

WYROK

Warszawa, dnia 2 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku oraz Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Sign Polska sp. z o.o.

z siedzibą w Szczecinie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł, koszty z tytułu dojazdu Zamawiającego na rozprawę w kwocie 243,90 zł oraz z tytułu noclegu w kwocie 365,75 zł (łącznie 4209,65 zł).

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4209 zł 65 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy).

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

Zamawiający - Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji o wartości nieprzekraczającej progu unijnego określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp na: „Usługi ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego w Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00499858/01 z dnia 17 listopada 2023r.

W dniu 15 stycznia 2024 r. wykonawcy – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Jantar 2 sp. z o.o. oraz Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami z dnia 19 grudnia 2023r. udzielonych przez Sign Polska sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Przystępujący”) w zakresie wyliczenia ceny oferty, jednocześnie wraz z chwilą przekazania informacji przez Zamawiającego o nieskutecznym zastrzeżeniu jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2023r.,

2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę, ponieważ złożone wyjaśnienia z dnia 19 grudnia 2023r. nie uzasadniają ceny podanej w ofercie,

3) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny oferty, jednocześnie wraz z chwilą przekazania informacji przez Zamawiającego o nieskutecznym zastrzeżeniu jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień wraz z dowodami z dnia 19 grudnia 2023r. udzielonych przez Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny oferty,

3) odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp,

4) ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący pismem z dnia 29 stycznia 2024 r. oświadczył o wycofaniu zarzutu nr 1 odwołania.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia z

dnia 19 grudnia 2024r. wskazują, że oferta złożona przez tego wykonawcę, ewidentnie zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a przedmiotowe wyjaśnienia z dnia 19 grudnia 2023r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Szacunkowy, minimalny koszt 1 roboczogodziny wykonania zamówienia dla Części II (obiekty położone w Swołowie) – przy uwzględnieniu wyłącznie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Zgodnie z danymi zawartymi w „Opisie Przedmiotu Zamówienia” stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ liczba godzin ochrony fizycznej dla obiektów położonych w Swołowie wynosi łącznie 13 276, w tym 6 638 godzin dla obiektów zlokalizowanych w Swołowie nr 8, 26, 39A oraz 6 638 godzin dla obiektów zlokalizowanych w Swołowie nr 14 i 15. Zgodnie z harmonogramem godzin ochrony wyszczególnionym na stronach 9-10 „Opisu Przedmiotu Zamówienia” wymagania w zakresie godzin obsady są odmienne dla poszczególnych okresów, jak również dni świątecznych w trakcie 2024r. Jednakże każdego dnia w roku wykonania zamówienia przewidziano ochronę w godzinach nocnych, które zgodnie z art. 151⁷ Kodeksu Pracy obejmują 8 godzin, między godzinami 21.00 – 7.00. Zatem liczba godzin ochrony w godzinach nocnych, z którymi wiążą się określone uprawnienia pracowników wynikające z art. 151⁸ Kodeksu Pracy, wyniesie:

- dla okresu zamówienia: 366 dni x 8 godzin x 2 obiekty = 5.856 godzin,
- średniomiesięcznie: 5.856 godzin : 12 miesięcy = 488 godzin.

Z podziału łącznej liczby godzin ochrony w okresie zamówienia przez miesięczną normę czasu pracy i okres 12 miesięcy wynika, że średniomiesięcznie liczba pracowników w przeliczeniu na wymiar czasu pracy, niezbędna do wykonania usługi wynosi: 13.276 godzin : 167,3 godz. : 12 m-cy = 6,61 etatu. Z powyższych wyliczeń jednoznacznie wynika, że średnia liczba godzin nocnych koniecznych do przepracowania, przypadająca na 1 etat, wyniesie w okresie zamówienia i średniomiesięcznie:

- godziny nocne na 1 etat w okresie zamówienia: 5 856 : 6,61 etatu = 885,93 godz.
- godziny nocne na 1 etat średniomiesięcznie: 885,93 godz. / 12 m-cy = 73,83 godz.

Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie powyższych danych dotyczących wymaganego zatrudnienia w przeliczeniu na wymiar czasu pracy, liczby godzin nocnych przypadających średnio w skali miesiąca na 1 etat oraz dodatkowych danych wynikających wprost z przepisów prawa, obliczył minimalny koszt konieczny do poniesienia w związku z zatrudnieniem pracowników wykonujących usługę, w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę wykonania zamówienia, co przedstawiono w poniższej kalkulacji:

KALKULACJA DLA 1 RBG NA POZIOMIE KOSZTÓW ZATRUDNIENIA

Dane do obliczeń:

Lp.	Składnik kosztów osobowych	Wartość na 1 etat
1.	Wynagrodzenie minimalne	4.271,00 zł
2.	Dodatek za pracę w godzinach nocnych 73,83 godzin nocnych x 5,11 zł/godz.	377,27 zł
3.	Wynagrodzenie brutto (poz. 1+2)	4.648,27 zł
4.	Składki na ubezpieczenia społeczne (17,19% x poz. 3)	799,04 zł
5.	Koszt wynagrodzenia + składki ZUS (poz. 3+4)	5.447,31 zł
6.	Wynagrodzenie za okres urlopu pracownika, przeliczone w skali 1 miesiąca wykonania zamówienia: 5.447,31 zł / 20,92 dni roboczego x 20 dni min. urlopu / 12 m-cy	433,98 zł
7.	RAZEM MINIMALNY MIESIĘCZNY KOSZT PRACOWNIKA (5+6)	5.881,29 zł
8.	MINIMALNY KOSZT PRACOWNIKA W PRZELICZENIU NA 1 ROBOCZOGODZINĘ (poz. 7 / 167,3 godzin roboczych)	35,15 zł/g.

Odwołujący wskazał, że z w/w kalkulacji jednoznacznie wynika, że ustalając wyłącznie sam koszt osobowy, przypadający na 1 roboczogodzinę ochrony obiektów zlokalizowanych w Swołowie (część II zamówienia), Wykonawca zmuszony jest do jego poniesienia na minimalnym poziomie w wysokości 35,15 zł/godz. Szacując wysokość granicznego poziomu kosztów na 1 rbg, Odwołujący przyjął minimalne wielkości przewidziane przepisami prawa, które w praktyce są prawie niemożliwe do realizacji z uwagi na założenie braku obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (co dotyczy mężczyzn pow. 60 roku życia i kobiet poz. 55 roku życia), przy jednoczesnym wymiarze urlopu w wysokości 20 dni, który jest przewidziany dla pracowników zatrudnionych łącznie krócej niż 10 lat. Wymagałoby to spełniania warunków, w których pracownik w wieku powyżej 60 lub 55 lat w zależności od płci, przepracował mniej niż 6-10 lat w okresie zatrudnienia, co jest z dużym prawdopodobieństwem

nielicznym wyjątkiem spośród ogółu zatrudnionych w omawianej grupie wiekowej. Niemniej jednak zakładając wystąpienie takich, dość wątpliwych okoliczności, które z pewnością służyłyby obniżeniu kosztu zatrudnienia, jednoznacznie wykazano, że minimalny koszt na 1 rbg tylko na poziomie kosztów zatrudnienia wynosi 35,15 zł/rbh w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę. Stawka netto zaoferowana przez Przystępującego za 1 roboczogodzinę usługi wynosi 34,69 zł. Z przeprowadzonej kalkulacji wynika, że zaproponowana stawka została skalkulowana poniżej minimalnego poziomu kosztów, wynoszącego 35,15 zł/rbh na 1 roboczogodzinę, przy uwzględnieniu wyłącznie kosztów zatrudnienia, nie biorąc pod uwagę innych koniecznych do poniesienia kosztów zamówienia jak: koszty absencji chorobowej, koszty naprawy i prania odzieży, koszty utrzymania bazy monitoringu, koszty przesyłu sygnałów do bazy monitorowania, koszty utrzymania patrolu interwencyjnego itd.).

Szacunkowy minimalny koszt 1 roboczogodziny wykonania zamówienia dla części III (obiekty położone w Klukach) – przy uwzględnieniu wyłącznie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z danymi zawartymi w „Opisie Przedmiotu Zamówienia” stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ liczba godzin ochrony fizycznej dla obiektów położonych w miejscowości Kluki wynosi łącznie 6 128 godzin. Zgodnie z harmonogramem godzin ochrony wyszczególnionym na stronach 10-11 „Opisu Przedmiotu Zamówienia” wymagania w zakresie godzin obsady są odmienne dla poszczególnych okresów, jak również dni świątecznych w trakcie 2024r. Jednakże każdego dnia w roku wykonania zamówienia przewidziano ochronę w godzinach nocnych, które zgodnie z art. 151⁷ Kodeksu Pracy obejmują 8 godzin, między godzinami 21.00 – 7.00. Zatem liczba godzin ochrony w godzinach nocnych, z którymi wiąże się określone uprawnienia pracowników wynikające z art. 151⁸ Kodeksu Pracy, wyniesie:

- dla okresu zamówienia: 366 dni x 8 godzin = 2 928 godzin,
- średniomiesięcznie: 2 928 godzin : 12 miesięcy = 244 godzin.

Z podziału łącznej liczby godzin ochrony w okresie zamówienia przez miesięczną normę czasu pracy i okres 12 miesięcy wynika, że średniomiesięcznie liczba pracowników w przeliczeniu na wymiar czasu pracy, niezbędna do wykonania usługi wynosi: 6 128 godzin : 167,3 godz. : 12 m-cy = 3,05 etatu.

Z powyższych danych jednoznacznie wynika, że średnia liczba godzin nocnych koniecznych do przepracowania, przypadająca na 1 etat zatrudnionego pracownika wyniesie w okresie zamówienia i średniomiesięcznie:

- godziny nocne na 1 etat w okresie zamówienia: 2 928 : 3,05 etatu = 960,0 godz.
- godziny nocne na 1 etat średniomiesięcznie: 960 godz. / 12 m-cy = 80,0 godz.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że na podstawie powyższych obliczeń, dotyczących wymaganego zatrudnienia w przeliczeniu na wymiar czasu pracy, liczby godzin nocnych przypadających średnio w skali miesiąca na 1 etat oraz dodatkowych danych wynikających wprost z przepisów prawa, obliczono minimalny koszt konieczny do poniesienia w związku z zatrudnieniem pracowników wykonujących usługę, w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę wykonania zamówienia, co przedstawiono w poniższej kalkulacji:

Lp.	Składnik kosztów osobowych	Wartość na 1 etat
1.	Wynagrodzenie minimalne	4.271,00 zł
2.	Dodatek za pracę w godzinach nocnych 80 godzin nocnych x 5,11 zł/godz.	408,80 zł
3.	Wynagrodzenie brutto (poz. 1+2)	4.679,80 zł
4.	Składki na ubezpieczenia społeczne (17,19% x poz. 3)	804,46 zł
5.	Koszt wynagrodzenia + składki ZUS (poz. 3+4)	5.484,26 zł
6.	Wynagrodzenie za okres urlopu pracownika, przeliczone w skali 1 miesiąca wykonania zamówienia: 5.447,31 zł / 20,92 dni roboczego x 20 dni min. urlopu / 12 m-cy	436,92 zł
7.	RAZEM MINIMALNY MIESIĘCZNY KOSZT PRACOWNIKA (5+6)	5.921,18 zł
8.	MINIMALNY KOSZT PRACOWNIKA W PRZELICZENIU NA 1 ROBOCZOGODZINĘ (poz. 7 / 167,3 godzin roboczych)	35,39 zł/g.

Z w/w kalkulacji jednoznacznie wynika, że ustalając wyłącznie sam koszt osobowy przypadający na 1 roboczogodzinę ochrony obiektów zlokalizowanych w miejscowości Kluki (część III zamówienia), wykonawca zmuszony jest do jego poniesienia na minimalnym poziomie w wysokości 35,39 zł/godz. Szacując wysokość granicznego poziomu kosztów na 1 rbg, Odwołujący przyjął minimalne wielkości przewidziane przepisami prawa, które w praktyce są prawie niemożliwe do realizacji z uwagi na założenie braku obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (co dotyczy mężczyzn pow. 60 roku życia i kobiet poz. 55 roku życia), przy jednoczesnym wymiarze urlopu w wysokości 20 dni, który jest przewidziany dla pracowników zatrudnionych łącznie

krócej niż 10 lat. Wymagałoby to spełniania warunków, w których pracownik w wieku pow. 60 lub 55 lat w zależności od płci, przepracował mniej niż 10 lat w okresie zatrudnienia, co jest z dużym prawdopodobieństwem nielicznym wyjątkiem spośród ogółu zatrudnionych w omawianej grupie wiekowej.

Niemniej jednak zakładając wystąpienie takich, dość wątpliwych okoliczności, które z pewnością służyłyby obniżeniu kosztu zatrudnienia, jednoznacznie wykazano, że minimalny koszt na 1 rbg tylko na poziomie kosztów zatrudnienia wynosi 35,39 zł/rbh w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę. Stawka netto zaoferowana przez Wykonawcę za 1 roboczogodzinę usługi wynosi 34,69 zł/rbh. Z w/w kalkulacji wynika, że zaproponowana stawka została skalkulowana poniżej minimalnego poziomu kosztów, wynoszącego dla zamówienia w części III 35,39 zł na 1 roboczogodzinę, przy uwzględnieniu wyłącznie kosztów zatrudnienia, nie biorąc pod uwagę innych koniecznych do poniesienia kosztów zamówienia jak: koszty absencji chorobowej, koszty naprawy i prania odzieży, koszty utrzymania bazy monitoringu, koszty przesyłu sygnałów do bazy monitorowania, koszty utrzymania patrolu interwencyjnego itd.). Reasumując należy uznać, że wyjaśnienia z dnia 19 grudnia 2023r. przedstawione przez Wykonawcę, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a więc zawierającej rażąco niską cenę, co oznacza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Powyższe nieprawidłowości, powinny wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, czy Wykonawca dokonał rzetelnej kalkulacji zgodnej ze stanem faktycznym. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odrzucić ofertę Wykonawcy w wyniku uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, wobec faktu, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 19 grudnia 2023r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp Odwołujący wskazał, że w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego udostępnienia mu wyjaśnień Przystępującego z dnia 19 grudnia 2023r. Zamawiający naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W konsekwencji Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 19 grudnia 2023r. w zakresie wyliczenia ceny oferty, przed upływem terminu do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, która zawierała rażąco niską cenę, co oznacza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 stycznia 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający stwierdził, że niezasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 pkt 8 Pzp. Zauważył, że w orzecnictwie i w doktrynie pojęcie rażąco niskiej ceny definiuje się jako cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w związku z tym oderwana od realiów rynkowych. Zatem wobec szczegółowych wyjaśnień SIGN sp. z o.o. Zamawiający nie miał żadnych dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Podkreślił, że na podstawie udzielonych wyjaśnień dokonał weryfikacji wszystkich istotnych kosztów realizacji zamówienia, w tym w szczególności kosztów pracy (płac), które zostały dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami i zawierają wszystkie składniki wymagane prawem i które stanowią jedyny w zasadzie istotny koszt w zakresie dotyczącym świadczenia usług ochrony. Jednocześnie podkreślić należy, że SIGN sp. z o.o. udzieliła wyczerpującej odpowiedzi zgodnie z żądaniem Zamawiającego według algorytmu określonego w Kalkulatorze kosztów Polskiego Związku Pracodawców Ochrony, w tym w zakresie dotyczącym naliczenia dodatku za pracę w godzinach nocnych, przy czym wskazać należy, że wykonawca nalicza dodatek według ryczałtu w wysokości odpowiadającej wartości 8 godzin. Zamawiający uznał, że był uprawniony do uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Istnieją różne metody kalkulacji kosztów, a wynikać mogą one chociażby z odmiennego sposobu alokacji tych kosztów w ramach danego zadania (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 2440973 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2017 r. KIO 2543/17). Ponadto zdaniem Zamawiającego realność ceny złożonej oferty w kwocie 34,69 zł potwierdza fakt wykonania umów stanowiących przedmiot umowy w roku 2023 r. przy stawce 28,84 zł, które to usługi były wykonywane na rzecz Zamawiającego, a który w zakresie ich realizacji nie miał żadnych uwag.

W piśmie procesowym z dnia 30 stycznia 2024 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty nr 2 i 3 odwołania oraz przedstawił dodatkowe stanowisko stanowiące replikę na udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Sign Polska sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu nr 1 odwołania, Izba odstąpiła od jego merytorycznego rozpoznania.

Izba ustaliła:

W dniu 13 grudnia 2023 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zasad wyliczenia ceny oferty na realizację zadania 1, 2 i 3, ze szczególnym wskazaniem na stawkę 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony oraz przedstawienia dowodów potwierdzających dokonane wyliczenia.

Zamawiający wskazał, że: „zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893), minimalne wynagrodzenie za pracę w 2024 r. wzrośnie w dwóch etapach. Od 1 stycznia najniższa pensja będzie wynosiła 4 242 zł, a od 1 lipca – 4 300 zł. Z kolei minimalna stawka godzinowa dla określonych umów cywilnoprawnych – będzie wynosić odpowiednio od 1 stycznia 27,70 zł, a od 1 lipca – 28,10 zł. Zamawiający do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia, w tym każdego z zadań, bazując na Kalkulatorze kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracowników ochrony – Rok 2024 – półrocze I i II, opracowanym przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, przyjął średnią stawkę 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony na poziomie 36,90 zł netto (bez podatku VAT). Stawka ta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem określonym w SWZ. Złożona przez Państwa oferta opiewa na kwotę 34,69 zł netto za 1 roboczogodzinę pracy pracownika ochrony dla zadania 1, 2 i 3. Z uwagi na powyższe Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień w tym przedstawienie dowodów, w zakresie zasad wyliczenia ceny złożonej oferty na realizację każdego z zadań tj. czy złożona Przez Państwa oferta cenowa, w tym stawka 1 roboczogodziny na poziomie 34,69 zł netto, uwzględnia zasady określone w wyżej wymienionym rozporządzeniu. W tym celu Zamawiający wnioskuje również o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej złożonej oferty potwierdzającej wysokość zaoferowanej ceny za realizację zadania nr 1, 2 i 3, ze szczególnym uwzględnieniem ilości roboczogodzin, stawki wynagrodzenia za pracę oraz obciążeń pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracowników ochrony (tj. kosztów wynagrodzeń).”.

Przy piśmie z dnia 19 grudnia 2023 r. Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

- 1) „Złożona przez Wykonawcę SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oferta zawiera wszystkie elementy kosztotwórcze mające bezpośredni i pośredni wpływ na koszt wytworzenia usługi ochrony osób i mienia, zgodnie z brzmieniem i na zasadach określonych przez Zamawiającego zarówno w treści SWZ, OPZ i wzorach umów.
- 2) Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zastrzega, że zasady kalkulacji oferty dla części 1, 2 i 3 oparł o wyjaśnienie Zamawiającego treści SWZ z dnia 28 listopada 2023 r., uwzględniając zakaz realizacji usług z udziałem osób niepełnosprawnych.
- 3) SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie swoją kalkulację oparła o koszty zatrudnienia w wynikające z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893).

4) Przyjęty koszt wynagrodzenia dla 1 etatu

Powyższa kalkulacja uwzględnia:

- koszt wynikający z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893),
- koszt dodatkowy wynikający z pracy w porze nocnej,
- koszt urlopu wypoczynkowego,
- koszt absencji chorobowej.

Wskazując zatem, że o ile przywołana w treści wezwania kalkulacja Polskiego Związku Pracodawców Ochrona (którego członkiem jest Wykonawca – firma SIGN) za 1 roboczogodzinę usługi jest właściwa, o tyle zakłada parametry (np. ilości dni urlopów), których ilości Wykonawca przyjął na podstawie Kodeksu Pracy w niższym zakresie, aniżeli prezentowane przez PZPO. Zatem oba założenia są właściwe, i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Z uwagi na fakt, że wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikający z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki w roku 2024 ulega zmianie dwukrotnie, tj. od dnia 1 stycznia 2024 r. oraz ponownie od 1 lipca 2024 r., a usługa realizowana będzie w okresie 12 miesięcy, tj. od 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r. Wykonawca przyjął średnią kosztów w kalkulowanym okresie, opierając je o ww. rozporządzenie.

5) Na podstawie treści SWZ, OPZ, wzorów umów i wyjaśnień Zamawiającego, stanowiących

integralną część SWZ przyjęto następujące wartości kosztotwórcze:

Część 1

Obiekt	Miesięczna ilość godzin	Ilość godzin/1 etat	Ilość etatów	Koszt 1 etatu	Łączny koszt etatów	Koszt 1 rbh
ul. Dominikańska 5-9, Słupsk	732	167,33	4,37	5.772,76 zł	25.226,96 zł	34,46 zł
ul. Szarych Szeregów 12, Słupsk	732	167,33	4,37	5.772,76 zł	25.226,96 zł	34,46 zł

1) Łączny koszt wynagrodzeń z tytułu umów o pracę za 1 miesiąc kalendarzowy wyniesie: 50.453,92 zł / m-c

2) Wynagrodzenie netto za 1 miesiąc kalendarzowy usługi wyniesie: 50.786,16 zł / m-c 3)

Różnica pomiędzy kosztem wynagrodzeń a wynagrodzeniem w ramach umowy netto: 332,24 zł / m-c

4) Dodatkowe koszty skalkulowane przez Wykonawcę podczas realizacji usługi:

- koszt reakcji Grupy Interwencyjnej - 60,00 zł + 23% VAT miesięcznie
- koszt transmisji danych - 10,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt łączności - 20,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt nadzoru - 50,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

RAZEM: - 140,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

5) Miesięcznie do dyspozycji Wykonawcy pozostanie kwota: 192,24 zł + 23 % VAT, co w skali kontraktu (12 miesięcy) pozostawia do dyspozycji Wykonawcy kwotę 2.306,88 zł + 23 % VAT, tj. 2.837,46 zł brutto

6) Na powyższą kwotę składa się zakładany zysk w wysokości 500,00 zł oraz środki na ewentualne koszty niezbędne podczas realizacji usługi.

7) Z uwagi na fakt, że Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, to oświadcza, że poniósł już koszty w ramach obecnie trwających umów. ✓ badań lekarskich

- szkoleń bhp
- wyposażenia obiektów
- środków biurowych i bhp
- sortów mundurowych
- nadajników do transmisji sygnałów i ich montażu
- sejfów
- środków przymusu bezpośredniego
- latarek
- środków łączności

8) Wyżej poniesione koszty pozwalają Wykonawcy na świadczenie usług ochrony zgodnie z treścią SWZ i OPZ przez

kolejny okres trwania kontraktów, nie generując nowych kosztów w ramach nowych kontraktów z Zamawiającym.

Część 2

Obiekt	Miesięczna ilość godzin	Ilość godzin/1 etat	Ilość etatów	Koszt 1 etatu	Łączny koszt etatów	Koszt 1 rbh
Swołowo	1.106,33	167,33	6,61	5.772,76 zł	38.157,94 zł	34,49 zł

1) Łączny koszt wynagrodzeń z tytułu umów o pracę za 1 miesiąc kalendarzowy wyniesie: 38.157,94 zł

2) Wynagrodzenie netto za 1 miesiąc kalendarzowy usługi wyniesie: 38.378,70 zł 3)

Różnica pomiędzy kosztem wynagrodzeń a wynagrodzeniem w ramach umowy netto: 220,76 zł 4)

Dodatkowe koszty skalkulowane przez Wykonawcę podczas realizacji usługi:

- koszt reakcji Grupy Interwencyjnej - 30,00 zł + 23% VAT miesięcznie
- koszt transmisji danych - 10,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt łączności - 10,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt nadzoru - 30,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

RAZEM: - 80,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

5) Miesięcznie do dyspozycji Wykonawcy pozostanie kwota: 140,76 zł + 23 % VAT, co w skali kontraktu (12 miesięcy) pozostawia do dyspozycji Wykonawcy kwotę 1.689,12 zł + 23 % VAT, tj. 2.077,62 zł brutto

6) Na powyższą kwotę składa się zakładany zysk w wysokości 300,00 zł oraz środki na ewentualne koszty niezbędne podczas realizacji usługi.

7)Z uwagi na fakt, że Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, to oświadcza, że poniósł już koszty w ramach obecnie trwających umów:

- badań lekarskich
- szkoleń bhp
- wypożyczenia obiektów
- środków biurowych i bhp
- sortów mundurowych
- nadajników do transmisji sygnałów i ich montażu
- sejfów
- środków przymusu bezpośredniego
- latarek
- środków łączności

8)Wyżej poniesione koszty pozwalają Wykonawcy na świadczenie usług ochrony zgodnie z treścią SWZ i OPZ przez

kolejny okres trwania kontraktów, nie generując nowych kosztów w ramach nowych kontraktów z Zamawiającym.

Część 3

Obiekt	Miesięczna ilość godzin	Ilość godzin/1 etat	Ilość etatów	Koszt 1 etatu	Łączny koszt etatów	Koszt 1 rbh
Swołowo	510,67	167,33	3,05	5.772,76 zł	17.606,91	34,48 zł

1)Łączny koszt wynagrodzeń z tytułu umów o pracę za 1 miesiąc kalendarzowy wyniesie: 17.606,91 zł

2)Wynagrodzenie netto za 1 miesiąc kalendarzowy usługi wyniesie: 17.715,03 zł 3)

Różnica pomiędzy kosztem wynagrodzeń a wynagrodzeń w ramach umowy netto: 108,12 zł 4)

Dodatkowe koszty skalkulowane przez Wykonawcę podczas realizacji usługi:

- koszt reakcji Grupy Interwencyjnej - 30,00 zł + 23% VAT miesięcznie
- koszt transmisji danych - 5,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt łączności - 5,00 zł + 23 % VAT miesięcznie
- koszt nadzoru - 10,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

RAZEM: - 50,00 zł + 23 % VAT miesięcznie

5)Miesięcznie do dyspozycji Wykonawcy pozostanie kwota: 58,12 zł + 23 % VAT, co w skali kontraktu (12 miesięcy) pozostawia do dyspozycji Wykonawcy kwotę 697,44 zł + 23 % VAT, tj. 857,85 zł brutto

6)Na powyższą kwotę składa się zakładany zysk w wysokości 100,00 zł oraz środki na ewentualne koszty niezbędne podczas realizacji usługi.

7)Z uwagi na fakt, że Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, to oświadcza, że poniósł już koszty w ramach obecnie trwających umów:

- badań lekarskich
- szkoleń bhp
- wypożyczenia obiektów
- środków biurowych i bhp
- sortów mundurowych
- nadajników do transmisji sygnałów i ich montażu
- sejfów
- środków przymusu bezpośredniego
- latarek
- środków łączności

8) Wyżej poniesione koszty pozwalają Wykonawcy na świadczenie usług ochrony zgodnie z treścią SWZ i OPZ przez kolejny okres trwania kontraktów, nie generując nowych kosztów w ramach nowych kontraktów z Zamawiającym.

Jak wykazano wyżej, Wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o. do realizacji wszystkich zadań potrzebuje w przeliczeniu na pełne etaty: 18,4 etatów.

Wykonawca w swoich wyliczeniach przyjął zatrudnienie kwalifikowanych, pełnosprawnych pracowników ochrony fizycznej, uwzględniając koszt urlopu oraz ewentualnych zwolnień chorobowych.

Zaznaczam, że zgodnie z prowadzonymi statystykami, nie każdy pracownik w ramach zawartej umowy korzysta ze zwolnień chorobowych, zatem przedstawiona kalkulacja zakłada koszty wyższe, aniżeli standardowe koszty pracy, pozwalając jednocześnie na zachowanie zysku z obiektów oraz zapewnienie środków na ewentualne koszty dodatkowe wykonania usługi.

Podsumowując:

Wykonawca zapewni realizację usługi ochrony zgodnie i na warunkach określonych w SWZ, OPZ i wyjaśnieniach treści SWZ Zamawiającego, przez pełnosprawnych, kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

W skali kontraktu do dyspozycji Wykonawcy pozostaną kwoty:

- część 1 - 2.837,46 zł brutto, z czego Spółka zakłada zysk w kwocie 500,00 zł

- część 2 - 2.077,62 zł brutto, z czego Spółka zakłada zysk w kwocie 300,00 zł

- część 3 - 857,85 zł brutto, z czego Spółka zakłada zysk w kwocie 100,00 zł

Pozostała kwota z realizacji kontraktu dla każdej z części, tj.

- część 1 – 2.337,47 zł brutto,

- część 2 – 1.777,62 zł brutto,

- część 3 – 757,85 zł brutto będą stanowić kwotę rezerwową na ewentualnie powstałe koszty podczas realizacji usługi, a w sytuacji jej niewykorzystania dodatkowy zysk Wykonawcy.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 224 Pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. (...) 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp: „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępujących w części II i III zamówienia. Odwołujący podnosił, że z uwagi na nieuwzględnienie w zaoferowanych cenach wszystkich świadczeń związanych z kosztami pracy Zamawiający powinien uznać je za niewystarczające i w konsekwencji odrzucić ofertę Przystępującego jako wykazującą rażąco niską cenę.

W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione ustalenia faktyczne z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej Pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej. Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem wezwania z dnia 13 grudnia 2023 r. wszczynającego procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami faktycznymi cena ofertowa Przystępującego w żadnej z kwestionowanych części zamówienia nie wypełniała przesłanki z art. 224 ust. 2 Pzp. Niemniej jednak Zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez Przystępującego stawki za 1 roboczogodzinę i w tym zakresie zwrócił się o wyjaśnienie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego to Odwołujący podnosił, że SIGN w złożonych wyjaśnieniach pominął składowe elementy wynagrodzenia wynikające ze stosunku pracy, a mianowicie nieprawidłowo przyjął ilość godzin nocnych w części II i III zamówienia, co w konsekwencji w jego ocenie powoduje, że wyliczona przez Przystępującego cena wykazuje stratę. Powyższe twierdzenia nie znajdują w ocenie Izby odzwierciedlenia w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach. Izba zwraca uwagę, że Przystępujący w sposób szczegółowy dokonał kalkulacji kosztów dotyczących 1 roboczogodziny, a także wskazał, że przewiduje ryczałt w wysokości 20% jako dodatek za pracę w porze nocnej, co jest zgodne z przepisem art. 151⁸ § 2 Kodeksu pracy. Przystępujący wskazał również w złożonych wyjaśnieniach, że w kalkulacji stawki za pracę w porze nocnej przyjął 56

godzin, a więc 1/3 miesięcznego czasu pracy. Wyjaśnił jednocześnie, że jako pracodawca, który dysponuje znaczną liczbą pracowników, ma możliwość delegowania do pracy w porze nocnej takich pracowników, aby zagwarantować jej wymiar w ww. wysokości, tj. 56 godzin w miesiącu. Przystępujący ponadto przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia uwzględnił poziom wynikający z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i wskazał, że uwzględnił także wymagane składniki wynagrodzenia, co w sposób wyraźny wynika ze złożonych przez niego kalkulacji. Przystępujący na rozprawie wskazał również, że to on jako pracodawca określa, które 8 godzin pracy pomiędzy 21-7 w jego zakładzie jest uznawane za pracę w porze nocnej, nie jest więc tak, że założenia Odwołującego przedkładają się na sposób kalkulowania przez niego ceny oferty.

Izba uznała więc, że podstawie złożonych wyjaśnień, zakładanej liczby pracowników, wymagań co do zapotrzebowania w OPZ oraz wysokości skalkulowanych wynagrodzeń Zamawiający mógł zweryfikować czy Przystępujący uwzględnił wszystkie składniki wynagrodzenia oraz świadczenia związane z pracą wymagane dla prawidłowej realizacji zamówienia, w tym także w sposób prawidłowy dokonał kalkulacji kosztów pracy w porze nocnej. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 2 odwołania.

Izba uznała również, że na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny oferty, jednocześnie wraz z chwilą przekazania informacji przez Zamawiającego o nieskutecznym zastrzeżeniu jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba stwierdziła, że zarzut ten był w sposób bezpośredni powiązany z zarzutem 1 odwołania, który został wycofany przez Odwołującego.

Niemniej jednak Izba uznała, że nie sposób uznać, aby doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w zarzucie nr 3) odwołania przepisów. Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy nie przekazał Odwołującemu dokumentów, które uznał za nieprawidłowo zastrzeżone przez Przystępującego w dniu podjęcia ww. czynności. Wskazać bowiem należy, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że czynność uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny podlega ochronie prawnej w trybie odwołania na podstawie art. 513 pkt 1 Pzp. Zatem przed upływem terminu do wniesienia odwołania, tj. przez dniem 18.01.2024 r. Zamawiający nie był uprawniony do udostępnienia zastrzeżonych dokumentów w dacie podjęcia czynności.

W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do naruszenia zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: