

Sygn. akt: KIO 2272/23

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2023 r. przez wykonawców:

Ekspert Security Duo Sp. z o.o. w Warszawie, Ekspert Security AP Sp. z o.o. w Warszawie, Ekspert Security MW Sp. z o.o. w Warszawie, Art - Security Sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa - Sąd Rejonowy w Chełmie

przy udziale wykonawców

DGP Security Partner Spółka z o.o. w Warszawie, DGP PROVIDER Sp. z o.o. w Legnicy, Security 24 Sp. z o.o. w Pecnie, „DERSŁAW” sp. z o.o. w Połańcu

ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- Odrzuca zarzut** nieprawidłowego i ogólnikowego sformułowania wezwania odwołującego do wyjaśnień z dnia 5 lipca 2023 roku,
- Uwzględnia odwołanie** w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP-1/23 na Świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej zadanie nr 1:
 - unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego;
 - dokonać czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - zalicza w ich poczet poniesiony przez odwołującego koszt 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego oraz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
 - zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Sąd Rejonowy w Chełmie (Al. Żołnierzy I Armii Wojska Polskiego 16 22-100 Chełm) (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na „świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej”, znak sprawy ZP-1/23, zadanie nr 1, ogłoszenie opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2023 roku, nr ogłoszenia: 2023/BZP 00249306/01 (dalej: Postępowanie). Warunki i zasady Postępowania opisane zostały w specyfikacji zamówienia publicznego (dalej: SWZ).

W dniu 1 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego: Ekspert Security Duo Sp. z o.o. w Warszawie, Ekspert Security AP Sp. z o.o. w Warszawie, Ekspert Security MW Sp. z o.o. w Warszawie, Art - Security Sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie (dalej: Odwołujący, Wykonawca lub konsorcjum Ekspert) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego

- odrzucenia oferty konsorcjum Ekspert w zadaniu nr 1 Postępowania z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 Postępowania oferty złożonej przez konsorcjum w składzie DGP Security Partner Spółka z o.o. w Warszawie, DGP PROVIDER Sp. z o.o. w Legnicy, Security 24 Sp. z o.o. w Pecnie, „DERSŁAW” sp. z o.o. w Połańcu, pomimo iż oferta złożona przez konsorcjum Ekspert była najkorzystniejsza w zadaniu nr 1 Postępowania, zaniechania wezwania do ponownych wyjaśnień oraz nieprawidłowego i ogólnikowego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 lipca 2023 r.

Zamawiający wniósł o odrzucenie zarzutu nieprawidłowego i ogólnikowego sformułowania wezwania odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 lipca 2023 roku jako spóźnionego i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili w dniu 4 sierpnia 2023 r. wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza: DGP Security Partner Spółka z o.o. w Warszawie, DGP PROVIDER Sp. z o.o. w Legnicy, Security 24 Sp. z o.o. w Pecnie, „DERSŁAW” sp. z o.o. w Połańcu (zwani: Przystępującym lub konsorcjum DGP). Zawiadomienie o wniesieniu odwołania zostało przekazane Przystępującemu przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2023 r. Stąd, wobec zgłoszenia przystąpienia zgodnie z art. 525 Ustawy z zachowaniem terminu oraz wykazania interesu w zgłoszeniu przystąpienia Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia konsorcjum DGP do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego stwierdzenia, iż Odwołujący w zadaniu nr 1 Postępowania złożył ofertę, która zawierała rażąco niską cenę, pomimo że w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum Ekspert przedstawiło kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące zaferowanej ceny ofertowej;

b)art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieprawidłowe i ogólnikowe sformułowanie wezwania do wyjaśnień z dnia 5 lipca 2023 roku, bazującego na nieprawidłowych założeniach, wobec błędów w wyliczeniach kosztów, a dodatkowo w którym Zamawiający nie wskazał dlaczego cena lub koszt lub ich części składowe w odniesieniu do oferty Odwołującego wydają się Zamawiającemu rażąco niskie, a tym samym brak podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na pozorność tej procedury, a także brak podstaw prawnych do zainicjowania procedury wezwania do wyjaśnień w stosunku do Odwołującego;

c)art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 Postępowania oferty konsorcjum DGP pomimo, że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu;

d)art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą w zadaniu nr 1 Postępowania jest oferta Odwołującego, a nadto nierówne traktowanie wykonawców w sytuacji gdy konsorcjum DGP wezwano do ponownego złożenia wyjaśnień zaś w stosunku do wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Ekspert tego nie uczyniono.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum DGP w zadaniu nr 1 Postępowania jako najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 1 Postępowania; ewentualnie powtórne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w którym Zamawiający jednoznacznie wskaże dlaczego cena lub koszt lub składowe ceny lub kosztu zawartych w ofercie budzą jego wątpliwości.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków – 14 pracowników Wykonawcy, dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, na okoliczność okresu zawarcia przez ww. umów o pracę z którymkolwiek członków Konsorcjum Ekspert oraz liczby dni wykorzystanego urlopu za rok 2023 r. na dzień złożenia oferty przez Odwołującego tj. na dzień 30 czerwca 2023 r. Izba oddaliła wniosek uznając, że w zakresie pierwszej okoliczności fakt zawarcia umów na czas określony do końca października 2023 r. był niesporny pomiędzy stronami a nadto irrelevantny dla rozstrzygnięcia istoty sporu, fakt liczby dni wykorzystanego urlopu również nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sporu, w tym także wobec niespornej okoliczności wykorzystania urlopu przed dniem złożenia oświadczenia z dnia 18 sierpnia 2023 r. oraz kalkulacji ceny ofertowej za okres od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2024 r. z uwzględnieniem kosztów świadczenia urlopowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: SWZ, oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 lipca 2023 r. (dalej: Wezwanie), wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Odwołującego z dnia 10 lipca 2023 r. (dalej: Wyjaśnienia), oraz dodatkowo przedłożonych w toku postępowania odwoławczego dowodów dokumentowych, w szczególności korespondencji email pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym dotyczącej postępowań negocjacyjnych prowadzonych w związku z przedłużającym się Postępowaniem i potrzebą zapewnienia ciągłości usług ochrony, oświadczenia pracowników Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2023 r. o wykorzystaniu urlopów wypoczynkowych w pełnym wymiarze za rok 2023 r. a także oświadczeń i stanowisk

stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu dotyczącego treści Wezwania odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie na zaskarżenie opisanych w nich czynności lub zaniechań Zamawiającego i w tym zakresie odrzuciła odwołanie.

W pozostałym zakresie Izba ustaliła, że nie zostały wypełnione przesłanki, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujące odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy. Wobec wykazania zaistnienia naruszeń Ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na pozyskanie zamówienia Izba uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu odrzuconego Izba ustaliła, że:

1. Wezwanie przesłane zostało Odwołującemu 5 lipca 2023 r.;
2. odwołanie, w tym także zarzut dotyczący treści Wezwania, złożone zostało 1 sierpnia 2023 r.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 2) Ustawy odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej i 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony powyżej.

Izba stwierdza, że odwołanie od treści Wezwania złożone zostało po upływie terminu określonego na wniesienie środka zaskarżenia. Tym samym Izba zgodnie z art. 528 pkt. 3) w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 2) Ustawy odrzuciła odwołanie we wskazanym w wyroku zakresie.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba ustaliła, że stan faktyczny Postępowania, co do zasady, nie był sporny. Spór sprowadzał się do oceny treści Wyjaśnień, w świetle twierdzeń i wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej z założeniem nie uwzględnienia przez Wykonawcę w wycenie kosztów świadczenia urlopowego pracowników za okres od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Ocena i wątpliwości, co do Wyjaśnień stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy z tego powodu, że wskazany w Wyjaśnieniach zysk Wykonawcy nie pokrywa nie uwzględnionego w wycenie kosztu świadczenia urlopowego wyliczonego proporcjonalnie za okres 1 lipca 2023r. do 31 grudnia 2023 r., którego Wykonawca nie wliczył do ceny oferty i jednocześnie Wykonawca nie przedstawił dowodów wykorzystania urlopów przez pracowników awansem za okres do końca 2023 r..

Izba ustaliła, że:

1. zamówienie objęte było planem zamówień publicznych, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 6 czerwca 2023 r. z terminem składania ofert 14 czerwca 2023 r., w dniu 13 czerwca 2023r. termin składania ofert zmieniono na 28 czerwca 2023 r. a następnie na 30 czerwca 2023 r. (okoliczność bezsporna, ogłoszenia o zamówieniu);
2. Zamawiający nie przewidział, szczególnych zasad, zgodnie z którymi kalkulowana winna być cena ofertowa usługi (okoliczność bezsporna, SWZ);
3. Przedmiot zamówienia w Postępowaniu realizowany miał być w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 czerwca 2024r. (okoliczność bezsporna, SWZ);
4. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługi o zakresie analogicznym do objętego przedmiotem zamówienia w Postępowaniu na podstawie zawartej wcześniej umowy na realizację zamówienia publicznego z 2022 r. (okoliczność bezsporna, umowa na realizację zamówienia publicznego z 2022r.);
5. wobec potrzeby zapewnienia ciągłości realizacji usług na rzecz Zamawiającego i przedłużającego się Postępowania, Zamawiający zaprosił Wykonawcę w dniu 29 czerwca rano o godzinie 9 do negocjacji i w ich efekcie zawarł z Wykonawcą w dniu 30 czerwca 2023 r. w oparciu o ofertę złożoną popołudniem 29 czerwca 2023r. umowę na usługi analogiczne do objętych zamówieniem w Postępowaniu na okres od 1 do 31 lipca 2023 z opcją do 14 sierpnia 2023 r a następnie na okres od 15 sierpnia 2023 do połowy września 2023 r. ze stawką 29,50 zł/rbg; usługi świadczone są przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego w zakresie analogicznym do objętego zamówieniem nieprzerwanie od 2022r. do dnia dzisiejszego, od lipca 2023 r. za wynegocjowaną stawkę 29,50 zł/rbg, (okoliczność bezsporna, SWZ korespondencja email dotycząca postępowania negocjacyjnego, umowa z listopada 2022r., oferta Wykonawcy oraz wyjaśnienia stron);
6. Wszystkie usługi na rzecz Zamawiającego realizowane są przez tych samych pracowników Wykonawcy (okoliczność bezsporna, wyjaśnienia stron, wykaz pracowników, oświadczenie pracowników z 18 sierpnia 2023 r.);
7. W ramach Postępowania oferty złożyło 5 wykonawców na kwoty 1.398.657,60 zł, 1.371.716,48zł, 1.300.840,12 zł, 1.363.505,20zł, w tym także Odwołujący na kwotę 1.269.723,69zł; szacunkowa wartość zamówienia określona została przez Zamawiającego na kwotę 1.085.000,00 zł (tj. brutto 1.334.550 zł) (okoliczność bezsporna, oferty, protokoły komisji przetargowej, raporty);
8. wobec wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi SWZ przez Wykonawcę Zamawiający wystosował do Wykonawcy Wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy; Wezwanie

zawierało żądanie wyjaśnienia określonych okoliczności a także standardowy (obejmujący wszelkie koszty pracownicze) wygenerowany przez Zamawiającego kalkulator wynagrodzenia pracownika za okres od 1 lipca do 31 grudnia 2023 r. wskazujący na stawkę 30,89 zł/rbg z uwzględnieniem kosztów świadczenia urlopowego (przy wymiarze 26 dni urlopu w proporcji na miesiąc) (okoliczność bezsporna, Wezwanie);

9. Wyjaśnienia udzielone zostały w terminie i zawierały informacje dotyczące wszystkich okoliczności, jakich wyjaśnienia żądał Zamawiający; do Wyjaśnień Odwołujący załączył w zakresie wynagrodzenia kalkulatory wynagrodzenia za okres lipiec – grudzień 2023 wygenerowane w dwóch wersjach a) dla pracowników o krótszym stażu pracy: podlegających obowiązkowi odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych z wymiarem urlopu 20 dni – stawka 27,70 zł/rbg, b) dla pracowników o dłuższym stażu pracy i wieku: niepodlegających obowiązkowi odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych z wymiarem urlopu 26 dni – stawka 27,11 zł/rbg, dla których Wykonawca założył, że urlop został wykorzystany i za okres od stycznia do czerwca 2024r. (które opisane zostały jako dla lipiec- grudzień 2023) wygenerowane w dwóch wersjach a) dla pracowników o krótszym stażu pracy: podlegających obowiązkowi odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych z wymiarem urlopu 20 dni – stawka 29,92 zł/rbg, b) dla pracowników o dłuższym stażu pracy i wieku: niepodlegających obowiązkowi odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych z wymiarem urlopu 26 dni – stawka 29,94 zł/rbg, dla których to kategorii Wykonawca założył, że urlop będzie wykorzystany a wycena nie musiała zawierać zwiększonej stawki wynagrodzenia minimalnego wobec przewidzianej umową waloryzacji; Wykonawca załączył również kalkulację dodatku do wynagrodzenia za pracę w godzinach nocnych; Wykonawca wskazał w odniesieniu do urlopów pracowniczych, że „Wymiar urlopu przysługujący pracownikom Konsorcjum: 20 dni - przysługujący pracownikowi, którego staż pracy jest krótszy niż 10 lat lub nie udokumentował on stażu pracy dłuższego niż 10 lat. 26 dni - przysługujący pracownikowi, którego wiek wynosi nie mniej niż 55 lat dla kobiet i 60 lat dla mężczyzn. Pracownicy ochrony, którzy obecnie realizują umowę z Zamawiającym w okresie styczeń – czerwiec 2023r. wykorzystali przysługujący im cały urlop za 2023 rok. Dlatego też Konsorcjum nie będzie ponosiło w okresie lipiec - grudzień 2023r. kosztów związanych z zastępstwem urlopowym. Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z art. 168 Kodeksu pracy zaległy urlop należny pracownikowi za dany rok musi zostać wykorzystany do 30 września roku następnego. (...) Ze względu na fakt, iż na dzień składania ofert oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny znana jest tylko i wyłącznie kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę tj. 3600 zł brutto, zaś zakończenie umowy nastąpi w czerwcu 2024r. do wyliczenia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na podstawie umowy o pracę przyjęto w/w kwotę na cały okres trwania umowy. Zgodnie z zapisami umowy w sytuacji zmiany minimalnego wynagrodzenia jaka nastąpi od stycznia 2024r. umowa podlegać będzie waloryzacji w powyższym zakresie zgodnie z zapisami opisanymi § 14 umowy.” Wykonawca przedstawił jako stanowiące podstawę wyceny ceny ofertowej kalkulację całkowitego kosztu pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracowników na rok 2023 ze stawką 27,70 zł/rbg i za rok 2024 ze stawką 29,94 zł/rbg; Wykonawca nie załączał poza kalkulacjami kosztów innych dowodów dla wykazania twierdzeń Wyjaśnień (okoliczność bezsporna, Wyjaśnienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnienia Odwołującego nie kwestionowane przez pozostałe strony w zakresie znaczenia i sposobu wyliczenia kosztów pracowniczych); Izba w tym zakresie ustaliła w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego oraz Wyjaśnienia, że dla kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca przyjął za 2023 r. stawkę bezpieczniejszą kosztów pracowniczych tj. wyższą z kalkulatora wyliczoną przy założeniu, że nie będzie ponosić kosztów świadczenia urlopowego i analogicznie za 2024 r. z tym, że tutaj z wyliczenia z założeniem, że będzie ponosić koszty świadczenia urlopowego;
10. Odrzucając ofertę Wykonawcy Zamawiający uznał, że podziela wyjaśnienia Wykonawcy za wyjątkiem jednej okoliczności; Zamawiający zakwestionował jedynie okoliczność, że: „Wykonawca nie poparł żadnymi dowodami faktu wykorzystania urlopu za rok 2023 przez pracowników. Zamawiający nie podziela złożonych wyjaśnień w zakresie wymiaru urlopów. W ocenie Zamawiającego. Wykonawca powinien wyliczyć proporcjonalnie przysługujący pracownikom ochrony urlop za okres od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. lub przedłożyć stosowne dowody w ww. zakresie skoro, jak wywodzi Wykonawca, umożliwił pracownikom wykorzystanie urlopu tzw. awansem za w/w miesiące. Nadto Zamawiający dokonując weryfikacji zatrudnienia pracowników ochrony podczas obowiązywania dotychczasowej umowy posiada wiedzę, iż zawarte umowy o pracę z pracownikami ochrony nie są zawarte do 31 grudnia 2023 r. tylko na okres krótszy wrzesień-październik 2023r. W zakresie natomiast urlopu za rok 2024 r. Wykonawca przyjął za okres od 1 stycznia 2024 r. do dnia 30 czerwca 2024 r. w wynagrodzeniu pracownika kwotę 469,91 zł zastępstwo urlopowe. Wykonawca oferując cenę za realizację przedmiotu umowy powinien uwzględnić wszystkie koszty związane z jej realizacją, w tym koszty urlopu, nawet, gdy ww. kosztów nie poniesie w okresie obowiązywania umowy. Natomiast fakt obowiązywania umowy przez dany czasookres generuje po stronie pracodawcy obowiązek w kalkulowaniu w cenę oferty wszelkich kosztów powstałych przez okres jej trwania. Inne podejście prowadziłoby do wniosku, że Wykonawca mógłby nie odprowadzać np. składek na ubezpieczenie społeczne, a następnie odprowadzić je wraz z odsetkami, wskazując,

iż nie kalkuluje ich w ofercie, gdyż nie ponosi ich w okresie obowiązywania umowy” Zamawiający przywołał kalkulacje i kalkulatory zawarte w Wyjaśnieniach nie kwestionując stanowiących podstawę kalkulacji i wycień kwot.

Izba ustaliła również, dając wiarę wyjaśnieniom Wykonawcy, które w ocenie Izby korespondują z treścią emaili z dnia 29 czerwca 2023 r oraz Wyjaśnieniami, że ceny ofertowe zarówno w ramach negocjacji jak i Postępowania kalkulowane były w oparciu o kalkulatory zawierające standardowe lub modyfikowane dane, lecz zawsze z założeniem nie ponoszenia w okresie lipiec – grudzień 2023 r. kosztów świadczeń urlopowych i ponoszenia kosztów świadczeń urlopowych w okresie styczeń- czerwiec 2024r. W szczególności takie założenie nie jest sprzeczne z tym, że dla wycięnia ceny ofertowej w Postępowaniu i ceny ofertowej w negocjacjach Wykonawca oparł się na kalkulatorze zawierającym koszt urlopu. Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Wykonawcy, co do generalnej zasady udzielania pracownikom przysługujących im urlopów wypoczynkowych w pierwszej połowie roku kalendarzowego, co pozwala na kalkulację cen ofertowych dla drugiego półrocza roku kalendarzowego bez uwzględniania tego kosztu.

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1, 5 i art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budżą 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 wycięnia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budżą 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 wycięnia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym. Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia. W przypadku wątpliwości co do charakteru ceny zamawiający wzywa wykonawcę od wyjaśnień. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie treść Wyjaśnień objęła całość zagadnień, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Kalkulacje i założenia Wykonawcy, nie budziły zastrzeżeń poza daną dotyczącą kosztów urlopu za rok 2023. W ocenie Izby treść Wyjaśnień w kontekście Wezwania i uznania przez Zamawiającego, że wskazany zysk nie pokrywa kosztów świadczenia urlopowego za okres 1 lipca 2023r. do 31 grudnia 2023 r., którego Wykonawca nie wliczył do ceny oferty a Wykonawca nie przedstawił dowodów wykorzystania urlopów przez pracowników - powinna skutkować, wobec konsekwencji w postaci odrzucenia oferty i zasygnalizowania przez Zamawiającego w tym zakresie wątpliwości, wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnienia zakwestionowanej szczególnej okoliczności umożliwiającej obniżenie ceny, czego Zamawiający zaniechał. Jeśli bowiem w kontekście uwarunkowania faktycznego i uprawnienia pracodawcy udzielania urlopów w kolejnym roku kalendarzowym, Wyjaśnienia (w tym oświadczenia Wykonawcy, że urlopy zostały udzielone za 2023 r do czerwca 2023 r.) budziły wątpliwości Zamawiającego, to powinien on żądać wyjaśnienia tej okoliczności przed odrzuceniem oferty. Skoro Wyjaśnienia odnosiły się do całości zagadnień objętych Wezwaniem, a zastrzeżenia Zamawiającego wzbudziło konkretne twierdzenie Wykonawcy to powstał obowiązek ponownego wezwania z art. 224 ust.1 Ustawy.

Izba wskazuje, że sam fakt posłużenia się przez Wykonawcę w innym postępowaniu obejmującym okres świadczenia usługi w lipcu 2023 r. (negocjacjach) kalkulatorem uwzględniającym pozycję kosztu świadczenia urlopowego oraz za stawkę wyższą niż przyjęta do kalkulacji ceny ofertowej w Postępowaniu nie przesądza o tym, że koszt świadczenia urlopowego był wkalkulowany w cenę ofertową w ramach negocjacji i tym samym powinien być wkalkulowany w cenę również w Postępowaniu. Izba dodatkowo wskazuje, że założenia kalkulacji ceny oparte były na przyjętej przez Wykonawcę zasadzie udzielania urlopów wypoczynkowych w pierwszej połowie roku kalendarzowego a wobec terminu ogłoszenia o zamówieniu publicznym przypadającym przed upływem pierwszego półrocza 2023 r. , założenie to ocenić należało jako prawidłowe i wiarygodne, w szczególności w świetle przepisów prawa pracy dających pracodawcy możliwość udzielania zaległych urlopów także w roku kalendarzowym następującym po rozliczeniowym do końca września, gdzie Wykonawca uwzględnił w wycenie koszty świadczenia urlopowego.

Izba podkreśla, że Wyjaśnienia jako uzasadnienie nieuwzględnienia kosztu świadczenia urlopowego za okres do końca 2023 r. powołują normę art. 168 kodeksu pracy, która jest wystarczającą podstawą dla udzielenia urlopu za dany rok do dnia 30 września następnego roku kalendarzowego, a więc, w tej sprawie, nawet po zakończeniu realizacji usługi objętej zamówieniem. Tym samym w ocenie Izby usprawiedliwione było wskazanie tej okoliczności jako uzasadnienie obniżenia kosztu będącego składową ceny ofertowej. Dodatkowo prawidłowość założenia realizacji zamówienia za cenę nieuwzględniającą kosztów świadczenia urlopowego do końca 2023 r. , przy uwzględnieniu faktu ryzyk związanych z niemożnością przewidzenia wszystkich okoliczności faktycznych, jakie wiązać mogą się z udzieleniem urlopu, ostatecznie przesądziła okoliczność, potwierdzenia wykorzystania przysługujących urlopów za rok 2023 r. przez wszystkich pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia oświadczeniem z 18 sierpnia 2023 r., któremu Izba dała wiarę.

Izba uwzględniła odwołanie uznając, że Zamawiający mógł i powinien wziąć pod uwagę przywołane w Wyjaśnieniach zasady prawa pracy uprawniające Wykonawcę do udzielenia urlopu przysługującego za cały rok kalendarzowy awansem lub w kolejnym roku kalendarzowym, co przesądza o prawidłowości kalkulacji ceny i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego Postępowania zgodnie z SWZ i odrębnymi przepisami, który to zarzut jako dalej idący spowodował uwzględnienie odwołania w całości.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze, jednocześnie zasada ta nie zwalnia pozostałych uczestników z obowiązku dowodzenia twierdzeń przeciwnych. W ocenie Izby Odwołujący sprostał ustawowemu wymaganiu i wykazał niezgodność z przepisami czynności Zamawiającego. Treść Wyjaśnień w kontekście Wezwania i okoliczności faktycznych w ocenie Izby nie były wystarczające dla odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o normę art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący