

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę: **W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EW-POMIAR W.W., Niechobrz 755, 36-047 Boguchwała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EW-POMIAR W.W., Niechobrz 755, 36-047 Boguchwała, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EW-POMIAR W.W., Niechobrz 755, 36-047 Boguchwała, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 785/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w przedmiocie „Obsługa i utrzymanie szaleków miejskich w 2024 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2024r. pod numerem 2024/BZP 00066496/01.

Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 22 lutego 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EW-POMIAR W.W. z siedzibą w Niechobrze na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Wykonawca, W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EW-POMIAR W.W. wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty w zakresie w jakim Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał w przedłożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji w której z kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego wynika, że prawidłowo scharakteryzował i ustalił koszty wykonania zamówienia, a zaoferowane wynagrodzenie jest realne, w szczególności zaś pozwala wykonawcy na osiągnięcie zysku, co wykazał w złożonych wyjaśnieniach;

2.art. 16 pkt. 1 Pzp oraz art. 239 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert i dokonania wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, ewentualnie: dokonanie ponownego wezwania Odwołującego do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji przyjęcia, że złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu pozostawiają wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest oddanie w utrzymanie i obsługę 8 szaleków publicznych zlokalizowanych na terenie miasta Łodzi w 2024 roku. Cena ofertowa Odwołującego wynosi 354.900,00 zł i jako jedyna mieści się w kwocie stanowiącej sumę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, jest od niej niższa o niespełna 13 %, zaś przepisy ustawy Pzp traktują o tym, iż z rażąco niską ceną mamy do czynienia w

przypadku kiedy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia.

Mimo, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie przekracza progu, który oblige do przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający za pośrednictwem platformy przetargowej wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 13.02.2024r. złożył obszernie wyjaśnienia dołączając materiał dowodowy, zaś w treści samych wyjaśnień ujęto wszystkie elementy, co do których Odwołujący ma świadomość, iż są istotne dla ustalenia cen oferowanych w zakresie usług, będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie wskazał w sposób precyzyjny i jednoznaczny gdzie widzi wątpliwości co do realności wysokości poszczególnych cen jednostkowych. Mimo to, Odwołujący przedstawił bardzo rzetelne, dokładne i szczegółowe informacje, poparte załączonymi dowodami, które zdaniem Odwołującego nie zostały w sposób prawidłowy przez Zamawiającego przeanalizowane i zinterpretowane, co doprowadziło do dowolnej i błędnej ich oceny.

W analizowanym stanie faktycznym, głównymi elementami, stanowiącymi największy koszt realizacji przedmiotu zamówienia, są koszty związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę oraz wszystkie należności wynikające z zatrudnienia tych pracowników i wynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W zakresie kosztów związanych z ilością etatów/pracowników potrzebnych do wykonywania usługi, Odwołujący słusznie przyjął 11 etatów, zakładając, że praca odbywać się będzie w systemie równoważnym. Odwołujący podniósł przedwcześnie, z góry przyjęte założenie Zamawiającego dotyczące ilości etatów potrzebnych do wykonania usługi. Zamawiający dokonując własnych wyliczeń oparł się na przyjętym przez siebie założeniu konieczności istnienia 13 etatów, biorąc pod uwagę kryteria, które nie odpowiadają kryteriom przyjętym przez Odwołującego w zakresie liczby osób zatrudnionych z lekkim i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, a co za tym idzie - wysokości potencjalnie osiągniętej dopłaty z PFRON, która ma wpływ na ogólny koszt wykonywanej usługi. Regulacje czasu pracy osób niepełnosprawnych przewidują możliwość wykonywania pracy przez osoby z orzeczoną lekką stopniem niepełnosprawności w wymiarze 8 godzin dziennie (40 godzin tygodniowo). Osoby z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności, kiedy same wystąpią do pracodawcy z propozycją zastosowania wobec nich norm Kodeksu pracy, a pracodawca skieruje ich na badania do lekarza i ten wystawi odpowiednie zaświadczenie, także mogą pracować w nadgodzinach, tj. normach obowiązujących pracowników bez orzeczonego stopnia niepełnosprawności. Zamawiający w niniejszej sprawie w ogóle nie wziął takiej możliwości pod uwagę, przyjmując w sposób czysto matematyczny ilość godzin, którą mogą przepracować osoby z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności i posłużył się tą liczbą godzin w swoich wyliczeniach. Zamawiający nie miał uzasadnionych przesłanek do przyjęcia odgórnego założenia, że realizacja usługi przy pomocy 11 pracowników, mając na uwadze posiadaną przez pracownika zgodę lekarza, nie byłaby możliwa.

Odnosząc się do obliczeń kosztów związanych z zatrudnionym pracownikiem, Odwołujący wyjaśnił, że w wyjaśnieniach posłużył się miesięcznym średnim całkowitym kosztem związanym z zatrudnieniem pracownika. Odwołujący mając świadomość jakie będą obowiązywały w roku 2024 koszty związane z zatrudnieniem pracownika, za podstawę swoich obliczeń przyjął średni koszt w kwocie 5.150 zł. Zsumował on kwotę 5.110,76, która będzie obowiązywała w pierwszym półroczu 2024r. i kwotę 5.180,64 zł, która będzie obowiązywała od 1 lipca 2024r. Następnie uzyskaną sumę podzielił na połowę i stąd jego średni wynik, który wynosi 5.150 zł. Nie jest to, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, koszt równy tej kwocie, a średnia wyciągnięta z dwóch liczb. Wynika to wprost z wyjaśnień Odwołującego. W przypadku niezrozumienia intencji Odwołującego, Zamawiający miał prawo wezwać Odwołującego o doprecyzowanie treści udzielonych wyjaśnień, czego nie uczynił.

Odwołujący podniósł, że każda z dotychczas wybranych ofert w I. 2022 i 2023 nie powinna podlegać ocenie i winna być odrzucona. Wskazał, że w ofercie na 2024r., wykonawca który wygrał przetarg, zadeklarował zatrudnienie osób z II podwyższoną grupą inwalidzką. Wyliczona przez Zamawiającego liczba godzin do przepracowania w okresie od 01.03.2024r. do 31.12.2024r. wyniosła 18 216, co wiąże się z koniecznością zorganizowania 16 etatów, jeżeli chcemy zatrudnić osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności II stopnia. Idąc w ślad za taką liczbą godzin, koszt wybranego obecnie wykonawcy przedstawia się w następujący sposób:

1.liczba godzin do przepracowania - 18 216 godzin

norma czasu pracy dla osoby z II grupą niepełnosprawności – 1 460 godzin (167/8*7*10)

urlopy dla osób z II grupą niepełnosprawności - 4 608 godzin (16 osób*36 dni*8)

razem godziny do przepracowania + urlopy – 22 824 godzin

liczba etatów 15,63 etatu (22824/1460)

koszty zatrudnienia pracowników – 824.000,00 zł za 10msc (16 etatów*5150zł*10msc)

dopłata z PFRON – 360.000,00 zł (16*2250*10)

koszt zatrudnienia pracowników po odliczeniu dopłaty – 464.000,00 zł (824.000-360.000)

podatek VAT od kwoty 404.055,00 zł – 75.545,00 zł
środki czystości – 20.000,00 zł
sprzątnięcie i drobne naprawy – 50.000 zł
koszty eksploatacyjne – 48.000 zł
całkowity koszt – 657.545,00 zł (poz. 8+9+10+11+12)
dochód z urzędu – 404.055,00 zł
dochód/strata - -253.490,00 zł

liczba osób korzystających z toalety na pokrycie kosztów – 126.745 osób (253.490 zł/2 zł opłaty)

Wg Zamawiającego, dochód z utargów za poprzednie lata wyniósł 94.400 zł (47200 osób*2zł), co daje stratę dla wybranego wykonawcy w wysokości 159.090,00 zł (253.490-94.400). Tymczasem liczba osób korzystających z szaletów, która pozwalałaby na pokrycie kosztów winna wynosić 126.745, co zostało wskazane powyżej.

Odwolujący przedstawił także analizę stanu faktycznego w roku 2023 r., kiedy przetarg wygrał ten sam wykonawca, z tym, że przedmiot zamówienia dotyczył 9 szaletów, Według obliczeń Odwołującego, jeżeli dochód z utargów wyniósł 94.400 zł (47200 osób/2 zł), to wybrany wykonawca w 2023 r. poniósł stratę w wysokości 155.000,00 zł (249.500-94400). Tymczasem liczba osób korzystających z szaletów, która pozwalałaby na pokrycie kosztów winna wynosić 124.750, co zostało wykazane powyżej. Podobną analizę Odwołujący przedstawił także za rok 2022, gdzie również ten sam wykonawca wygrał przetarg na obsługę i utrzymanie 8 szaletów, zaś opłata za skorzystanie z szaletu wynosiła wówczas 1 zł. Wówczas zdaniem Zamawiającego, dochód z utargów wyniósł 47.200 zł (47200 osób/1 zł), zatem wybrany wykonawca w 2022 r. poniósł stratę w wysokości 76.560,00 zł (123.760-47.200). Tymczasem liczba osób korzystających z szaletów, która pozwalałaby na pokrycie kosztów winna wynosić 123 760, co zostało wykazane powyżej.

Zdaniem Odwołującego, konfrontując dane przyjęte przez Zamawiającego z rzeczywistością oraz poprzednimi latami i przyjętymi przez Odwołującego założeniami z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie można zgodzić się z tezą, że Odwołujący zawyżył ponad trzykrotnie przewidywane przychody z opłat za korzystanie z szaletów. Wyliczenia Odwołującego, przy założeniu, że wszyscy pracownicy pracują po 8 godzin dziennie, albowiem chce on zatrudnić 4 osoby z orzeczonym lekkim stopniem niepełnosprawności i 4 osoby z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, którzy za zgodą lekarza mogą wykonywać pracę w wymiarze 8 godzin dziennie, przedstawiają się bowiem następująco:

1.liczba godzin do przepracowania – 18 216 godzin
liczba etatów 10,68 etatu (18 216/1672)
koszty zatrudnienia pracowników – 566.500,00 za 10msc (11 etatów*5150zł*10msc)
dopłata z Pfron I gr – 20.000,00 zł (4*500*10)
dopłata z Pfron II gr – 54.000,00 zł (4*1350*10)
koszt zatrudnienia pracowników po odliczeniu dopłaty – 492.500,00 zł (566.500-74.000)
podatek VAT od kwoty 354.900,00 zł – 66.360,00 zł
środki czystości – 20.000,00 zł
koszty eksploatacyjne – 48.000 zł
całkowity koszt – 626.860 zł (poz. 6+7+8+9)
dochód z urzędu – 354.900,00 zł
dochód/strata - -271.960,00 zł

liczba osób korzystających z toalety na pokrycie kosztów – 135.980 osób (271.960 zł/2 zł opłaty)

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że w roku 2022, ilość osób korzystających z szaletów, która pozwoliłaby na pokrycie kosztów musiała wynosić 123 760, co daje 1 547 osób średnio miesięcznie na 1 punkt. W roku 2023, ilość osób korzystających z szaletów, która pozwoliłaby na pokrycie kosztów musiała wynosić 124 750, co daje 1 560 osób średnio miesięcznie na 1 punkt, zaś obecnie w roku 2024 ilość osób pozwalająca pokryć koszty musiałaby wynosić 135 980, co daje 1 699 osoby średnio miesięcznie na 1 punkt. Są to porównywalne liczby osób korzystających z toalet, przy czym w latach 2022 i 2023 przyjęta przez Odwołującego ilość nie uwzględnia zarobku firmy, która obsługiwała toalety. Przyjęta zaś przez Zamawiającego na postawie oświadczenia wykonawcy, który wygrał przetarg liczba osób 42 200 (94 400/2 zł opłaty) jest błędna, dlatego że nie pokrywałaby kosztów z poprzednich lat.

Znaczenie dla uznania rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego w niniejszej sprawie miała przede wszystkim kwestia nieprawidłowego wyliczenia ilości etatów potrzebnych do prawidłowego zrealizowania usługi, co przekłada się wprost na wyliczone koszty związane z zatrudnieniem pracowników, a także fakt bezzasadnego założenia, że zatrudnieni pracownicy na pewno nie będą posiadali zaświadczenia lekarskiego, które uprawniałoby ich do wykonywania pracy w większym wymiarze czasu pracy. Zamawiający przy tym nie sprecyzował dokładnie swoich żądań w zakresie wyjaśnień składanych przez Odwołującego, toteż nie miał on możliwości przewidzieć toku rozumowania Zamawiającego, albowiem wówczas mógłby to wyjaśnić.

Tymczasem, punktem odniesienia do ustalenia, czy w analizowanej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, powinien być przedmiot zamówienia. Omawiając definicję rażąco niskiej ceny, należy pamiętać także, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2019 r. (KIO 2315/19) wskazała, że ważne jest to, aby koszt wykonania zamówienia pokrywał się z wyczoną ceną jego wykonania. Ponadto, nie stanowi novum w zakresie zamówień, iż wykonawca starający się wejść na dany rynek oferuje zwykle cenę niższą niż wykonawcy już na tym rynku obecni, zaś faktu zaoferowania ceny niskiej nie można utożsamiać z ceną rażąco niską. W analizowanej sprawie różnica pomiędzy ofertą Odwołującego, a wybranego wykonawcy wyniosła niespełna 50.000 zł w skali 10 miesięcy, co w przeliczeniu na jeden miesiąc daje kwotę niespełna 5.000 zł, a co zostało uznane przez Zamawiającego jako cena rażąco niska. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający swoje rozważania w tym zakresie oparł na przyjęciu pewnych założeń, które były interpretowane na niekorzyść Odwołującego, w tym z góry przyjęte założenie odnośnie wykonywania pracy przez osobę niepełnosprawną w wymiarze 7 godzin dziennie, co miało wpływ na wyczenia ilości etatów potrzebnych do wykonania usługi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 marca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wyjaśnił:

1. zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp

Zamawiający wyjaśnił, że przeprowadził szczegółową analizę treści złożonych w piśmie z dnia 8.02.2024r. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przeprowadzona analiza wskazuje, iż jest to cena rażąco niska i wykonanie umowy przy założeniach przyjętych przez Odwołującego przyniesie stratę. Przedstawione w wyjaśnieniach założenia i oparte o nie obliczenia wskazują, że wykonawca oferuje wykonanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Strata zgodnie z niższymi obliczeniami wynosi 330 917,00. PLN.

Pierwszym błędnym założeniem Odwołującego było przyjęcie do obliczeń kosztów zatrudnienia nieprawidłowej liczby pracowników. Odwołujący błędnie założył, iż do prawidłowej realizacji zamówienia wystarczy 11 etatów/pracowników. Odwołujący dokonując obliczeń założył, że 4 pracowników niepełnosprawnych z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności będzie pracować w wymiarze czasu pracy, tak jak pracownik w pełni sprawny, co jest sprzeczne z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Odwołujący w swoich wyczeniach nie uwzględnił również prawa osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności do dodatkowego urlopu wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Zasadą, która odnosi się do wszystkich osób niepełnosprawnych, niezależnie od stopnia niepełnosprawności, jest 8-godzinna norma dobową i 40-godzinna norma tygodniową. Jednakże art. 15 ust. 2 ww. ustawy wprowadza obowiązek stosowania w pewnych przypadkach krótszych niż wskazanych powyżej norm, a mianowicie 7-godzinnej normy dobowej i 35-godzinnej normy tygodniowej. Pracodawca ma obowiązek stosować skrócone normy, gdy pracownik niepełnosprawny ma stosowne orzeczenie potwierdzające jego niepełnosprawność w znacznym lub umiarkowanym stopniu. Osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych oraz ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek. Czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy. Stosowanie opisanych powyżej norm czasu pracy nie powoduje obniżenia wysokości wynagrodzenia wypłacanego w stałej miesięcznej wysokości. Pracowników niepełnosprawnych nie wolno też zatrudniać w godzinach nadliczbowych, których definicję zawiera art. 151 K.P. – jest to praca wykonywana ponad obowiązujące pracownika normy czasu pracy, a także praca wykonywana ponad przedłużony dobowy wymiar czasu pracy wynikający z obowiązującego pracownika systemu i rozkładu czasu pracy. W związku z powyższym dla niepełnosprawnego pracownika pełnoetatowego, którego obowiązuje 8-godzinna norma czasu pracy, pracą w godzinach nadliczbowych będzie praca ponad tę normę, natomiast w przypadku pracowników niepełnosprawnych korzystających ze skróconej normy 7-godzinnej będzie to praca ponad tę 7-godzinną normę.

Zgodnie z art. 16 ust.1 ww. ustawy wyłączenie stosowania wskazanych w art. 15 zasad dotyczy dwóch kategorii osób niepełnosprawnych:

- 1) osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy pilnowaniu;
- 2) osób niepełnosprawnych, na których wniosek lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub, w razie jego braku, lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

Odwołujący w przedmiotowej sprawie wskazał osoby niepełnosprawne o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, jednocześnie do swoich wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący nie załączył zgód od lekarzy przeprowadzających badania profilaktyczne na niestosowanie normy czasu pracy wskazanej w art. 15 ust. 2 ww. ustawy. Tym samym, w pełni uprawnione było ustalenie Zamawiającego, iż Odwołujący przyjął nieprawidłową liczbę pracowników. Przy tym uwarunkowaniu w odniesieniu do czasu pracy osób niepełnosprawnych o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności odwołujący powinien przyjąć 13 pracowników zamiast 11. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, Odwołujący zobowiązany był do przedstawienia dowodów potwierdzających realność swoich wyjaśnień i wyczeń.

Odwołujący do swoich wyjaśnień nie załączył ww. zgód, a tym samym nie spełnił ciężącego na nim obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym, wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Brak załączenia opisanych powyżej zgód lekarzy wskazuje, iż Odwołujący zrobił błąd w swoich kalkulacjach w zakresie liczby pracowników potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6.03.2024r. w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego dokonał szczegółowego wyliczenia kosztów zatrudnienia przy założeniu zatrudnienia 4 osób niepełnosprawnych o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności nie posiadających zgód z art. 16 ww. ustawy oraz 9 pełnosprawnych pracowników i ustalił, iż koszt ten powinien wynieść 595.857,44 zł, a nie jak błędnie założył odwołujący 566.500 zł. Tym samym, Odwołujący zaniżył koszty zatrudnienia o kwotę 29.357,44 zł.

Odwołujący zawyżył także ponad trzykrotnie przewidywane przychody z opłat za korzystanie z szaletów. Zamawiający wyjaśnił, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6.03.2024r. w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o posiadane dane w zakresie liczby osób korzystających z szaletów miejskich w 2023r. dokonał oszacowania przychodów wykonawcy z opłat za korzystanie z szaletów miejskich. Zamawiający wskazał, iż przewidywany przychód z korzystania z szaletów miejskich wyniesie 94 400 zł za cały okres obowiązywania umowy. Zestawienie kosztów pracowniczych, przychodu z tytułu opłat za korzystanie z szaletów miejskich z wyliczeniami odwołującego wskazuje, iż zaniżył on wartość swojej oferty i będzie on realizował umowę ze stratą na poziomie kwoty 330.917 zł.

Z uwagi na brak dowodów potwierdzających prawidłowość wyliczonych kosztów pracowniczych oraz na podstawie danych dotyczących liczby osób korzystających w 2023 r. z szaletów miejskich (590 osób) zdaniem Zamawiającego uznać należy, iż oferta Odwołującego jest nierealna i zawiera rażąco niską cenę. Tym samym, Zamawiający zasadnie przyjął, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp.

2. zarzut naruszenie art. 16 pkt. 1 Pzp oraz art. 239 Pzp

W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia firmy Bioeko dotyczące rażąco niskiej ceny są kompletne i wyczerpujące. Wykonawca przedstawił kalkulacje faktycznie poniesionych kosztów w trakcie obsługi i utrzymania obiektów w roku 2023 r., które nie odbiegają od cen rynkowych. Wykonawca przyjął prawidłową ilość etatów (13), a ponadto wszyscy pracownicy to osoby niepełnosprawne posiadający umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz schorzenia, które kwalifikują ich do tzw. grupy specjalnej. W związku z powyższym dofinansowanie w kwocie 1350 PLN na osobę miesięcznie zostanie zwiększone o dodatkową kwotę 900 PLN. Biorąc pod uwagę koszty uzyskania przychodu oraz kalkulację cenową i dofinansowanie z PEFRON firma BIOEKO, zdaniem Zamawiającego, jest w stanie wykonać usługę objętą umową w zaoferowanej kwocie. Podkreślić należy, iż jednym z głównych czynników wpływających na przychód wykonawców jest dofinansowanie z PEFRON:

1.dofinansowanie z PEFRON dla firmy EW Pomiar:

1350 PLN x 4 osoby (st. umiarkowany) x 10 miesięcy = 54 000 PLN

500 PLN x 4 osoby (st. lekki) x 10 miesięcy = 20 000 PLN

Dofinansowanie razem = 74 000 PLN

2.dofinansowanie z PEFRON dla firmy BIOEKO:

2250 PLN x 13 osoby (st. umiarkowany gr. specjalna) x 10 miesięcy = 292 500 PLN

Dofinansowanie razem = 292 500 PLN .

W tych okolicznościach zarzuty odwołania również w tej części nie potwierdziły się.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

1.Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 i art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał w przedłożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji w której z kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego wynika, że prawidłowo scharakteryzował on i ustalił koszty wykonania zamówienia, a zaoferowane wynagrodzenie jest realne, w szczególności zaś pozwala mu na osiągnięcie zysku, co wykazał w złożonych wyjaśnieniach.

Zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i obsługa 8 szaletów publicznych zlokalizowanych na terenie miasta Łodzi w 2024 roku. W prowadzonym postępowaniu zostały złożone 4 oferty. Odwołujący złożył ofertę z ceną 354.900,00 zł. Pozostałe oferty zawierały ceny: 404 055,00 zł, 060 000,00zł oraz 1 549 800,00zł.

Pismem z dnia 7 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, w tym dowodów, w celu wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, z uwagi na fakt, że cena ta jest o 56,69% niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Podobne wezwanie zostało skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy BIOEKO Sp. z o.o., która jest niższa o 50,69% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Odwołujący nie wniósł odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do wyjaśnień i przedłożeniu dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Brak wniesienia odwołania wobec powyższej czynności powoduje, że na wykonawcę od tego momentu przechodzi ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska i gwarantuje wykonanie zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i odrębnymi przepisami. Stosownie do brzmienia art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień i dowodów musi obalić domniemanie faktyczne, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę.

Odwołujący w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 8 lutego 2024 r. złożył wyjaśnienia, dołączając do wyjaśnień dowody w postaci: cennika środków czystości firmy Centrum Higieny Efekt Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – Katalog produktów 2021 oraz wykazy poniesionych kosztów eksploatacyjnych w związku z umową z 30 czerwca 2023 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożonych wyjaśnień nie można uznać za obszerne, dokładne i szczegółowe. W wyjaśnieniach wykonawca podał w sposób bardzo ogólny określone kwoty kosztów, przy czym dla niektórych elementów składowych ceny oferty, jak np. koszty eksploatacji lub środki czystości Odwołujący przyjął określone wartości na podstawie szacunków z innych wykonywanych umów. Wysokość tych kosztów nie została w żaden sposób uzasadniona przez Odwołującego w wyjaśnieniach. Ponadto, poszczególne wartości pozycji kosztowych, jak wskazał sam Odwołujący, zostały zaokrąglone, co świadczy o pobieżnym oszacowaniu jedynie kosztów realizacji zamówienia przez wykonawcę.

Jak sam Odwołujący przyznał, w analizowanym stanie faktycznym, głównymi elementami, stanowiącymi największy koszt realizacji przedmiotu zamówienia, są koszty związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę oraz wszystkie należności wynikające z zatrudnienia tych pracowników i wynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Odwołujący przyjął liczbę 11 etatów na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, zakładając, że praca odbywać się będzie w systemie równoważnym i będzie wykonywana przez osoby z lekkim i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, na które otrzyma stosowną refundację z PFRON. Odwołujący do kalkulacji ceny oferty przyjął zatrudnienie wszystkich osób w wymiarze czasu pracy - 8 godzin dziennie (40 godzin tygodniowo) wskazując, że osoby z orzecznym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, kiedy same wystąpią do pracodawcy z propozycją zastosowania wobec nich norm Kodeksu pracy, a pracodawca skieruje ich na badania do lekarza i ten wystawi odpowiednie zaświadczenie, mogą pracować w nadgodzinach, tj. normach obowiązujących pracowników bez orzeczonego stopnia niepełnosprawności. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na potwierdzenie, że jest to zagwarantowane w tym przypadku.

Ponadto, Odwołujący przyjął do przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji ceny oferty określoną liczbę osób korzystających z szaletów, jednak nie potrafił uzasadnić, na jakiej podstawie poczynił założenia w powyższym zakresie, kalkulując przychody ze świadczonych usług. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja odnośnie ilości osób korzystających z szaletów wskazuje jedynie, że przychody ze świadczonych usług Odwołujący skalkulował jako wartość, która zapewnia pokrycie kosztów, które nie znajdują pokrycia w kwocie wynagrodzenia uzyskanego od Zamawiającego oraz w kwocie dofinansowania PFRON. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. Wskazać należy, że przychód wykonawcy uzyskany z opłat za korzystanie przez mieszkańców z szaletów powinien być oszacowany w oparciu o rzeczywiste dane dotyczące liczby osób korzystających z szaletów w latach poprzednich, w szczególności w roku 2023. Dane takie przedstawił Zamawiający. Z danych tych wynika, że szacunkowy przychód z opłat może wynieść w skali całego zamówienia ok. 94 600,00zł. Odwołujący nie przedstawił natomiast ani w ramach złożonych wyjaśnień, ani na rozprawie żadnego dowodu na okoliczność, że dane uzyskane przez Zamawiającego są błędne, co podnosił w odwołaniu i na rozprawie. Wobec powyższego, za słuszne należało uznać stanowisko Zamawiającego, że kalkulując swoją ofertę Odwołujący zawiążył ponad trzykrotnie przewidywane przychody z opłat za korzystanie z szaletów.

Izba w pełni podziela stanowisko, że cena oferty niższa od innych ofert złożonych w danym postępowaniu nie jest wprost równoznaczna z ceną rażąco niską. Sam fakt, że różnica pomiędzy ofertą Odwołującego, a wybranego wykonawcy wynosi niespełna 50.000 zł w skali 10 miesięcy, nie oznacza, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Taka okoliczność nie stanowiła też uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę.

W ocenie Izby, Zamawiający dokonał rzeczowej analizy złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, co potwierdza treść informacji przedstawionej wykonawcy w zakresie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Ocena dokonana przez Zamawiającego w powyższym zakresie nie może być uznana za dowolną i błędną, co podnosił Odwołujący. Przeprowadzona przez Zamawiającego analiza danych zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego wskazuje, że wykonawca oferuje wykonanie usługi objętej przedmiotem zamówienia poniżej kosztów jej świadczenia. W szczególności Odwołujący w sposób arbitralny przyjął w kalkulacji, że do prawidłowej realizacji zamówienia wystarczy 11 etatów/pracowników, w tym 4 pracowników niepełnosprawnych z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, a jednocześnie nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że osoby te będą pracować w pełnym wymiarze czasu pracy, tj. powyżej normy wskazanej w art. 15 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Ponadto, Odwołujący w kalkulacji nie uwzględnił również prawa osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności do dodatkowego urlopu wypoczynkowego w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. W świetle art. 15 ww. ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w pełni uprawnione jest ustalenie przez Zamawiającego, że Odwołujący nieprawidłowo skalkulował koszty zatrudnienia osób koniecznych do prawidłowej realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę, że nie udowodnił faktu iż zatrudni osoby niepełnosprawne z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w wymiarze 8 godzin dziennie. Odwołujący zaniżył także cenę oferty w wyniku ponad trzykrotnego zawyżenia szacowanej kwoty przewidywanych przychodów z tytułu opłat za korzystanie z szaletów.

Z uwagi na brak przedłożenia dowodów, potwierdzających prawidłowość wyliczonych ww. kosztów, Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego jest nierealna i zawiera rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że to wykonawca, uzasadniając cenę zaoferowaną w postępowaniu, ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać, a w konsekwencji - zysk z realizacji zamówienia oraz przedłożyć dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia. W danym stanie faktycznym należało uznać, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny, a tym samym oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp.

2.Zarzut naruszenie art. 16 pkt. 1 oraz art. 239 Pzp, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ocenie Izby, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zważyła, że Odwołujący uzasadniając zarzut nierównego traktowania wykonawców podnosił m.in. okoliczności dotyczące ofert, które zostały wybrane przez Zamawiającego w innych postępowaniach przeprowadzonych w latach 2022- 2023. Zauważyć należy, że zarzuty w tym zakresie nie odnoszą się do czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, zatem nie mogły podlegać rozpoznaniu w ramach niniejszego postępowania. W odniesieniu zaś do oferty wybranej jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, tj. oferty wykonawcy BIOEKO Sp. z o.o. Odwołujący przedstawił w ramach podnoszonej argumentacji własną kalkulację ceny oferty ww. wykonawcy, przyjmując m.in. wartości części kosztów w wysokości, która sam Odwołujący przyjął do kalkulacji ceny swojej oferty. Odwołujący nie odniósł się do przedstawionej przez ww. wykonawcę kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 13 lutego 2024 r. Nie sposób zatem uznać, że argumentacja Odwołującego w tej części została oparta na rzeczywistych danych dotyczących oferty wykonawcy BIOEKO Sp. z o.o.

Nie potwierdził się też zarzut, że Zamawiający swoją ocenę oferty Odwołującego oparł na założeniach, które były interpretowane na niekorzyść Odwołującego, w tym na z góry przyjętym założeniu odnośnie wykonywania pracy przez osobę niepełnosprawną w wymiarze 7 godzin dziennie. W ocenie Izby, Zamawiający nie był uprawniony ocenić inaczej twierdzeń Odwołującego, które, w świetle obowiązku przedstawienia przez wykonawcę dowodów, wynikającego zarówno z treści wezwania do wyjaśnień, jak i z treści art. 224 ust. 1 Pzp, należało uznać za gołosłowne.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: