**Sygn. akt: KIO 4761/24**

**WYROK**

Warszawa, 16 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę TOI TOI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez 24. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku,

uczestnik po stronie Zamawiającego: WC Serwis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu,

**orzeka:**

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TOI TOI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego

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

Przewodnicząca:……

**Sygn. akt: KIO 4761/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – 24. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Usługa sanitarna polegająca na zabezpieczeniu potrzeb wojska w przenośne urządzenia sanitarne wraz z ich kompleksową obsługą serwisową w rejonie odpowiedzialności 24 WOG w roku 2025* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 października 2024 r. pod numerem 608115-2024.

16 grudnia 2024 r. wykonawca TOI TOI Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że Odwołujący powinien przyjąć co najmniej kwotę 33,73 zł w części składowej ceny w postaci kosztów pracowniczych, podczas gdy zgodnie z tym przepisem, wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie odpowiednich przepisów, zaś przyjęta wartość kosztów pracy na poziomie 30 zł brutto nie była niższa od stawek minimalnych wynagrodzenia zarówno na rok 2024, jak i na rok 2025, a zakładany zysk z oferty umożliwiałby pokrycie również składek na ubezpieczenia społeczne pracowników, które wykonawca jako płatnik reguluje już obecnie;

2.art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i naruszenie obowiązku żądania wyjaśnień w zakresie odnoszącym się co najmniej do zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, a to z uwagi na fakt, że skierowane do Odwołującego wezwanie z 14 listopada 2024 r. zawierało żądanie udzielenia wyjaśnień jedynie w zakresie *wyliczenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu z uwzględnieniem poszczególnych składników cenotwórczych wraz z wskazaniem uzyskanego zysku* i brak było w wezwaniu wymaganego przy zamówieniu

dotyczącym usług żądania udzielenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do: (1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp) oraz (2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy Pzp);

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy zaniżona mogła być ewentualnie część składowa ceny w postaci kosztów pracowniczych, zaś przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 uprawnia (obliguje) zamawiającego do odrzucenia oferty jedynie wtedy, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (przepis nie upoważnia natomiast zamawiającego do odrzucenia oferty gdy zaniżona jest jedynie część składowa ceny lub kosztu), zaś nawet przyjęcie wskazanej przez Zamawiającego minimalnej kwoty 33,73 zł w zakresie kosztów pracowniczych (zamiast 30 zł brutto) również pozwala na wygenerowanie istotnego zysku z zamówienia na każdej z jego pozycji (koszt pracowniczy miał marginalny wpływ na cenę końcową);

4. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wskutek uznania, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas gdy wyjaśnienia te powinny zostać uznane za wystarczające w odpowiedzi na bardzo ogólne wezwanie do udzielenia wyjaśnień – Zamawiający nie wskazywał w swoim wezwaniu żadnych konkretnych kwestii i żadnych konkretnych wątpliwości, a jedynie ogólnikowo wezwał do wykazania wyliczenia w zakresie (1) ceny, (2) poszczególnych składników cenotwórczych oraz (3) zysku;

5. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że cena z jego oferty nie jest rażąco niska, wskutek:

   a) braku uwzględnienia przedłożonej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień z 29 listopada 2024 r. kalkulacji wynagrodzenia na podstawie umowy nr 985/26/2023 z 13 grudnia 2023 r. (o przedmiocie jak usługi objęte zamówieniem publicznym 62/2024) obowiązującej w 2024 r., która to kalkulacja jest bardzo zbliżona do kalkulacji zawartej w ofercie na 2025 r. w zamówieniu publicznym Zamawiającego nr 62/2024;

   b) stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał, jakie czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny części składowych oferty na 2025 r. względem cen stosowanych w 2023 r., podczas gdy Zamawiający w piśmie z 27 listopada 2024 r. (ani w żadnym innym) nigdy nie wzywał Odwołującego do wykazania tych czynników, zaś Odwołujący w piśmie z 29 listopada 2024 r. wyjaśnił, że odwołanie się w piśmie z 18 listopada 2024 r. do kalkulacji na 2023 r. było nieuzasadnione, bo obecnie aktualną kalkulacją jest ta na 2024 r. i do niej należy odnosić cenę z oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty WC Serwis Polska Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca WC Serwis Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 6 343 012,33 zł netto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1) WC TRON Sp. z o.o.: 5 990 519,16 zł,

2) TOI TOI Polska Sp. z o.o.: 2 984 509,80 zł,

3)WC SERWIS POLSKA Sp. z o.o.: 4 365 910,80 zł,

4)mToilet sp. z o.o.: 10 488 490,20 zł.

Pismem z 14 listopada 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego – na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp – o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty z uwzględnieniem poszczególnych składników cenotwórczych wraz z wskazaniem uzyskanego zysku. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że:

*Złożone wyjaśnienia w szczególności mogą dotyczyć:*

*1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*

*2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*

*3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;*

*4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*

*5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów; o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*

*6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

*7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*

*8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy*.

Zamawiający zaznaczył, że zaoferowana cena jest niższa 0 49,90 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 56,43% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający powołał się w wezwaniu na orzecznictwo Izby, zgodnie z którym wyjaśnieniach wykonawca powinien posłużyć się szczegółową kalkulacją kosztów złożonej oferty w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wyjaśnić/udowodnić oszczędności wyceny oferty, ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwaniu Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał na takie sprzyjające warunki, jak: świadczenie usług w mieście i województwie, w którym ma być realizowane zamówienie, związany z tym brak kosztów zakupu i transportu kontenerów sanitarnych z odległej bazy, własność kontenerów i kabin sanitarnych, posiadanie w Giżycku dużej bazy magazynowo-serwisowej umożliwiającej składowanie asortymentu, fakt, że w jednym terminie dostarczanych i odbieranych jest kilka kontenerów jednocześnie. Ponadto Odwołujący wyjaśnił:

*Koszty pracy występujące u Wykonawcy zapewniają zatrudnionym pracownikom wynagrodzenia na poziomie powyżej najniższego wygrodzenia za pracę od stycznia 2025r., tj. 4 666,00 zł brutto.*

*Wszyscy pracownicy Wykonawcy oddelegowani do realizacji niniejszej usługi zatrudnieni są na podstawie umów o pracę, zarabiają przeciętnie po 4 800,00 zł brutto za miesiąc – średnia stawka godzinowa to 30,00 zł brutto. (…)*

*Ponadto Wykonawca założył, że koszty jednorazowe takie jak: koszty pracownicze, dostawa sprzętu, koszty pracownicze związane z dostawą sprzętu, koszty amortyzacji sprzętu, będzie dzielił przez średnią ilość dni wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (okres użytkowania sprzętu), a następnie pomnoży razy dwa - dostawa i zwrot - w zależności od ilości transportów. W przypadku braku wskazania przez Zamawiającego średniej ilości dni Wykonawca założył średnią ilość 10 dni dla realizacji przedmiotu zamówienia.*

*(…) Założone koszty wykonania usługi serwisu kontenerów sanitarnych – kalkulacja brutto:*

a. *Koszty pracownicze – 30,00 zł brutto/1 roboczogodzina. Do posadowienia/wypoziomowania kontenera na lokalizacji potrzeba jednego pracownika w okresie 1 godziny. Koszt posadowienia kontenera to 30,00 zł brutto.*

b. *Koszty sprzętu – zużycie paliwa – z założeń logistycznych i optymalizacyjnych Wykonawcy – przy realizacjach, jak u Zamawiającego, szacuje się dla wykonania transportu kontenera maksymalne spalanie auta – 45 l oleju napędowego na 100 km dla auta HDS z przyczepą (transport jednego lub dwóch kontenerów jednorazowo). Założenie – koszt 1 l oleju napędowego – 5,90 zł brutto. Założenie, że podczas transportu kontenera auto nie przejedzie więcej niż 100 km*

*(odległość drogowa w obrębie świadczenia usługi – Baza TOI TOI lokalizacja ustawienia kontenera powrót baza TOI TOI).*

*Koszt transportu jednego lub dwóch kontenerów jednocześnie na lokalizację to 265,50 zł brutto.*

c. *Koszty sprzętu – pracownik – z założeń logistycznych i optymalizacyjnych Wykonawcy – transport kontenera na lokalizację wraz z rozładunkiem i powrotem na bazę TOI TOI to maksymalnie 3 godziny. Zakładając stawkę za roboczogodzinę 30,00 zł brutto, koszt pracownika to 90,00 zł brutto.*

d. *Koszty sprzętu – amortyzacja auta ciężarowego, naprawy, bieżąca eksploatacja szacowane są na poziomie 30,00 zł za 1 kurs auta. Wykonawca posiada nowy, nieawaryjny tabor samochodowy.*

e. *Koszty związane z wyposażeniem i sprzątaniem kontenera sanitarnego – 30,00 zł brutto za 1 serwis.*

f. *Paliwo do kontenera grzewczego 5,90 zł brutto za 1L spalanie 5L/h x 10h/serwis = 295,00 zł brutto.*

*Urządzenie jest własnością Wykonawcy.*

g. *Agregat prądotwórczy przy zakładanym obciążeniu 50% z paliwem wynosi 5,90 zł brutto za 1L spalanie 2,3L/h x 10h/serwis = 135,70 zł brutto. Urządzenie jest własnością Wykonawcy.*

h. *Dostawa wody dla - kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 5 st., kontener kombi, kontener VIP): Wodolejka jest własnością Wykonawcy. Woda jest pobierana z ujęcia Zamawiającego bezpłatnie. Koszty pracownicze + koszty wytworzenia usługi 60,00 zł brutto za 1 serwis.*

i. *Dostawa wody kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 14 st.)*

*Koszty pracownicze + koszty wytworzenia usługi 80,00 zł brutto za 1 serwis.*

*Wodolejka jest własnością Wykonawcy. Woda jest pobierana z ujęcia Zamawiającego bezpłatnie.*

j. *Odbiór szamba dla - kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 5 st., kontener kombi, kontener VIP) 334,80 zł brutto za 12m3. Wywóz szamba wykonujemy średnio co 3 dni po zapełnieniu się zbiornika tj. co 3 serwis. 334,80 zł / 3 dni = 111,60 zł brutto.*

k. *Odbiór szamba dla kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 14 st.) 334,80 zł brutto. Wywóz szamba wykonujemy średnio co 3 dni po zapełnieniu się zbiornika tj. co 3 serwis. 334,80 zł / 2 dni = 111,60 zł brutto.*

l. *Hala namiotowa 700,00 zł brutto za serwis.*

*Reasumując powyższe i odnosząc koszty do cen w ofercie Wykonawcy:*

a. *30,00 zł brutto*

b. *265,50 zł brutto*

c. *90,00 zł brutto*

d. *30,00 zł brutto*

e. *30,00 zł brutto*

f. *295,00 zł brutto*

g. *135,70 zł brutto*

h. *60,00 zł brutto*

i. *80,00 zł brutto*

j. *111,60 zł brutto*

k. *111,60 zł brutto*

l. *700,00 zł brutto*

*Analogicznie wyjaśnienie kosztowe w odniesieniu do zaproponowanych cen i planowanego zysku Wykonawcy z przedmiotowej realizacji dla kabin sanitarnych.*

*(…) Założone koszty wykonania usługi za 1 usługę serwisową – kalkulacja brutto:*

1. *Koszty pracownicze – 30,00 zł brutto/1 roboczogodzina, na wykonanie jednej usługi serwisowej wraz z dojazdem do kabiny potrzeba mniej niż 7,5 minuty. Do kalkulacji przyjmujemy 7,5 minuty. Czyli całkowity koszt pracowniczy wykonania usługi to 3,75 zł brutto/1 serwis.*

2. *Koszty materiałów - stałe koszty serwisu dla kabin to: środki chemiczne 1,67 zł, środki sanitarne 1,95 zł, woda 1,00 zł.*

a) *kabina standard 3,62 zł brutto; b) kabiny VIP i umywali 4,62 zł brutto.*

3. *Koszty sprzętu – zużycie paliwa – z założeń logistycznych i optymalizacyjnych wykonawcy – trasa serwisowa to max 100 km i wykonanie minimum 30 serwisów podczas trasy serwisowej. Średnie spalanie auta – 20 l oleju napędowego na 100 km. Założenie – koszt 1 L oleju napędowego – 5,90 zł brutto. Czyli koszt paliwa na 1 serwis to 3,93 zł brutto.*

4. *Koszty sprzętu – amortyzacja auta asenizacyjnego, naprawy, bieżąca eksploatacja szacowane są na poziomie maksymalnym 10 % wartości usługi serwisowej dla:*

a) *kabina standard 2,59 zł brutto; b) kabiny VIP i umywalki 3,02 zł brutto.*

5. *Koszty przekazania nieczystości płynnych – wg zawartej umowy i przyjętych na rok 2024 stawek przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Giżycku kształtują się na poziomie 18,24 zł brutto za 1 m3. Maksymalna pojemność toalety to 250 l. Maksymalny koszt przekazania nieczystości płynnych na punkt zlewny z 1 usługi serwisowej to 4,56 zł brutto.*

*Reasumując koszty stałe Wykonawcy wykonanie jednej usługi serwisowej oszacowane zostały przez Wykonawcę dla kabin standard 18,45 zł brutto i na poziomie 19,88 zł brutto dla kabin VIP i umywalek. (…)*

Odwołujący zamieścił w wyjaśnieniach w formie tabelarycznej (dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego) rozbicie cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, z podziałem na cenę jednostkową brutto, pozycje przyjęte w kalkulacji (wskazanie punktów z wyjaśnień oznaczonych literami), koszt wykonawcy brutto oraz planowany zysk.

Do wyjaśnień odwołujący załączył:

- zestawienie cenowe do umowy o nr 990_26_2022 z 7 12 2022 r. zawartej z 24 WOG, realizowanej w okresie 01.01.2023-31.12.2023 (ze wskazaniem, że było to zadanie zbliżone do obecnego przedmiotu zamówienia, a kalkulacje cenowe są na podobnym poziomie);
- specyfikację agregatu ze spalaniem paliwa na wskazanym w kalkulacji poziomie;
- fakturę nr HP/2297/24 z dnia 2024-11-12 za zakup paliwa do agregatów i kontenera grzewczego;
- fakturę nr WOD/12007/2024 z 31.10.2024 r. za wywóz nieczystości płynnych z kabin sanitarnych z Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Giżycku.
- fakturę FV 10_10_2024 z 31.10.2024 r. za wywóz nieczystości płynnych z kontenerów sanitarnych.

Pismem z 27 listopada 2027 r. Zamawiający wezwał Odwołującego *do wyjaśnienia twierdzenia zawartego w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny złożonych w dniu 19 listopada 2024r., iż kalkulacje cenowe są na podobnym poziomie, co w załączonym zestawieniu cenowym do umowy nr 990/26/2022 z dnia 07.12.2022r. zawartej z 24 WOG, a realizowanej w okresie 01.01.2023 - 31.12.2023 dotyczącej wynajmu kontenerów sanitarnych. Podczas, gdy po porównaniu kilku pozycji zawierających taki sam opis przedmiotu zamówienia z załączonego zestawienia cenowego, z zestawieniem cenowym na rok 2025 złożonym razem z ofertą wynika inaczej.* Zamawiający zamieścił w wezwaniu tabelę z porównaniem przyjętych cen netto z taki sam serwis kalkulowany na rok 2025 i cen netto za taki sam serwis z zestawienia cenowego na rok 2023

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił:

*(…) w piśmie z dnia 18 listopada 2024 roku omyłkowo odwołano się do Umowy 990_26_2022 z dnia 07.12.2022 zawartej z 24 WOG, a realizowaną w okresie 01-01-2023 – 31-12-2023. Umowa ta, jako zawarta już blisko dwa lata temu nie może stanowić bezpośredniego odniesienia do aktualnie oferowanych warunków cenowych (…)*

*Rzeczywistą intencją Wykonawcy było w piśmie z dnia 18 listopada 2024 roku odwołanie się do warunków ostatnio zawartej umowy, tj. aneksu do umowy nr 985/26/2023 z dnia 13.12.2023r. Umowa ta była zawarta i wykonywana później niż powołana wyżej umowa z 2022 roku. Warunki tej ostatnio zawartej umowy zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Jako że umowa ta była zawarta stosunkowo niedawno, stanowi ona bardziej miarodajny punkt odniesienia w stosunku do aktualnie złożonej oferty. Warunki z tej umowy nie odbiegają znacząco od oferowanych w niniejszym postępowaniu, na dowód czego przedkładamy Aneks nr 1 do umowy nr 985/26/2023 z dn. 13.12.2023r., a także Zestawienie cenowe (po modyfikacji 3 z dn. 24.06.2024r) Część II.*

Pismem z 6 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przedstawiając następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności:

1)*W zakreślonym terminie Wykonawca złożył TOI TOI Polska Sp. z o. o. wyjaśnienia, poparte kalkulacją oraz wykazał zysk, jednakże komisja przetargowa nie uznała ich za wyczerpujące na tyle, żeby rozwiać wątpliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Szczególnie, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołał się na zestawienie cenowe z Umowy 990/26/2022 z dnia 07.12.2022r. a realizowanej w okresie 01.01.2023-31.12.2023 twierdząc, że ceny są na zbliżonym poziomie.*

2)*Zamawiający wezwał zatem Wykonawcę, żeby wyjaśnił to twierdzenie, bo po porównaniu kilku pozycji zawierających taki sam opis przedmiotu zamówienia z załączonego zestawienia cenowego, z zestawieniem cenowym na rok 2025 złożonym razem z ofertą wynikało inaczej.*

*Poniżej, poglądowa tabelka z porównaniem przyjętych cen netto za taki sam serwis kalkulowany na rok 2025 i cen netto za taki sam serwis z zestawienia cenowego na rok 2023.*

| *Zamówienie podstawowe* | | | |
|---|---|---|---|
| *nr pozycji z zestawienia cenowego 2025* | *nr pozycji z zestawienia cenowego 2023* | *cena netto 2025* | *cena netto 2023* |
| *1* | *1* | *26,00* | *29,00* |
| *2* | *2* | *28,00* | *31,00* |
| *4* | *5* | *28,00* | *31,00* |
| *9* | *9* | *26,00* | *29,00* |
| *10* | *13* | *28,00* | *31,00* |
| *11* | *10* | *28,00* | *31,00* |
| *12* | *11* | *1045,00* | *1760,00* |
| *13* | *12* | *1425,00* | *2240,00* |
| *14* | *16* | *2090,00* | *2150,00* |
| *15* | *14* | *1235,00* | *1880,00* |
| *18* | *7* | *1090,00* | *1555,00* |
| *19* | *8* | *1280,00* | *1615,00* |
| *20* | *18* | *1520,00* | *2150,00* |

3)*W zakreślonym terminie ww. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w którym podtrzymuje stanowisko, że ceny zawarte w ofercie nie mogą być uznane za rażąco niskie, jednocześnie wyjaśniając, że w piśmie z dnia 18 listopada 2024r. omyłkowo odwołano się do wcześniej w/w Umowy, twierdząc, że jako zawarta nie może stanowić bezpośredniego odniesienia do aktualnie oferowanych warunków cenowych, z uwagi na zmianę czynników cenotwórczych, takich jak:*

*–wyższa cena paliwa u dostawcy średnio o ok 20%,*

*–brak depozytu w sąsiedztwie terenów poligonowych podlegających pod 24 WOG,*

*–kosztowne delegacje pracowników z innych oddziałów Spółki TOI TOI Polska,*

*–wyższe ceny artykułów higienicznych i sanitarnych u dostawców,*

*–mniej wydajny system podgrzewania wody w kontenerach prysznicowych,*

*Wykonawca, stwierdził, że w piśmie z 18 listopada 2024r. jego rzeczywistą intencją było odwołanie się do warunków ostatnio zawartej umowy, tj. aneksu do umowy nr 985/26/2023 z dnia 13.12.2023r., jako że ta umowa, jako zawarta stosunkowo niedawno, stanowi bardziej miarodajny punkt odniesienia w stosunku do aktualnie złożonej oferty.*

*Zamawiający nie może się zgodzić takim tokiem argumentacji, bo od Wykonawcy jako podmiotu składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oczekiwany jest profesjonalizm, zaangażowanie i rzetelność w czynnościach do których zobligowany jest ustawą, zwłaszcza że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, to na nim spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.*

4)*Nadto, komisja przetargowa przeanalizowała str. 3 „Założone koszty wykonania usługi serwisu kontenerów sanitarnych*

*– kalkulacja brutto" stwierdziła, że: (…):*

*a) cyt. „koszty pracownicze – 30,00 zł brutto/1 roboczogodzina.*

*Do posadowienia/wypoziomowania kontenera na lokalizacji potrzeba jednego pracownika w okresie jednej godziny. Koszt posadowienia kontenera, według wyliczeń Wykonawcy to 30,00 zł brutto";*

*c) cyt. „koszty sprzętu pracownik – z założeń logistycznych i optymalizacyjnych Wykonawcy – transport kontenera na lokalizację wraz z rozładunkiem i powrotem na bazę TOI TOI to maksymalnie 3 godziny.*

*Zakładając stawkę za roboczogodzinę 30,00 zł brutto, koszt pracownika to 90,00 zł brutto".*

*e) cyt. „koszty związane z wyposażeniem i sprzątaniem kontenera sanitarnego – 30,00 zł brutto za serwis".*

h)*cyt. „dostawa wody dla – kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 5 st., kontener kombi, kontener VIP): wodolejka jest własnością Wykonawcy. Woda jest pobierana z ujęcia Zamawiającego bezpłatnie. Koszty pracownicze + koszt wytworzenia usługi 60,00 zł brutto za serwis".*

i)*cyt. „dostawa wody kontener sanitarny (prysznicowo-umywalkowy 14 st.). Koszty pracownicze + koszty wytworzenia usługi 80,00 zł brutto za 1 serwis*

5)*Zamawiający nie może przyjąć tych wyliczeń za przekonujące, ponieważ Wykonawca nie wykazał kosztu pozostałych elementów cenotwórczych wykonania usługi, takich jak np. koszt ręczników papierowych, papieru toaletowego, mydła, środków czystości, koszt paliwa, ilość kursów oraz faktycznej wysokości „kosztów pracowniczych"*

*Ponadto, Wykonawca nieprawidłowo przyjął w swoich wyliczeniach „koszty pracownicze – 30,00 zł brutto/l roboczogodzina, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający stawia wymóg zatrudnienia na umowę o pracę.*

*Od dnia 1 stycznia 2025 r. ustalone jest minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4666 zł, jednakże całkowity koszt pracodawcy pracownika zatrudnionego na umowę o pracę wynosi 5621 ,59 zł x 12 m-cy : 2000 (wymiar czasu pracy w 2025r.), co daje 33,73 zł jako cenę 1 roboczogodziny wypracowanej na umowę o pracę.*

*Podsumowując, w przedstawionej kalkulacji pozycji a), c), e), h) i i) istnieje uzasadniona wątpliwość, czy przedmiot zamówienia będzie realizowany należycie i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego*

*W opinii Zamawiającego, Wykonawca nie podołał ciężarowi udowodnienia i wykazania, jakie konkretnie czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu cena oferty dzięki tym czynnikom została obniżona w poszczególnych pozycjach zestawienia cenowego w przedmiotowym postępowaniu (na rok 2025), w porównaniu do ceny oferty z roku 2022 (realizowanej w roku 2023), na którą Wykonawca powołuje się w swoich wyjaśnieniach.*

Stosownie do art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. oraz z 2023 r. ) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów ustawy.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 513 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że Odwołujący nie wykazał realności ceny.

Następnie zaznaczenia wymaga, że skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po

stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. O zasadności odwołania nie mogą natomiast świadczyć twierdzenia i dowody przedstawione dopiero w postępowaniu odwoławczym, którymi Zamawiający nie dysponował oceniając wyjaśnienia wykonawcy. Spoczywający na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień ciężar dowodu, o którym mowa w art. 537 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy obowiązku wykazania, że złożone wyjaśnienia nie uprawniały do odrzucenia oferty, wykonawca jest więc ograniczony zakresem przedstawionych zamawiającemu wyjaśnień.

Wobec powyższego wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oraz dowody na ich poparcie, przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu czy piśmie procesowym, należy uznać za spóźnione. Dotyczy to takich twierdzeń Odwołującego, jak: twierdzenia i obliczenia dotyczące możliwości pokrycia składek na ubezpieczenia społeczne pracowników z zysku, sposobu kalkulacji kosztów ręczników papierowych, papieru toaletowego, mydła, środków czystości, dodatkowych wyjaśnień i obliczeń dotyczących normy spalania paliwa czy ilości kursów.

Z tych samych powodów za spóźnione należy uznać przedstawione w postępowaniu odwoławczym nowe dowody, którymi nie dysponował Zamawiający oceniając wyjaśnienia, tj.:

–częściowo zanonimizowane umowy o pracę, na okoliczność, że Odwołujący uwzględnia wymogi wynikające z przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaś przyjęta w wyjaśnieniach stawka 30 zł brutto również te wymogi uwzględnia;

–deklaracja DRA za październik 2024 r. na okoliczność, że Odwołujący prawidłowo realizuje wymogi związane z opłacaniem składek ubezpieczeniowych i zdrowotnych;

–zestawienie porównujące zysk przy przyjęciu kosztów pracowniczych na poziomie 30 zł oraz 33,73 zł celem wykazania faktu, że koszt pracowniczy i składki na ubezpieczenia nie są istotnym składnikiem ceny, zaś nawet gdyby część składowa ceny w postaci kosztów pracowniczych została powiększona do kwoty 33,73 zł, to i tak Odwołujący uzyskałby zysk z zamówienia (z każdej jego pozycji);

– faktura nr HP/2297/24 na okoliczność, że wskazana w wyjaśnieniach cena za paliwo 5,90 zł brutto odpowiada realnym stawkom za olej napędowy;

–zestawienie tankowania pojazdu Mercedes Sprinter 315 CDI w październiku 2024 r. celem wykazania faktu, że średnia spalania pojazdów Odwołującego jest jeszcze niższa niż wskazane w wyjaśnieniach;

–zestawienie serwisów z jednego kursu celem wykazania faktu, że Odwołujący podczas jednego kursu jest w stanie zrealizować serwis w 35 lokalizacjach, co uzasadnia twierdzenie, że wskazana liczba serwisów w wyjaśnieniach na poziomie 30 serwisów w czasie jednego kursu nie była zawyżona i jest realna;

–zestawienie wykazujące koszty związane z wyposażeniem i sprzątaniem kontenera sanitarnego, faktura nr FV/01/000107/10/2024 za mydło, faktura FV/01/000110/08/2024 z rozliczeniem bonusu dotyczącym płynu do toalet, faktura FA 1049/OL/24 za papier toaletowy i ręcznik papierowy na okoliczność, że wskazana kwota 30 zł brutto za jeden serwis tytułem kosztów związanych z wyposażeniem i sprzątaniem kontenera sanitarnego odpowiada rzeczywistemu kosztowi tego składnika ceny i nie zaniżyła ceny;

–wyliczenia w zakresie kosztów dostawy wody do kontenerów na okoliczność, że wskazane w wyjaśnieniach koszty dostawy wody do kontenerów opierają się na rzeczywistym i realnym koszcie;

–referencje wystawione przez Zamawiającego na okoliczność, że Zamawiający pozytywnie ocenia realizację przez Odwołującego umów dotyczących przedmiotu tożsamego lub podobnego z przedmiotem niniejszego zamówienia;

–arkusze kalkulacyjne kosztów i zysku Odwołującego.

Wszystkie powyższe dowody Odwołujący miał obowiązek przedstawić Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, jakoby wyjaśnienia były wystarczające z uwagi na ogólną treść wezwania do wyjaśnień, w tym brak żądania wykazania zgodności kalkulacji z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponownie podkreślić należy, że skierowanie wezwania do wyjaśnień powoduje z mocy prawa powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. O braku takiego obowiązku nie może przesądzać to, że w treści wezwania Zamawiający nie wyspecyfikował szczegółowo pytań dotyczących konkretnych założeń kalkulacyjnych. O ile zamawiający nie ma szczególnych czy nietypowych oczekiwań co do konkretnych aspektów kalkulacji ceny, to nawet ogólną treść wezwania należy uznać za

wystarczającą. Dotyczy to zwłaszcza tak oczywistego i istotnego czynnika kosztotwórczego, jakim w przypadku usług są koszty pracy, które w samej ustawie zostały ujęte w katalogu okoliczności podlegających wyjaśnieniu.

Zauważyć należy, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego *o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu z uwzględnieniem poszczególnych składników cenotwórczych wraz z wskazaniem uzyskanego zysku* oraz wskazał otwarty katalog okoliczności (w tym zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy), co oznacza obowiązek udzielenia wyjaśnień (i potwierdzenia ich dowodami) co do wszelkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy oraz że w wyjaśnieniach wykonawca powinien posłużyć się szczegółową kalkulacją kosztów złożonej oferty w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wyjaśnić i udowodnić oszczędności wyceny oferty i ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego. Nieuprawnione jest stanowisko, że brak wyczerpujących wyjaśnień jest usprawiedliwiony treścią tego wezwania. Obowiązek złożenia pełnych wyjaśnień, ze wskazaniem wszelkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, wynika zresztą z samej ustawy Pzp, w świetle bowiem z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca jest obciążony obowiązkiem przedstawienia takich wyjaśnień i dowodów, które potwierdzą, że cena została skalkulowana prawidłowo. Biorąc zatem pod uwagę przepisy ustawy oraz treść wezwania do wyjaśnień, Odwołujący zobowiązany był złożyć wyjaśnienia wykazujące prawidłowość kalkulacji ceny oraz uwzględniające wszystkie okoliczności mające znaczenie dla ustalenia jej wysokości, a okoliczności te poprzeć dowodami. W ocenie Izby wyjaśnienia, które złożył Odwołujący, nie odpowiadają tym wymaganiom.

Po pierwsze, Zamawiający zasadnie stwierdził, że Odwołujący nieprawidłowo przyjął do kalkulacji ceny koszty pracy w wysokości 30,00 zł brutto za roboczogodzinę. Biorąc pod uwagę obowiązek zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, wykonawca powinien wziąć pod uwagę, że od 1 stycznia 2025 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.666 zł, a przy takim wynagrodzeniu całkowity koszt pracodawcy 5.621,59 zł. Słusznie zatem wskazał Zamawiający, że przy takich miesięcznych kosztach pracy, koszt za 1 roboczogodzinę wynosi 33,73 zł. Powyższe prowadzi do wniosku, że przyjęty do kalkulacji ceny koszt pracy jest niezgodny z przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał w wyjaśnieniach, w jaki sposób zapewnił pokrycie kosztów pracodawcy kalkulując cenę oferty, a wskazanie w postępowaniu odwoławczym na sfinansowanie ich z przewidywanego zysku i na kalkulacje mające to potwierdzać, należy uznać za spóźnione. Przy takiej treści wyjaśnień Zamawiający nie był uprawniony do wniosku, że kalkulacja ceny uwzględnia minimalne koszty pracy. Dodatkowo warto zauważyć, że Odwołujący wskazał stawkę 30,00 zł jako stawkę średnią, co powoduje dodatkowe wątpliwości co do realności przyjętych kosztów pracy, może oznaczać bowiem zatrudnianie niektórych pracowników za stawki jeszcze niższe. Zatem Zamawiający był uprawniony do wniosku, że nie wykazano realności kosztów pracy, zwłaszcza wobec nieprzedstawienia żadnych dowodów dotyczących wynagrodzeń personelu, w tym na stanowiskach, co do których minimalne wynagrodzenie należy uznać za mało realne. Gołosłowne wskazanie kosztów roboczogodziny niepokrywających minimalnych kosztów zatrudnienia, przy jednoczesnym nieprzedstawieniu żadnych dodatkowych informacji czy dowodów, było wystarczającą podstawą do uznania wyjaśnień za niewykazujące prawidłowości ceny i w konsekwencji do odrzucenia oferty.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że ewentualne zaniżenie wysokości kosztów pracy nie może być uznane za dotyczące istotnej część składową ceny i prowadzić do odrzucenia oferty. Nie ulega wątpliwości, że zamówienie obejmujące realizację usługi sanitarnej polegającej na zabezpieczeniu potrzeb wojska w przenośne urządzenia sanitarne wraz z ich kompleksową obsługą serwisową opiera się przede wszystkim na pracy personelu wykonawcy, koszty pracy są więc głównym czynnikiem kosztotwórczym. W związku z tym przyjęta do kalkulacji wysokość kosztów pracy jest istotnym elementem składowym ceny, którego zaniżenie może być podstawą odrzucenia oferty. O rażącym zaniżeniu tego elementu świadczy natomiast sam fakt, że przyjęta do kalkulacji ceny stawka jest niższa od minimalnych kosztów pracy, nie ma natomiast rozstrzygającego znaczenia, jak bardzo stawka ta została zaniżona.

Ponadto Zamawiający zasadnie stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w wyjaśnieniach kosztu pozostałych elementów cenotwórczych wykonania usługi, takich jak np. koszt ręczników papierowych, papieru toaletowego, mydła, środków czystości, koszt paliwa, ilość kursów. Odwołujący dopiero w treści odwołania próbował wskazać, w jakich elementach kalkulacji zostały ujęte powyższe koszty. Wyjaśnienia nie dają natomiast wiedzy na temat tych kosztów i ich realności. Przykładowo, trudno uznać, że wskazanie w wyjaśnieniach: *Koszty związane z wyposażeniem i sprzątaniem kontenera sanitarnego – 30,00 zł brutto za 1 serwis* stanowi wykazanie realności kosztów ręczników papierowych, papieru toaletowego, mydła, środków czystości. Powyższe nie pozwala stwierdzić, jakie koszty zostały w tej kwocie ujęte i ocenić, czy są one realne. W odniesieniu do kosztów paliwa i ilości kursów Odwołujący próbował w postępowaniu odwoławczym uszczegółowić wyjaśnienia, uzupełniając je o informacje, których nie przedstawił wcześniej

Zamawiającemu.

Odnosząc się natomiast do zestawienia cenowego dotyczącego umowy 990/26/2022 z 7 grudnia 2022 r. (realizowanej w 2023 r.), nie ulega wątpliwości, że to omyłkowo powołane – jak wynika z kolejnych wyjaśnień – zestawienie w żadnej mierze nie potwierdza realności obecnie zaoferowanej ceny. Z kolei zestawienie dotyczące umowy realizowanej w 2024 r. nie zostało załączone do pierwotnych wyjaśnień, a dodatkowe wezwanie do wyjaśnień nie powinny być udzieleniem wykonawcy szansą na uzupełnienie dowodów, których przedstawienia wykonawca wcześniej zaniechał. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że dla oceny realności ceny ofertowej miarodajne i rozstrzygające są informacje i dowody dotyczące kalkulacji ceny w obecnym postępowaniu oraz sprzyjające czynniki towarzyszące tej kalkulacji. W sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia zawierają braki, a w odniesieniu do głównych czynników kosztotwórczych wręcz potwierdzają przyjęcie zaniżonych stawek, okoliczność realizowania wcześniejszego zamówienia nawet za zbliżone stawki nie może być podstawą do wniosku, ze realność ceny została wykazana.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

Na marginesie zauważenia wymaga, że nie podlegały ocenie Izby podniesione w piśmie procesowym Przystępującego okoliczności, które nie zostały wskazane przez Zamawiającego jako podstawy faktyczne odrzucenia oferty (przykładowo brak czytelności kalkulacji czy nieuwzględnienie lub zaniżenie w niej innych niż wskazane przez Zamawiającego kosztów, jak np. koszty odzieży ochronnej, amortyzacji pojazdów itp.). Niezależnie jednak od powyższego, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……