegająca na żonglowaniu urlopami wypoczynkowymi zatrudnionych pracowników nie znajduje żadnego umocowania prawnego i stanowi naruszenie podstawowych praw pracowniczych. Ponadto „EKOTRADE” dodatkowo w złożonych wyjaśnieniach (kalkulatory do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty - usługa ochrony) wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami uwidocznił, że wymiar urlopu pracowników wynosi 13 dni (co jest niezgodne z art. 154. § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy) zamiast, w zależności od stażu pracy, 20 dni lub 26 dni oraz na stronie 8 złożonych wyjaśnień stwierdził, że „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 zamówienia".

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.08.2021 r. Sygn. akt: KIO 1563/18 w analogicznej sprawie stanowczo stała w obronie praw pracowniczych, a co za tym idzie przestrzegania przez pracodawcę norm prawa w zakresie uprawnień zatrudnionych pracowników.

Co więcej, w przedmiotowej sprawie w której już odbyła się jedna rozprawa, a w której to uczestniczył „EKOTRADE” Izba wskazała: „Przystępujący wskazywał na to, że urlop wypoczynkowy pracownicy mogą wykorzystać poza okresem realizacji zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów pracodawcy. Jednakże, po pierwsze zwrócić należy uwagę na okres realizacji niniejszego zamówienia (tj. 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy)"

W związku z powyższym odwołujący poniżej zaprezentował kalkulację prawidłowego wyliczenia stawki za jedną roboczogodzinę pracownika ochrony zatrudnionego w ramach umowy o pracę, przyjmując jednocześnie korzystne dla „EKOTRADE” założenie, że pracownicy posiadają prawo do jedynie 20 dni urlopu. Z tych kalkulacji wynika, że zaproponowane stawki za jedną rbg pracownika ochrony w przedłożonych przez „EKOTRADE” kalkulatorach nie pokrywają ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę, a przyjmując właściwe dane, koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracowników przewyższają cenę oferty „EKOTRADE”.

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę: 4.242,00 zł

Kalkulacja świadczenia urlopowego „EKOTRADE”: 333,00 zł

Prawidłowa kalkulacja świadczenia urlopowego: 430,21 zł

Różnica: - 97,21 zł

Różnica 13,07 pełnych etatów: - 1.270,53 zł

Zakładany zysk w ujęciu miesięcznym: 327,00 zł

Wysokość straty w ujęciu miesięcznym: - 943,53 zł

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę: 4 300 zł

Kalkulacja świadczenia urlopowego „EKOTRADE”: 278,00

Prawidłowa kalkulacja świadczenia urlopowego: 436,00 zł

Różnica: - 158,00 zł

Różnica 13,07 pełnych etatów: - 2.065,06 zł

Zakładany zysk w ujęciu miesięcznym: 100,00 zł

Wysokość straty w ujęciu miesięcznym: - 1.965,06 zł

W tym zakresie wskazał na pierwotne wyliczenia Odwołującego z pierwszego postępowania odwoławczego przed KIO, które przesądziły o konieczności uwzględnienia zarzutów odwołania i sprowadzały się do tezy, że dokonując wyliczenia kosztów pracy łącznie z kosztami wynagrodzenia urlopowego i z tytułu zwolnień lekarskich, to konieczne do poniesienia koszty nie znajdowały pokrycia w uzyskiwanych przychodach nawet z uwzględnieniem kwoty planowanego zysku. „EKOTRADE” jednocześnie ujawnił, że w kalkulacji uwzględnił koszty związane z zapewnieniem zastępstw chorobowych w kwocie 8,50 zł miesięcznie na 1 etat do dnia 30.06.2024 r. i 9,00 zł miesięcznie na 1 etat do dnia 28.02.2025 r. Powyższe oznacza, że zatrudniając w przeliczeniu na pełne etaty 13,07 pracowników w skali jednego miesiąca zabezpieczenie na wynagrodzenia chorobowe wynosi odpowiednio 111,10 zł/m-c i 117,63 zł/m-c. co oznacza, że w okresie realizacji całego zamówienia „EKOTRADE” dysponuje kwotą 1385,44 zł. na 13,07 etatowych pracowników w okresie 12 miesięcy. W tym miejscu istotne jest, iż „EKOTRADE”, który charakteryzuje sam siebie jako znaczącego, profesjonalnego i doświadczonego gracza na rynku usług ochrony osób i mienia, na potwierdzenie powyższych wyliczeń wynagrodzenia chorobowego nie przedkłada żadnego uzasadnienia uprawdopodobniającego założone wartości kwotowe.

„EKOTRADE” dodatkowo twierdzi, że „dysponuje niezbędnym sprzętem technicznym i umundurowaniem, które zostały zamortyzowane w toku realizacji innych zamówień, toteż nie musi ponosić dodatkowych kosztów z tym związanych."

Można się zgodzić, że zamortyzowany drobny sprzęt techniczny pozostaje w dyspozycji „EKOTRADE”, to jednak niesmak budzi wykorzystanie używanego umundurowania (np. buty, koszule, T-shirt, czapka, rękawiczki, itp.) przez kolejnych pracowników przy realizacji nowego kontraktu, tym bardziej, że „EKOTRADE” w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedłożył bankowe zaświadczenie o zdolności kredytowej w wysokości 10 mln zł. W ocenie odwołującego takie

zachowanie jest co najmniej naganne, a w tej konkretnej sytuacji wprost niewiarygodne, a co za tym idzie niedopuszczalne.

Na marginesie odwołujący zaznaczył, że „EKOTRADE” w składanych zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nieudolnie nagminnie stosuje technikę erystyki tj. suflowanie treści mających wywołać przeświadczenie o nieomyślności prezentowanych racji w wywodach dotyczących rażąco niskich cen przez wskazywanie na posiadanie wysokiej zdolności kredytowej, prowadzenia od wielu lat działalność gospodarczej i legitymowanie się listami referencyjnymi. Nawet w wykazie załączników do wyjaśnień „EKOTRADE” wskazuje enumeratywnie na 16 załączonych zatytułowanych „dowodów” w omawianej sprawie. Jednak spośród tych 16 dokumentów tylko 3 informacje można zakwalifikować jako mogące mieć wpływ na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny tj. 2 szt. kalkulacji (de facto błędnych) i informacja o wysokości stopy składki na ubezpieczenie wypadkowe. Pozostałe 12 szt. dokumentów to referencje i 1 dokument dot. zdolności kredytowej, które nie mają żadnego wpływu i znaczenia w materii, o której mowa wyżej. To na składającym wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej spoczywa ciężar udowodnienia, że jego cena została skalkulowana zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia, w tym innych przepisów prawa, ciężar ten nie jest jednak liczony w kilogramach.

Na poparcie powyższego twierdzenia odwołujący wskazał przykładowe wyroki KIO: Sygn. akt: KIO 2773/22 Wyrok z dnia 2 listopada 2022 r., Sygn. akt: KIO 2833/21 wyrok z dnia 21 października 2021 r., Sygn. akt: KIO 1277/22 WYROK z dnia 30 maja 2022 r

„EKOTRADE” w składanych wyjaśnieniach str. 2 podkreśla, „że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swoich żądań, nie wyjaśnił dlaczego cena wykonawcy budzi jego wątpliwości. Trudno w takiej sytuacji złożyć wyjaśnienia satysfakcjonujące Zamawiającego...” W tym miejscu na uwagę zasługuje fakt, iż „EKOTRADE” jako wieloletni uczestnik rynku zamówień publicznych wielokrotnie próbował bronić przed KIO własnych wyjaśnień na co wskazuje przytoczone powyżej orzecznictwo, a co za tym idzie doskonale wie które elementy winien wyjaśnić. Zatem oczywistym jest fakt, że składając ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym z ceną jednostkową za jedną rbg pracy pracownika która to cena jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę należało wyjaśnić i udowodnić jakie to czynniki wpływają na możliwość obniżenia kosztów wynagrodzenia pracowników.

Jednocześnie należy wskazać na daleko posuniętą hipokryzję wykonawcy albowiem w sytuacji kiedy to zarzucając innym wykonawcom stosowanie rażąco niskiej ceny „EKOTRADE” zmienia filozofię własnego postępowania i wówczas wskazuje na następujące okoliczności: Sygn. akt: KIO 1293/22 WYROK z dnia 6 czerwca 2022 r

Reasumując, w oparciu o przedłożoną w tym odwołaniu argumentację, dowody i wyroki KIO, znajduje umocowanie prawne i merytoryczne stwierdzenie, że „EKOTRADE” stosuje pozbawioną jakichkolwiek podstaw karkołomną wykładnię kalkulacji stawek ofertowych na bazie wątpliwej jakości pomysłów rzekomo pozwalających na obniżenie kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Tego typu działania są jedynie ukierunkowane na uzasadnienie, a raczej dostosowanie wyjaśnień do bezpodstawnie i bezprawnie zaniżonych kosztów wynikających również z zatrudnienia etatowych pracowników.

Konsekwencją uchybień zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad co więcej, emanacją respektowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest także skrupulatne weryfikowanie oferty złożonej przez wykonawcę, któremu udzielone zostać ma zamówienie, pamiętając, iż weryfikacja ta nie może być oderwana od podstawowego celu postępowania jakim jest udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że wszelkie dodatkowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy dowody wykraczające ponad te, jakie znajdują się w korespondencji przystępującego z zamawiającym prowadzonej w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny, winny zostać pominięte jako spóźnione.

W dniu 25 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4 i SILESIA EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Śmiłowskiego 2 wnosząc o oddalenie odwołania.

Konsorcjum z liderem EKOTRADE Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem:

- w toku postępowania wykazało, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- jego oferta słusznie została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu,

3 w tej sytuacji oddalenie odwołania będzie miało wpływ na wynik postępowania i możliwość uzyskania zamówienia przez przystępującego.

Przystępujący wskazał ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oferty przystępującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy.

Przystępujący posiada zatem bezpośredni interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego prowadzonego w ww. sprawie i uzyskania rozstrzygnięcia na jego korzyść. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu lidera konsorcjum działającego w oparciu o pełnomocnictwo dla lidera z dnia 26 stycznia 2024 r. udzielone za lidera przez prezesa zarządu, za partnera przez wiceprezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 9 maja 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 13 maja 2024 r. uczestnik złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania oraz wskazał, że jego zdaniem, stanowisko zamawiającego motywowane jest wyłącznie względami finansowymi, tzn. zamawiający pragnie uniknąć ewentualnego poniesienia kosztów postępowania odwoławczego. W szczególności z treści uzasadnienia nie wynika jakoby zamawiający zmienił zdanie i uznał cenę oferty przystępującego za rażąco zaniżoną.

Przystępujący odniósł się do pojęcia ceny rażąco niskiej i powołał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.01.2019 r. (sygn. akt: KIO 2640/18), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 953/22), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 207/22). Przystępujący przytoczył treść art. 224 ust. 1 i 2 ustawy oraz orzeczenia wyrok KIO z dnia 12.10.2020 r. (sygn. akt KIO 2283/20).

Podniósł, że cena, jaką zaoferował, 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 powiększoną o należyty podatek od towarów i usług. Dane zaprezentowano w tabeli 1.

Tabela 1. Dane według następującej kolejności: wykonawca, cena brutto, stosunek do średniej cen ofert, stosunek do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należyty VAT

Przystępujący - 1 134 129,47 zł; 98,2%; 94,6%

Odwołujący - 1 151 632,47 zł, 99,7%; 96,0%

MM Service - 1 162 328,75 zł; 100,6%; 96,9%

Impel - 1 173 349,15 zł; 101,6%; 97,8%

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 niecałe 2%, a więc jest do niej bardzo zbliżona,
- 2) jest niższa od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia tylko o ok. 5,5%, zatem jest do niej bardzo podobna,
- 3) jest niższa tylko o 1,5% od ceny oferty odwołującego, a więc jest do niej bardzo podobna. Nadmieniał, 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 po prostu o dobrej wycenie przystępującego,
- 4) ceny ofert wszystkich wykonawców są do siebie zbliżone.

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. Powołał wyrok z dnia 25.03.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 287/10). Należy odróżnić zaoferowanie ceny niskiej od zaoferowania ceny rażąco niskiej. Powołał 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 z dnia 24.03.2015 r. (sygn. akt KIO 436/15), wyrok z dnia 15.04.2015 r. (sygn. akt KIO 642/15), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.05.2015 r. (sygn. akt KIO 935/15).

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

Sam 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). Po pierwsze, na str. 4-5 odwołania odwołujący zacytował obszernie fragmenty wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt KIO 1563/18. Przystępujący podkreślił, że wyrok ten zapadł w innym stanie faktycznym niż w tym postępowaniu.

W tamtej sprawie wykonawca składający wyjaśnienia ceny oferty twierdził, że jego pracownicy skorzystają z urlopu wypoczynkowego w kolejnym roku kalendarzowym zamiast w roku, w którym uzyskali do niego uprawnienie. Wykonawca powołał się na możliwość udzielenia tzw. „urlopu zaległego” do dnia 30 września roku następującego po roku, w którym pracownik uzyskał prawo do urlopu. W zamyśle wykonawcy miało to pozwolić na „przesunięcie” kosztów urlopu pracowników na inny rok i inne zamówienie. Izba uznała wówczas, że właśnie taki zabieg „przesunięcia” kosztów urlopu poprzez udzielenie urlopów pracownikom w kolejnym roku narusza przepis art. 161 kodeksu pracy.

W tej sprawie przystępujący nie próbuje „przesuwać” kosztów urlopu na kolejny rok z wykorzystaniem szczególnej regulacji tzw. „urlopu zaległego”.

Okres realizacji zamówienia obejmuje tylko 12 miesięcy licząc od bliżej niesprecyzowanego „dnia zawarcia umowy”. Termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia upłynął w dniu 2 lutego 2024 r. Uwzględniając procedury przetargowe, przystępujący przyjął rozsądne założenie, że rozpoczęcie realizacji zamówienia będzie możliwe z dniem 01.03.2024 r., co skutkować będzie zakończeniem świadczenia usługi z dniem 28.02.2025 r. i taki okres realizacji zamówienia przyjął w kalkulacji ceny swojej oferty. Znajduje to potwierdzenie w treści złożonych wyjaśnień ceny oferty.

Co istotne w sprawie, termin realizacji zamówienia nie obejmuje okresu od 1 stycznia do 31 grudnia tego samego roku, lecz dwanaście kolejnych miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych.

Przystępujący od samego początku twierdzi, że był uprawniony przyjąć do kalkulacji, że pracownicy skierowani do realizacji zamówienia wykorzystają część urlopów należnych za 2024 r. przed dniem rozpoczęcia realizacji zamówienia oraz część urlopów należnych za 2025 r. po dniu zakończenia realizacji zamówienia. Zatem nie ma tutaj mowy o udzielaniu tzw. „urlopu zaległego”. Przystępujący planuje udzielać pracownikom urlopów w roku, w którym nabyli do niego uprawnienia.

Odwołujący zacytował również fragment tego samego wyroku odnośnie kosztu zwolnień chorobowych. Izba stwierdziła wówczas, że trudno wyliczyć koszty z tego tytułu w oparciu o dane statystyczne, jednakże niewątpliwie trzeba przyjąć jakąś szacunkową ich wysokość. Dokładnie tak poczynił przystępujący, przyjmując pewną kwotę ustaloną na bazie swojego ponad trzydziestoletniego doświadczenia branżowego – potwierdzenie znajdziemy w treści złożonych wyjaśnień ceny oferty.

Kolejny cytat z wyroku dotyczył tego, że niedopuszczalne jest przerzucanie części kosztów na inne zamówienia. Jak wytłumaczono już wyżej, przystępujący nie zamierza przerzucać żadnych kosztów. Wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia zostaną pokryte z przychodów związanych z tym zamówieniem.

Z uwagi na powyższe, referowanie przez odwołującego do wyroku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1563/18 uznać należy za błędne a rozstrzygnięcie Izby za irrelewantne w przedmiotowej sprawie.

Po drugie, odwołujący przedstawił na str. 6 odwołania własną kalkulację. Ta kalkulacja została przygotowana według zupełnie innego założenia odnośnie urlopów pracowniczych niż wyliczenia przystępującego – odwołujący założył 20 dni urlopu dla każdego pracownika. Oczywiście jest, że kalkulacja oparta na innych założeniach da inne wyniki.

Nie sposób jednak przyjąć, że tylko sposób kalkulacji ceny przyjęty przez odwołującego jest prawidłowy 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. Profesjonalny wykonawca kalkuluje cenę oferty z uwzględnieniem sprzyjających mu okoliczności i tak też uczynił przystępujący w przedmiotowym postępowaniu. To, że odwołujący nie dysponuje pracownikami o określonych przymiotach i w związku z tym ponosi wyższe koszty realizacji zamówienia nie oznacza, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uparczywie próbuje narzucić tezę o konieczności uwzględnienia w kalkulacji co najmniej 20 dni urlopu na każdego pracownika, lecz faktycznie w żaden sposób nie jest w stanie wykazać dlaczego w tym konkretnym postępowaniu właśnie taka liczba stanowi minimum. Opiera się wyłącznie na przepisie art. 154 §1 kodeksu pracy, który normuje wymiar urlopu w roku kalendarzowym.

Jak wskazano już powyżej, termin realizacji zamówienia nie obejmuje okresu od 1 stycznia do 31 grudnia tego samego roku, lecz dwanaście kolejnych miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych. Z tego powodu założenia kalkulacyjne przystępującego są realne i nie stoją w sprzeczności z regulacjami prawa pracy. Nie istnieje przepis, który nakazywałby udzielenie pracownikowi co najmniej 20 dni urlopu w okresie kolejnych dwunastu miesięcy na przestrzeni dwóch lat kalendarzowych.

Ponadto, 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. Tym samym należy go rozpatrywać zawsze w konkretnym stanie faktycznym a przede wszystkim zgodnie z założeniami poczynionymi przez wykonawcę

składającego ofertę – a nie w całkowitym oderwaniu od nich czy nawet sprzecznie z nimi, jak czyni to odwołujący.

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. Z tego powodu uzasadnione są założenia kalkulacyjne przystępującego – uwzględniają bowiem jedynie te koszty, które planuje on ponieść w okresie realizacji zamówienia.

W dorobku orzeczniczym Izby już kilkakrotnie podkreślano, że zastosowany przez przystępującego sposób kalkulacji kosztów zastępstw urlopowych mieści się w granicach dopuszczalnej elastyczności wykonawcy, np.:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.02.2022 r. (sygn. akt KIO 239/22, KIO 240/22), - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.03.2023 r. (sygn. akt KIO 526/23).

Po trzecie, dalej na str. 6 odwołujący powrócił do kwestii kosztów z tytułu zwolnień lekarskich. Zarzucił przystępującemu, że nie przedstawił żadnego uzasadnienia uprawdopodobniającego wysokość założonej wartości. Tymczasem w treści wyjaśnień ceny oferty jasno wskazano, że koszty z tego tytułu oszacowano na bazie długoletniego doświadczenia wykonawcy. Podkreślono również, że nie ma żadnych normatywów co do wysokości rezerwy zakładanej z tego tytułu. Nawet fragment wyroku zacytowanego przez samego odwołującego (KIO 1563/18) potwierdza prawidłowe zachowanie przystępującego.

Po czwarte, na str. 6-7 odwołujący nawiązuje do zamiaru wykorzystania przez przystępującego zamortyzowanego „drobnego” wyposażenia i umundurowania. Pisząc o rzekomym wykorzystaniu używanego umundurowania przez kolejnych pracowników, odwołujący nie opiera się na treści wyjaśnień ceny oferty, lecz tworzy własną – fałszywą – wizję sposobu realizacji zamówienia. W wyjaśnieniach nie ma bowiem mowy o przekazywaniu używanego umundurowania innym pracownikom przystępującego. Są to jedynie daleko idące i jednocześnie niczym nie poparte przypuszczenia odwołującego.

Po piąte, odnośnie dowodów przedstawionych wraz z wyjaśnieniami ceny oferty, przystępujący podkreślił, że prawo zamówień publicznych nie określa katalogu takich dowodów. Oznacza to, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Zamawiający ma prawo nie znać rynku ochrony osób i mienia a Przystępujący ma prawo przedstawić swoje dokonania i wiarygodność. Nie jest winą przystępującego, że dokonania i wiarygodność odwołującego – jako obiektywnie mówiąc podmiotu znacznie mniejszego – są mniejsze i z jakiegoś powodu nie korzysta on z możliwości ich przedstawienia zamawiającemu składając własne wyjaśnienia ceny.

W końcu, na str. 7-9 zamiast wykazać rzekomo rażąco niską cenę oferty, odwołujący próbuje zdyskredytować samego przystępującego, w tym stosując argumentum ad personam. Odwołujący bez zastanowienia wkleja pozbawione kontekstu fragmenty wyroków Izby w różnych stanach faktycznych. Świadczy o tym choćby zacytowanie wyroku w sprawie o sygnaturze akt KIO 2833/21. W tej sprawie Izba nie nakazała odrzucenia oferty przystępującego, lecz wezwanie go do złożenia wyjaśnień ceny. W dalszej kolejności przystępujący takie wyjaśnienia złożył, zamawiający uznał je za wiarygodne i dokonał ponownego wyboru jego oferty. Przystępujący z powodzeniem realizuje zamówienie do dnia dzisiejszego.

Odwołujący ucieka się do takich metod działania już nie pierwszy raz, lecz przystępujący konsekwentnie spuszcza na nie zastonę milczenia.

Wiarygodność żądań odwołującego podważa również okoliczność, że sam składa oferty z niższymi stawkami godzinowymi niż stawka Przystępującego. W tabeli nr 2 przedstawiono przykłady takich ofert.

Tabela 2. Zestawienie średnich stawek godzinowych netto odwołującego w wybranych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dane zaprezentowano w następującej kolejności: Przedmiot zamówienia, Średnia stawka godzinowa netto Odwołującego

usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego • część nr 1: usługi ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Wojska Polskiego na terenie Cytadeli Warszawskiej - 34,56 zł

usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego • część nr 2: Usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Muzeum Wojska Polskiego przy Al. Jerozolimskich 3 w Warszawie - 34,66 zł

usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego • część nr 3: Usługi ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Polskiej Techniki Wojskowej o przy ul. Powsińskiej 13 w Warszawie- 34,66 zł

usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego • część nr 4: usługi ochrony osób i mienia w Muzeum Broni Pancernej w Poznaniu – oddziale Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie przy ul. 3. Pułku Lotniczego 4 w Poznaniu - 34,94 zł

świadczenie usług ochroniarskich w okresie 36 miesięcy dla budynku Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w Lesznowoli - 34,00 zł

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.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentów postępowania tj. SWZ, wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny z 27 marca 2024 r. i wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez uczestnika.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ zamawiający postawił następujące wymagania:

IV. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiot zamówienia stanowi usługa całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia Oddziału Sądowo – Psychiatrycznego przy ul. Głuskiej 1, której szczegółowy opis zawarto w Załączniku Nr 1 do SWZ - „Formularz oferty – formularz cenowy”.

2. Zamawiający zgodnie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, zwanych dalej Pracownikami, którzy w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia wykonywać będą następujące czynności

2.1 W Oddziale Sądowo - Psychiatrycznym do przedmiotu umowy należy:

- a) prowadzenie nadzoru nad pacjentami podczas: ich odwiedzin, spacerów lub zajęć terapeutycznych;
- b) w przypadku wyjść lub wyjazdów poza oddział w celu wykonania badań diagnostycznych lub konsultacji lekarskich zapewnienie ochrony, opuszczającym oddział pacjentom oraz personelowi oddziału przez minimum trzech pracowników ochrony przy niezmienionej obsadzie Oddziału;
- c) nadzór nad osobami postronnymi przebywającymi na terenie oddziału

VI. Termin wykonania zamówienia

1. Umowa w sprawie realizacji zamówienia zostanie zawarta na czas oznaczony.

2. Termin realizacji zamówienia 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

VII. Warunki udziału w postępowaniu

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- dysponuje minimum 14 osobami wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w ochronie Oddziału Psychiatrii Sądowej lub Zakładów Psychiatrycznych, przewidzianymi do ochrony fizycznej pacjentów, pracowników i mienia zgodnie z ustawą z dn. 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1432)

XV Sposób obliczenia ceny

3. Aby obliczyć cenę oferty brutto należy:

- a) pomnożyć szacunkową ilość roboczogodzin zamówienia przez oferowaną cenę jednostkową stawki roboczogodziny netto;
- b) do tak obliczonej wartości netto należy dodać wartość podatku VAT.

4. Stawka roboczogodziny netto winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia: koszty osobowe pracowników - ich odzieży ochronnej (umundurowanie firmowe, widoczne identyfikatory z nazwą firmy, danymi osobowymi pracownika), szkolenia pracowników, przeprowadzonych badań lekarskich i sanitarnych, ubezpieczenia, w tym koszty pośrednie, spodziewane zyski i ewentualne upusty (kwoty i wartość podatku VAT należy zaokrąglić do 2 miejsc po przecinku, tj. do pełnego grosza w taki sposób, że końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza)

5. Ceny jednostkowe w muszą zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, m. in.

- a) koszty pracy ludzi i sprzętu,
- b) wszystkie zastosowane materiały i urządzenia
- c) wszystkie podatki i opłaty,
- d) koszty ubezpieczeń

e) wszelkie opłaty i odszkodowania za szkody, koszty oraz straty wynikłe w związku z realizacją zamówienia

Zamawiający udzielając wyjaśnień do treści SWZ nie dopuścił zatrudnienia na podstawie innych form niż umowa o pracę, wymagał grupy interwencyjnej zgodnej z Rozporządzeniem, wskazał, że wymagane dodatkowe osoby – to jedna osoba i w okresie ostatnich 24 miesięcy nie wystąpił przypadek jej wykorzystania, nie wyraził zgody na zatrudnienie na umowę cywilnoprawną osób w sytuacjach losowych, absencji chorobowej, urlopu na żądanie itp., nie przewidział waloryzacji świadczenia od 1 stycznia 2025 r.

W dniu 27 marca 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 614/24 z dnia 11 marca 2024 o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Złożona oferta wydaje się rażąco niska, a w szczególności jej istotne części składowe czyli stawka za 1 roboczogodzinę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie, z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym zamawiający zwrócił się z prośbą, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych mających wpływ na wysokość roboczogodziny podanej w formularzu oferty – formularzu cenowym.

Wyjaśnienia wraz z dowodami na ich poparcie należy złożyć w nieprzekraczalnym terminie do 03.04.2024 r.

W przypadku nie złożenia wyjaśnień w tym terminie oferta zostanie odrzucona. Jednocześnie, że jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy. W dniu 2 kwietnia 2024 r. przystępujący wyjaśnił, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu w zakresie będącym przedmiotem wezwania 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,
- pozwala na osiągnięcie zysku.

W celu potwierdzenia, że oferta złożona przez wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, niniejszym udzielamy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających istotny wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie w celu wykazania realności wyceny załączamy do wyjaśnień stosowne dowody.

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

W pierwszej kolejności potwierdził, 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 poniżej 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

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swoich żądań, nie wyjaśnił dlaczego cena wykonawcy budzi jego wątpliwości. Trudno w takiej sytuacji złożyć wyjaśnienia satysfakcjonujące zamawiającego, gdyż nie wie na co konkretnie powinien 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.

Powołał 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

Oferty złożone w postępowaniu

Tabela poniżej przedstawia 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. W tym miejscu przystępujący zamieścił tę samą tabelę, co tabela nr 1 stanowisku pisemnym z 13 maja 2024 r.

Powyższe porównanie prowadzi do wniosku, że cena naszej oferty nie jest rażąco niska, ponieważ:

- 1) jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert jedynie o niecałe 2%, a więc jest do niej bardzo zbliżona,
- 2)

jest niższa od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia tylko o ok. 5,5%, zatem jest do niej podobna,

3) jest niższa tylko o 1,5% od ceny oferty wykonawcy Basma, a więc jest do niej bardzo podobna. Nadmienić należy, że Basma obecnie realizuje tożsamą usługę na rzecz zamawiającego – skoro cena naszej oferty jest zbliżona do ceny oferty podmiotu, który realizuje zamówienie i dobrze zna jego realia, to świadczy to po prostu o dobrej wycenie dokonanej przez Ekotrade,

4) ceny ofert wszystkich wykonawców są do siebie zbliżone.

Powyższe wskazuje, że cena oferty Ekotrade musi być realistyczna i adekwatna do stawek rynkowych. Nieznaczenie

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

Powolał wyrok z dnia 28 marca 2013 r., wyrok KIO 728/16; KIO 741/16; KIO 802/16 z dnia 30.05.2016 (LEX nr 2087615) postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05), wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07. Podkreślił, że cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień. W wycenie zostały przyjęte zarówno wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia, jak i we wzorze umowy koszty wymagane przez zamawiającego.

Ze wskazanych wyroków wynika zatem jednoznacznie, że o rażąco niskiej cenie można mówić jedynie wtedy, gdy cena ta nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie odzwierciedla cen rynkowych, gdy cena zakłada realizację zamówienia poniżej kosztów lub gdy jest ceną symboliczną.

Wykonawca stanął 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 2108,00 zł.

Podkreślił, że żadne przepisy nie wskazują minimalnego czy optymalnego poziomu zysku z realizacji zamówienia. Każdorazowo wysokość zysku jest odzwierciedleniem „apetytu na zysk” danego wykonawcy. Rażąco niską ceną jest cena poniżej kosztów realizacji a nie cena z niewielkim zyskiem.

W ocenie wykonawcy, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o cenie posiadającej cechy, o których mowa powyżej, co upoważniłoby zamawiającego do skorzystania z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy i odrzucenia naszej 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, przekazał 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 należy wskazać, że 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.

Okres realizacji zamówienia podzielono na 2 etapy:

- etap 1: od 01.03.2024 r. do 30.06.2024 r.,
- etap 2: od 01.07.2024 r. do 28.02.2025 r.

Powyższy podział wynika z faktu, że wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w okresie do 30.06.2024 r. wynosi 4242,00 zł brutto miesięcznie, zaś od 01.07.2024 r. będzie wynosić 4300,00 zł brutto miesięcznie. Na dzień upływu terminu składania ofert wykonawca zakładał rozpoczęcie realizacji zamówienia z dniem 01.03.2024 r., dlatego kalkulację przygotowano o właśnie takie założenia.

Konkretne wartości liczbowe zawierają kalkulatory (Dowody nr 1 i 2), zaś wykonawca przedstawił komentarz.

Podkreślił, że 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.

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

W kalkulacji uwzględniono stopę składki na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 0,93%. Stopa tej składki może być różna dla różnych wykonawców, dlatego w załączeniu przedstawiamy również potwierdzenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o wysokości stopy tej składki, aktualne na dzień upływu terminu składania ofert (Dowód nr 3).

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 dodatkowych kosztów z tym związanych. Fakt dysponowania wyposażeniem i umundurowaniem jest źródłem naturalnej przewagi konkurencyjnej, gdyż inni wykonawcy powinni uwzględnić pewne koszty związane z odpowiednim umundurowaniem i wyposażeniem pracowników.

Wykonawca przewidział również rezerwy finansowe – na koszty nadzoru, koszty administracyjne, wynagrodzenie chorobowe pracowników, inne koszty. Z definicji rezerwa jest pewnym zapasem. Podkreślić należy, że 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.

Powołał wyrok z dnia 26 kwietnia 2022 r. (KIO 953/22)

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 w przedmiotowym przypadku 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.

Na potwierdzenie słuszności tego twierdzenia wykonawca wskazuje także wyrok KIO 144/22 z dnia 1 lutego 2022 r., gdzie przedmiotem postępowania były usługi ochrony fizycznej.

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. Na powyższe wskazuje orzecznictwo Izby (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.

Powołał (KIO 557/22, wyrok z dnia 18 marca 2022 r.).

Doświadczenie wykonawcy

Wykonawca 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 dokumentuje przykładowymi referencjami uzyskanymi od swoich Klientów:

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. (Dowód nr 4),
- Telewizja Polska S.A. (Dowód nr 5),
- Polskie LNG S.A. (Dowód nr 6),
- Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łodzi (Dowód nr 7),
- Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. (Dowód nr 8).

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 (Dowód nr 9),
- Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Zielonej Górze (Dowód nr 10),
- Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie (Dowód nr 11),
- 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką w Krakowie (Dowód nr 12),
- Sąd Apelacyjny w Krakowie (Dowód nr 13),
- Naczelny Sąd Administracyjny (Dowód nr 14),
- Uniwersytet Warszawski (Dowód nr 15).

Oprócz kapitału własnego niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawca posiada bieżącą zdolność kredytową w wysokości 10 000 000,00 zł, co dokumentuje zaświadczeniem z banku z dnia 25.03.2024 r. (Dowód nr 16).

Podsumowując potwierdził, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a cena ofertowa została skalkulowana prawidłowo i umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem. Dodatkowo wskazał, że 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.

Swoje wyjaśnienia 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.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/2004/10

W sytuacji gdyby dodatkowo jakiegokolwiek elementy wyceny ofertowej czy też składanych wyjaśnień budziły dodatkowe wątpliwości i zastrzeżenia zamawiającego wskazał, że 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.

W szczególności jeśli wykonawca składając wyjaśnienia dołożył należytej staranności, udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są rzetelne, ale wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do uzyskania wyjaśnień bardziej szczegółowych i zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień. Tezy takie zostały sformułowane m.in. w wyrokach wydanych: 9 marca 2015 r. sygn. akt KIO 343/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15.

Do wyjaśnień dołączono:

1 Kalkulacja kosztów realizacji zamówienia w okresie 01.03.2024 – 30.06.2024

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia - 14

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia (z poz. 1) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów – 13.07

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów, w wieku powyżej :

- 55 lat – kobiety
- 60 lat – mężczyźni

Dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na:

- Fundusz Pracy,

FGŚP (jeżeli dotyczy) - 0

Koszty dla 1 (jednego) pełnego etatu, z tytułu wynagrodzenia zasadniczego, w ujęciu miesięcznym 1(z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia zgodnie z obowiązującą ustawą) - 4 242,00zł

Koszty związane z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi (PPK) w ujęciu miesięcznym Wskazać liczbę pracowników skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, którzy będą uczestniczyć w PPK: wskazać poniżej 0 – 0,00zł

Koszty innych składników wynagrodzenia wypłacanych pracownikom w ujęciu miesięcznym:

- dodatek za pracę w porze nocnej 285,00 zł

- godziny nadliczbowe 0,00 zł

inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) - 0,00 zł

Koszty z tytułu składek na ubezpieczenia finansowane przez płatnika w ujęciu miesięcznym

- ubezpieczenie emerytalne 441,84 zł

- ubezpieczenie rentowe 294,26 zł

- ubezpieczenie wypadkowe -wskazać poniżej stopę procentową składki: 0,93% - 42,10zł.

- ubezpieczenie na Fundusz Pracy 110,91 zł

- ubezpieczenie FGŚP 4,53 zł

Koszty związane z zastępstwem pracowników w ujęciu miesięcznym

- świadczenia urlopowe 333,00 zł

- wynagrodzenie chorobowe 8,50 zł

- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty wynikające z przepisów BHP w ujęciu miesięcznym

- odzież ochronna 0,00 zł

- obuwie 0,00 zł

- szkolenie BHP 1,00 zł

- środki ochrony osobistej 0,00 zł

- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty z tytułu wyposażenia osobistego pracowników w ujęciu miesięcznym

- umundurowanie 0,00 zł

- środki łączności bezprzewodowej 0,00 zł

- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty administracyjne w ujęciu miesięcznym 30,00 zł

Koszty nadzoru nad pracownikami w ujęciu miesięcznym - 30,00 zł

Kwoty dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych, w ujęciu miesięcznym (jeżeli dotyczy):

1) źródło dotacji lub dofinansowania (np. PFRON):

2) konkretne i rzeczywiste informacje, z których jednoznacznie będzie wynikało w jaki sposób została wyliczona podana kwota dotacji lub dofinansowania – 0.00zł

Inne koszty w ujęciu miesięcznym

- szkolenia 0,00 zł

- badania wstępne 0,00 zł

- badania okresowe 0,00 zł

- inne koszty 30,00 zł

Razem koszt realizacji zamówienia dla 1 pełnego etatu w ujęciu miesięcznym (suma poz. Od 3 do 10 i poz. 12 pomniejszone o poz. 11) - 5 853,14 zł

Koszt realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym (iloczyn poz. 2 i 13) 76 500,54 zł

Kwota zysku w ujęciu miesięcznym 327,00 zł

Razem w ujęciu miesięcznym (suma poz. 14 i 15) 76 827,54 zł

Liczba miesięcy realizacji zamówienia (wskazać zgodnie z warunkami realizacji zamówienia) 4

Cena całkowita oferty bez podatku VAT w zł 307 310,16 zł

Liczba wszystkich roboczogodzin przewidywanych dla całego okresu realizacji zamówienia (zgodna z wymogami określonymi przez zamawiającego) 8784

Koszt 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT w zł 34,99 zł

2 Kalkulacja kosztów realizacji zamówienia w okresie 01.07.2024 – 28.02.2025

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia - 14

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszego zamówienia (z poz. 1) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów – 13.07

Liczba pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów, w wieku powyżej :

- 55 lat – kobiety
- 60 lat – mężczyźni

Dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na:

- Fundusz Pracy,

FGŚP (jeżeli dotyczy) - 0

Koszty dla 1 (jednego) pełnego etatu, z tytułu wynagrodzenia zasadniczego, w ujęciu miesięcznym 1(z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia zgodnie z obowiązującą ustawą) - 4 300,00zł

Koszty związane z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi (PPK) w ujęciu miesięcznym Wskazać liczbę pracowników skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, którzy będą uczestniczyć w PPK: wskazać poniżej 0 – 0,00zł

Koszty innych składników wynagrodzenia wypłacanych pracownikom w ujęciu miesięcznym:

- dodatek za pracę w porze nocnej 288,00 zł
- godziny nadliczbowe 0,00 zł

inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) - 0,00 zł

Koszty z tytułu składek na ubezpieczenia finansowane przez płatnika w ujęciu miesięcznym

- ubezpieczenie emerytalne 447,79 zł
- ubezpieczenie rentowe 298,22 zł
- ubezpieczenie wypadkowe -wskazać poniżej stopę procentową składki: 0,93% - 42,67zł.
- ubezpieczenie na Fundusz Pracy 112, 41 zł
- ubezpieczenie FGŚP 4,59 zł

Koszty związane z zastępstwem pracowników w ujęciu miesięcznym

- świadczenia urlopowe 278,00 zł
- wynagrodzenie chorobowe 9,00 zł
- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty wynikające z przepisów BHP w ujęciu miesięcznym

- odzież ochronna 0,00 zł
- obuwie 0,00 zł
- szkolenie BHP 1,00 zł
- środki ochrony osobistej 0,00 zł
- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty z tytułu wyposażenia osobistego pracowników w ujęciu miesięcznym

- umundurowanie 0,00 zł
- środki łączności bezprzewodowej 0,00 zł
- inne (jeżeli dotyczy, wymienić jakie) 0,00 zł

Koszty administracyjne w ujęciu miesięcznym 30,00 zł

Koszty nadzoru nad pracownikami w ujęciu miesięcznym - 30,00 zł

Kwoty dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych, w ujęciu miesięcznym (jeżeli dotyczy):

1) źródło dotacji lub dofinansowania (np. PFRON):

2) konkretne i rzeczywiste informacje, z których jednoznacznie będzie wynikało w jaki sposób została wyliczona podana kwota dotacji lub dofinansowania – 0.00zł

Inne koszty w ujęciu miesięcznym

- szkolenia 0,00 zł
- badania wstępne 0,00 zł
- badania okresowe 0,00 zł
- inne koszty 30,00 zł

13 Razem koszt realizacji zamówienia dla 1 pełnego etatu w ujęciu miesięcznym (suma poz. Od 3 do 10 i poz. 12 pomniejszone o poz. 11) - 5 871, 68zł

Koszt realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym (iloczyn poz. 2 i 13) 76 742,86 zł

Kwota zysku w ujęciu miesięcznym 100,00 zł

Razem w ujęciu miesięcznym (suma poz. 14 i 15) 76 842, 86 zł

Liczba miesięcy realizacji zamówienia (wskazać zgodnie z warunkami realizacji zamówienia) 8

Cena całkowita oferty bez podatku VAT w zł 614 742,86 zł

Liczba wszystkich roboczogodzin przewidywanych dla całego okresu realizacji zamówienia (zgodna z wymogami określonymi przez zamawiającego) 17 568

Koszt 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT w zł 34,99 zł

3 Informacja o wysokości stopy składki na ubezpieczenie wypadkowe, z którego wynika, że w roku 2022/2023 wykonawca miał założoną składkę wypadkową na poziomie 0.93

4 Referencje z Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.

5 Referencje z Telewizji Polskiej S.A.

6 Referencje z Polskiego LNG S.A.

7 Referencje z Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Łodzi

8 Referencje z Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A.

9 Referencje z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie

10 Referencje z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Zielonej Górze

11 Referencje z Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 2 PUM w Szczecinie

12 Referencje z 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie

13 Referencje z Sądu Apelacyjnego w Krakowie

14 Referencje z Naczelnego Sądu Administracyjnego

15 Referencje z Uniwersytetu Warszawskiego

Wszystkie referencje potwierdzają należyte wykonanie usług przez przystępującego.

16 Zaświadczenie z banku o zdolności kredytowej wykonawcy, gdzie mBank poinformował, że 1. Na 2024-03-22 na rachunkach bankowych firmy nie ma zajęć egzekucyjnych.

2. Firma reguluje na bieżąco zobowiązania wobec mBanku.

3. Potwierdzamy, że zdolność kredytowa firmy w mBanku S.A. w dniu 2024-03-25 to: PLN 10000000,00.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w charakterze uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4 i SILESIA EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, u Śmiłowskiego 2.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty „EKOTRADE” z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że „EKOTRADE” został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta „EKOTRADE” zawiera rażąco niską cenę

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego, czy przystępujący uwzględnił wszystkie niezbędne koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w stawce jednostkowej założonej na poziomie 34,99zł. Odwołujący kwestionował uprawnienie przystępującego do przyjęcia, że jego 14 pracowników skierowanych do wykonania tego zamówienia wykorzysta w okresie 12 miesięcy trwania przedmiotowego zamówienia wyłącznie średnio 13 dni urlopu, jak również podnosił, że możliwość przyjęcia takiego wymiaru urlopu nie została przez przystępującego wykazana (udowodniona), taki sam zarzut odwołujący stawiał wobec założonej absencji chorobowej, oraz braku kalkulacji kosztów umundurowania. W ocenie odwołującego złożone kalkulacje, referencje i informacja z banku nie stanowią dostatecznego dowodu na realność skalkulowanej ceny.

Jednakże Izba wzięła pod uwagę, że szczegółowość prezentowania ceny jak i poziom dowodzenia każdorazowo należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego. W tym przypadku zamawiający, co słusznie dostrzegł w swoich wyjaśnieniach przystępujący, w ogóle nie wskazał jakie elementy kosztotwórcze wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Zamawiający jedynie ogólnie wskazał, że ma wątpliwości i oczekuje ich wyjaśnienia wraz z dowodami. Nie można też pominąć, że argumentacja odwołującego w stosunku do odwołania z dnia 26 lutego 2024 r. uległa dość zasadniczej zmianie. Wówczas bowiem, jak wynika z treści orzeczenia Izby z dnia 11 marca 2024 r. odwołujący w odwołaniu przedstawił dwie kalkulacje stawki minimalnej za 2024 przed i po 1 lipca 2024 r. Z wyliczeń tych zakładających 20 dniowy okres urlopowy przypadający na pracownika wynikało, że stawka minimalna ze wszystkim narzutami powinna wynieść odpowiednio 34,79 zł i 35,02 zł. Gdyby przyłożyć te wartości do stawek oferowanych przez przystępującego, to jest stawki 34,99 za cały okres świadczenia usługi, to za okres do 30 czerwca 2024 wykonawca założył nadwyżkę w stosunku do wyliczeń odwołującego na poziomie 0,20 zł, zaś w przypadku okresu od 1 lipca 2024 miałby stratę rzędu 3 gr. Skoro jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępujący przewidział 4 miesiące świadczenia w niższej stawce i 8 miesięcy w wyższej, to łatwo obliczyć, że $(4 \times 0,20 - 8 \times 0,03)$ daje nadwyżkę rzędu 0,56 zł w całym okresie 12 miesięcy. Natomiast obecnie odwołujący stara się wykazać wyliczeniami odnoszącymi się jedynie do świadczenia urlopowego, że te stawki powinny być jeszcze wyższe. W ocenie Izby to pokazuje, że argumentacja odwołującego nie jest oparta na

faktach, ale tworzona w zależności od potrzeb procesowych. Należy podkreślić, że Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 614/24 nie określiła w sentencji orzeczenia poziomu szczegółowości wyjaśnień, do jakich powinien wezwać zamawiający, nie wskazała, że wykonawca powinien być wezwany do złożenia wyjaśnień wraz z kalkulacjami prezentującymi każdy koszt wynagrodzenia pracowniczego i dowodów udowadniających każdy z tych kosztów. Co więcej dla zamawiającego i stron postępowania wiążąca jest sentencja rozstrzygnięcia, a nie jej uzasadnienie, które może stanowić jedynie pewną wytyczną kierunkową, wskazującą na sposób rozumowania Izby, ale nie wiąże ono w sposób bezwzględny zamawiającego, pozostawiając mu swobodę działania, co do zakresu, o jaki będzie wzywał do wyjaśnień. Zamawiający z tego uprawnienia skorzystał i oczekiwał ogólnych wyjaśnień zaoferowanej ceny. Co rodziło po stronie przystępującego uprawnienie do zdecydowania, które koszty uzna za najważniejsze i które koszty przedstawi w oparciu o szczegółowe wyjaśnienia. Przystępujący zdecydował się wyjaśnić koszty pracownicze uznając je za najważniejsze. Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko o obowiązku udzielenia przez wykonawców składających wyjaśnienia dotyczące cen ofert adekwatnych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania. Oceniając wyjaśnienia należy jednak wziąć pod uwagę całą ich treść, a nie tylko poszczególne odpowiedzi. Zgodzić należy się z przystępującym, że nie każdy pojedynczy wątek kosztowy powinien zostać poparty dowodem. Celem procedury wyjaśnień ceny nie jest formalizm sam w sobie. Na skutek wyjaśnień zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy przekonującą informację, że będzie on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia powinny zatem, uwzględniając oczywiście treść wezwania, koncentrować się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowana ceny na takim, a nie innym poziomie. Poza tym trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający nie oczekiwał wyjaśnienia, co do zakładanej liczby dni urlopowych, czy przewidzianej rezerwy na absencje chorobowe, a odwołujący słusznie podnosił, że te elementy są w dużej mierze zależne od samego pracownika, a w szczególności w odniesieniu do absencji chorobowej nieprzewidywalne. Co do urlopów, to Izba może jedynie ustalić na podstawie wykazu osób kierowanych do realizacji zamówienia, że mają one 5 letnie doświadczenie, co wskazywałoby na to, że pracownikom tym przysługiwałby urlop w wymiarze 20 dni w ciągu roku kalendarzowego. Natomiast nie ma dowodu na to, że w okresie kolejnych 12 miesięcy różnych od roku kalendarzowego każdy pracownik, zawsze korzysta z maksymalnego wymiaru urlopu, przeciwnie przepisy kodeksu pracy przewidują możliwość wykorzystywania zaległego urlopu w kolejnym roku kalendarzowym do 30 września roku kolejnego. 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. Fakt, że przystępujący nie poparł swego stanowiska, o możliwości skalkulowania niższego wymiaru urlopu innym dowodem niż kalkulacja własna, nie może być w ocenie Izby uznany za niedopuszczalny. Zamawiający w ogóle nie wskazał, że przystępujący ma wyjaśnić założony wymiar urlopu, stąd trudno było się przystępującemu domyślić, że ma dowieść faktu, że kalkuluje mniej niż 20 dni urlopu. Jeśli ten wymiar budziłby wątpliwości zamawiającego, to zamawiający formułując wezwanie ogólne miał możliwość dopytać o tę kwestię i zażądać na tę okoliczność dowodów, czego nie uczynił. A to z kolei nie może obciążać przystępującego. Co do absencji chorobowej, to przystępujący skalkulował ten koszt i wykazał go w sporządzonej przez siebie kalkulacji. Niewątpliwie absencja chorobowa jest zdarzeniem nieprzewidywalnym, choć może być oszacowana na podstawie dostępnych danych, czy to raportu z ZUS, czy własnych danych firmowych. Jednak ponownie należy podkreślić, że zamawiający nie żądał w tym zakresie ani prezentowania kosztu, ani jego udowodnienia. To, że założenia odwołującego i przystępującego w tym zakresie się różnią, w ocenie Izby nie stanowi dostatecznego dowodu na to, że oferta przystępującego została niewłaściwie skalkulowana. Nie można też pominąć faktu, że z wykazu osób przystępującego wynika, że do realizacji zamówienia skieruje on mężczyzn poniżej 60 roku życia sprawnych fizycznie. Jak można przeczytać w „Raporcie -Absencja chorobowa 2023” publikowanym przez ZUS, mężczyźni chorują rzadziej niż kobiety. W ocenie Izby oznacza, to że przyjęte przez przystępującego założenia nie mogą być ocenione jako nierealne, czy sprzeczne z wiedzą lub doświadczeniem życiowym. Odwołujący wprowadził w swoich wyjaśnieniach przedstawił zarówno dane firmowe jak i powołał się na raport ZUSu, jednak nie ma jednego modelu wyjaśnień, nie ma też nakazu ustawowego wyjaśnienia każdego najdrobniejszego kosztu. Odwołujący wyliczał absencję, w oparciu o dane dotyczące całej swojej załogi. Można tylko wskazać, że możliwe było także wyliczenie danej szacunkowej w odniesieniu do posiadanych danych kadrowych, wyłącznie tych pracowników, którzy będą realizować przedmiotowe zamówienie. Zatem nie można przyjąć, że istnieje wyłącznie jeden słuszny model szacowania absencji chorobowej to jest taki jaki

zaprezentował odwołujący. Jeśli chodzi o kwestię umundurowania, to wprawdzie przystępujący nie był w stanie wyjaśnić Izbie, jaki jest średni czas zużywalności umundurowania, jednak podkreślał, że pracownik wykorzystuje własny mundur i nie ma sytuacji, w których umundurowanie jest powierzane kolejnym pracownikom. Odwołujący nie postawił tezy, że przy świadczeniu usługi ochrony umundurowanie nie może być wykorzystywane przez danego pracownika dłużej niż 12 miesięcy. Niewątpliwie świadczenie usługi ochrony na oddziałach psychiatrycznych stwarza pewne zagrożenie dla możliwości zniszczenia umundurowania w przypadku kontaktu z pacjentem niebezpiecznym, czy agresywnym, jednak żadna ze stron nie określiła, na ile w ramach takich usług występuje podwyższone ryzyko zniszczenia umundurowania, powodujące konieczność kalkulacji kosztu każdorazowo w zamówieniach na ochronę na oddziałach psychiatrycznych świadczoną przez okres 12 miesięcy. W ocenie Izby, jeśli taki fakt nie został podniesiony przez odwołującego, a zamawiający nie wnosił o jego wyjaśnienie w ramach wezwania do wyjaśnień, to nie można odmówić wiary stanowisku przystępującego, że będzie wykorzystywane umundurowanie, którego koszt został już zamortyzowany.

W tej sytuacji Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 2 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonego przez przystępującego spisu kosztów.

Izba obciążyła odwołującego kosztami wpisu i nakazała odwołującemu zwrot uzasadnionych wydatków pełnomocnika przystępującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....