

Sygn. akt: KIO 2799/22

WYROK
z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy w Wejherowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony K. Security sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. w Łodzi** na rzecz **Sądu Rejonowego w Wejherowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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

Sąd Rejonowy w Wejherowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są „usługi ochrony osób i mienia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 sierpnia 2022 r., nr 2022/BZP 00301156.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 24 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MAXUS sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. w Łodzi, MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. w Łodzi, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez uznanie, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy jego wyjaśnienia złożone na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniają zaoferowaną cenę oferty,
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty;
- 3) dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert;
- 4) ewentualnie wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień potwierdzających, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz o wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum Firm w składzie Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum oraz Agencja Ochrony K. Security Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum. Odnosząc się do powodów odrzucenia oferty przytoczonych przez zamawiającego odwołujący podniósł co następuje.

Zarzut 1 - Brak uwzględnienia kosztów nadzoru czyli obowiązku zapewnienia koordynatora nadzorującego pracowników w sposób bezpośredni.

Odwołujący wskazał, że przewidział te koszty w kalkulacji kosztów realizacji usługi. W tabeli oznaczonej jako „Kalkulacja kosztów przygotowana na etapie składania ofert”

Wykonawca wyszczególnił ten koszt w sposób precyzyjny. Tym samym zarzut zamawiającego należy uznać za niepotwierdzony. Odwołujący podniósł, że zamawiający zanegował fakt wskazania ujęcia w kosztach realizacji usługi kosztów nadzoru, podczas gdy koszty te ujął w swojej ofercie. Poniżej przytoczył fragment wyjaśnień udzielonych przez siebie:

Koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo-płacowa) – 12.000,00 zł (12 miesięcy x 1.000,00 zł).

Zarzut 2 - Brak ujęcia kosztów absencji pracowników wynikających ze zwolnień spowodowanych chorobą.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 5 oraz 20 września wskazał na fakt, iż aktualnie realizuje usługę ochrony na rzecz zamawiającego. Współpraca rozpoczęła się w 2019 roku, zaś obecnie realizowana umowa jest już 3-cią umową łączącą strony. W związku z tym dysponuje on personelem oraz wiedzą na temat ich absencji chorobowej występującej w przeszłości. Odwołujący wskazał na szczególnie korzystną okoliczność jaką jest fakt, iż na przestrzeni ostatniego roku nie występowały wśród pracowników zwolnienia chorobowe. Wiedza ta stanowi jego know-how i została użyta w przedmiotowej sprawie. Stąd też fakt ten został potraktowany jako ryzyko pracodawcy.

Zarzut - 3 Brak ujęcia w cenie oferty pierwotnej wzrostu kwoty minimalnego wynagrodzenia.

Odwołujący argumentował, że udzielając wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny uczynił to zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Wskazał, że w treści wezwania Zamawiający dał mu do zrozumienia, iż oczekuje wyjaśnień przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia w wysokości 3010 zł brutto obowiązującego w dniu składania ofert tj. w 2022 roku. Obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne sformułowanie żądań stawianych wykonawcom, tak aby nie musieli się oni domyślać jego intencji. Odwołujący wskazał także, że treść wezwania była niemalże identyczna do wcześniejszych wezwań, na które odwołujący udzielał wyjaśnień a zamawiający je akceptował. Odwołujący przytoczył fragment wezwania zamawiającego:

Wyjaśnienia muszą dotyczyć:

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

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

Na marginesie, minimalna stawka 1 roboczogodziny to 26,01 zł zgodnie z kalkulatorem kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony na rok 2022 opracowanym przez Polski Związek Ochrony Pracodawców przy uwzględnieniu tylko płacowych kosztów wynagrodzenia pracownika ochrony, bez innych dodatkowych elementów i należnego podatku VAT; które muszą być uwzględniane przy kalkulacji ceny za realizację usługi ochrony.

Zarzut 4 - Brak ujęcia kosztów szkoleń pracowników.

Odwołujący wskazał, że realizuje przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego nieprzerwanie od 2019 r. Według odwołującego Jest to okoliczność notoryjna, ponadto fakt ten został podkreślony w udzielanych wyjaśnieniach. Tym samym wskazywał, że dysponuje personelem, który posiada wszelkie niezbędne szkolenia. Koszty tych szkoleń zostały poniesione przy okazji realizacji poprzednich kontraktów stąd brak obowiązku ich kalkulacji w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Znikomy wskaźnik fluktuacji zatrudnienia pracowników wśród jego pracowników ochrony pozwala na przyjęcie założenia realizacji kolejnej umowy przy pomocy obecnego składu osobowego. Tym samym odwołujący argumentował, że nie widział konieczności kalkulacji kosztów szkoleń – skoro koszty te zostały już poniesione a pracownicy posiadają niezbędne szkolenia – w celu nieuzasadnionego podwyższenia ceny oferty.

Zarzut 5 - Brak ujęcia w kalkulacji kosztów ubioru pracownika.

Odwołujący wskazał, że w udzielonych wyjaśnieniach informował, że wszelki niezbędny sprzęt oraz wyposażenie znajdują się na wyposażeniu firmy stąd brak konieczności doliczania dodatkowych kosztów z tego tytułu. Odwołujący podniósł, że nieprzerwanie od 2019 roku realizuje usługę ochrony na rzecz Zamawiającego. Dzięki temu dysponuje pracownikami, którzy są odpowiednio umundurowani oraz wyposażeni. Posiadane wyposażenie oraz umundurowanie są wystarczające do realizacji kolejnej umowy z zamawiającym. Tym samym fakt ten winien być potraktowany jako wyjątkowo sprzyjająca okoliczność realizacji usługi, który daje przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami. Odwołujący uważał, że nie ma obowiązku kalkulować w cenie oferty kosztów, których nie będzie ponosił.

Zarzut 6 - Brak ujęcia w kalkulacji kosztów zwiększonego wynagrodzenia podwykonawców.

Odwołujący podniósł, iż do udzielonych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny załączył dowody – kopie faktur od podwykonawcy – ilustrujące koszt zapewnienia wsparcia grup interwencyjnych. Odwołujący nie dysponuje wiedzą jakoby podwykonawcy zamierzali zwiększyć ceny za swoje usługi – nie został o tym fakcie poinformowany – stąd ujął w

kalkulacji kosztów cenę jaką obecnie płaci. Niezrozumiałym dla niego jest narzucanie przez zamawiającego hipotetycznego kosztu, którego poniesienie nie zostało w żaden sposób udowodnione. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że pomimo, iż przewidział koszt podwykonawstwa na poziomie 900 zł miesięcznie (450 zł x 2 obiekty) dysponuje tańszą ofertą na poziomie 850 zł miesięcznie (425 zł x 2 obiekty).

Zarzut 7 - Nieprawidłowe wyliczenie kosztów urlopów pracowników.

Odwołujący podniósł, że w treści udzielonych wyjaśnień w sposób precyzyjny wskazał wyliczenie kosztów urlopu wypoczynkowego pracowników. Zdaniem odwołującego, sposób wyliczenia jest zgodny z przepisami Kodeksu Pracy. Odwołujący uważał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego nie zamierzał „zmuszać pracowników” do wykorzystania urlopów. Wskazywał, iż zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy pracownik może w dowolnym okresie wykorzystać przysługujący mu urlop wypoczynkowy np. może w styczniu 2022 r. wykorzystać całość urlopu przysługującego mu w 2022 roku. Fakt wykorzystania całości urlopów przez pracowników w okresie do 12 listopada 2022 r. w związku z posiadaniem rezerw finansowych stanowi kolejną wyjątkowo sprzyjającą okoliczność realizacji usługi, który daje przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami. Jednocześnie rozwiązanie to zostało w sposób szczegółowy omówione oraz zaakceptowane przez pracowników obecnie realizujących usługę.

Odwołujący podniósł także, że jeśli udzielone wyjaśnienia były nieprecyzyjne, zamawiający winien zwrócić się z wnioskiem o ich doprecyzowanie. Zdaniem odwołującego, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Odwołujący uważał, że jego wyjaśnienia – w porównaniu chociażby do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego oferta pierwotnie została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu tj. Konsorcjum firm w składzie Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k , Emporio Sp. z o.o. oraz Vigor Security Sp. z o.o. – należy uznać za rzetelne oraz poparte odpowiednimi dowodami. Odwołujący argumentował także, że zamawiający skorzystał z takiego narzędzia w dniu 2 września 2022 r. jednakże nie poruszył w nim większości kwestii stanowiących uzasadnienie dla odrzucenia jego oferty w późniejszym okresie. Wskazywał, iż wyjaśnienia uprzednio złożone przez niego zostały przez zamawiającego zaakceptowane.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony MK sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencja Ochrony K. Security sp. z o.o. w Warszawie. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 224 ustawy 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający*

zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

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

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

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

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

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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.

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

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są „usługi ochrony osób i mienia”.

Następnie ustalono, że 16 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na pytanie nr 1, zadane przez jednego z wykonawców o treści:

W jaki sposób Zamawiający będzie badał oferty pod kątem możliwości realizacji przedmiotu za zaoferowaną cenę (badanie pod kątem rażąco niskiej ceny) mając na uwadze fakt, iż 9 miesięcy przedmiotu zamówienia będzie realizowane w roku 2023, zaś umowa nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia? Wskazujemy, iż Wykonawca na dzień składania ofert dysponuje jedynie doniesieniami medialnymi i deklaracjami Rady Ministrów co do wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku 2023 – 3387 zł w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca oraz 3450 od 1 lipca. Wykonawca jako profesjonalista winien w sposób odpowiedni oszacować ryzyka zdarzeń niemniej jednak sposób ich porównania może nastęrczać wybitnej trudności w obecnej sytuacji. Wykonawca sugeruje zatem aby Zamawiający narzucił Wykonawcom obowiązek kalkulacji kosztów wynagrodzeń pracowników (czyli głównych kosztów realizacji usługi) przy założeniu, że minimalne wynagrodzenie począwszy od 1 stycznia 2023 wynosić będzie 3387 zł brutto zaś od 1 lipca 3450 zł brutto. Tak przyjęty sposób kalkulacji kosztów spowoduje możliwość rzetelnego porównania złożonych ofert jak i też zbadania ich pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający udzielił odpowiedzi nr 1 o treści:

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z art. 224.

Brak zastosowania przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ umowa zawierana jest 12 miesięcy.

Zapisy swz pozostają bez zmian.

Ustalono ponadto, że 17 sierpnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytania dotyczące treści SWZ:

PYTANIE 12

Proszę o potwierdzenie, iż Wykonawca składa ofertę uwzględniając koszty pracy obowiązujące w dniu składania ofert.

ODPOWIEDŹ 12

Wykonawca składając ofertę uwzględnia koszty pracy w okresie terminu realizacji umowy 12 miesięcy, zgodnie z zapisami swz.

PYTANIE 13

Proszę o potwierdzenie, iż wykonawcy będzie przysługiwała waloryzacja wynagrodzenia umownego za rok 2023.

ODPOWIEDŹ 13

Nie. Brak zastosowania przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ umowa zawierana jest na 12 miesięcy.

PYTANIE 14

Proszę o potwierdzenie, iż wykonawca będzie mógł złożyć wniosek o waloryzację w roku 2023 w ciągu I kwartału.

ODPOWIEDŹ 14

Nie. Brak zastosowania przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ umowa zawierana jest na 12 miesięcy.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) Orion Next sp. z o.o. we Wrocławiu – 1.620.106,80 zł brutto,
- 2) Konsorcjum Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. – 1.854.424,26 zł brutto,
- 3) Biuro ochrony Mienia S. Security, M. S. – 1.413.516,00 zł brutto,
- 4) Odwołującego – 1.373.285,16 zł brutto,
- 5) Przystępującego – 1.562.478,84 zł brutto,
- 6) Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia Dogmat sp. z o.o. – 1.864.753,80 zł brutto,
- 7) Konsorcjum Security Emporio sp. z o.o. sp. k. – 1.346.645,82 zł brutto,
- 8) Konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Karabela sp. z o.o. – 1.849.531,32 zł brutto,

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 26 sierpnia 2022 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu zamawiający wskazał, że *żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana cena wydaje się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. Wyjaśnienia muszą dotyczyć:*

- a) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej*

stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,*
- c) elementów kalkulacyjnych dot. ceny oferty, a w szczególności kosztów: dodatek za pracę w porze nocnej, składki ZUS pracodawcy, wynagrodzenie za urlop, fakultatywne dobrowolne dodatki, koszty ewentualnych zwolnień lekarskich, składek ZUS, które będą do odprowadzenia, koszty zapewnienia jednolitego umundurowania, zapewnienia artykułów biurowych i piśmiennych; zapewnienia koordynatora nadzorującego pracowników bezpośrednio realizujących usługę; wynagrodzenia podwykonawcom w zakresie wsparcia grup interwencyjnych oraz monitoringu sygnałów alarmowych.*

Na marginesie, minimalna stawka 1 roboczogodziny to 26,01 zł zgodnie z kalkulatorem kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony na rok 2022 opracowanym przez Polski Związek Ochrony Pracodawców przy uwzględnieniu tylko płacowych kosztów wynagrodzenia pracownika ochrony, bez innych dodatkowych elementów i należnego podatku VAT, które muszą być uwzględniane przy kalkulacji ceny za realizację usługi ochrony.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 26 sierpnia 2022 r.

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 2 września 2022 r. wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych następujących wyjaśnień:

- 1) W której pozycji Wykonawca doliczył obowiązkowy podatek od towarów i usług w wysokości 23% do ceny zaoferowanej usługi i w jakiej kwocie? Z treści wyjaśnień wynika, że wykonawca utożsamia koszty brutto wynagrodzenia pracowników z kosztami brutto realizacji zamówienia. Utożsamienie kosztów brutto wynagrodzenia pracowników z kosztami brutto realizacji zamówienia jest błędnym, gdyż oznacza uszczuplenie dochodu ustawodawcy — Państwa i powoduje bezpodstawne wzbogacenie się Wykonawcy. Z kolei prawidłowo sporządzona kalkulacja winna być zaprezentowana w taki sposób, aby koszty brutto wynagrodzenia pracowników wraz zyskiem stanowiły cenę oferty netto. Dopiero do tej kwoty należy doliczyć obowiązkowy podatek od towarów i usług, który w tym przypadku wynosi 23%*
- 2) W której pozycji Wykonawca uwzględnił koszty i w jakiej kwocie związane z absencją pracowników, które są istotne dla realizacji zamówienia, przy czym należy zauważyć że dotyczy to nie tylko absencji pracowników wynikających ze zwolnień spowodowanych chorobą.*

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 5 września 2022 r. Odwołujący wyjaśnił, co następuje:

Odnosnie punktu 1 wskazujemy, iż załączony do wyjaśnień dokument „Kalkulacja kosztów przygotowana na etapie składania ofert” został sporządzony w sposób zgodny z żądaniem Zamawiającego. Wykonawca uwzględnił w kalkulacji kosztowej wyłącznie przychód pomniejszony o podatek VAT, który jest on zobowiązany odprowadzić do Urzędu Skarbowego.

Cena netto naszej oferty wyniosła bowiem 1 116 492,00 zł zaś cena brutto 1 373 285,16 zł. Kwota podatku VAT w wysokości łącznej 256 793,16 zł została potraktowana jako kwota neutralna wobec faktu, iż stanowi ona dochód budżetu Państwa zgodnie z Ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Tym samym zgodnie z kalkulacją po odjęciu od przychodu netto (ceny netto oferty) kosztów brutto wynagrodzeń pracowników oraz pozostałych kosztów osiągamy zysk w wysokości 14 580,00 zł.

Żądanie Zamawiającego jest dla nas o tyle niezrozumiałe, iż w żadnym elemencie kalkulacji ceny oferty oraz w udzielonych wyjaśnieniach nie uzurpowaliśmy sobie prawa do wykorzystania całej kwoty uzyskanej od Zamawiającego (kwoty netto + VAT) na pokrycie kosztów realizacji umowy. Od samego początku naszą intencją było sfinansowanie kosztów oraz wygenerowanie zysku wyłącznie przy uwzględnieniu przychodu ze sprzedaży netto.

Jednocześnie mając na uwadze fakt, iż żądanie Zamawiającego jest dla nas niezrozumiałe zastrzegamy sobie prawo do złożenia wyjaśnień uzupełniających w przypadku gdyby obecnie składane okazały się dla niego niewystarczające. Jednocześnie deklarujemy gotowość do udzielania dalszych wyjaśnień w tym zakresie i pełną wolę współpracy z Zamawiającym.

Odnosnie punktu 2 wskazujemy, iż Wykonawca uwzględnił koszty absencji urlopowej pracowników w tabelach ilustrujących metodologię wyliczania kosztów jednostkowych roboczogodziny — pozycja 6 w każdej z tabeli. Wyliczono jaki wpływ na koszt 1 etatu ma obowiązek udzielenia pracownikowi urlopu wypoczynkowego. Jednocześnie uzasadniono dlaczego przyjęto w kalkulacji liczbę dni urlopowych w wysokości 24. Z uwagi na fakt, iż na przestrzeni ostatniego roku nie występowały zwolnienia chorobowe wśród pracowników realizujących usługę nie ujmowaliśmy tychże kosztów w kalkulacji aby sztucznie nie podnosić w sposób nieuzasadniony ceny oferty. Zostało to potraktowane jako ewentualne ryzyko Wykonawcy, Mając na uwadze fakt, iż kalkulowany zysk wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 14 580,00 zł zaś koszt 1 dnia absencji chorobowej wynosi 73,88 zł (dla posterunku całodobowego) oraz 69,26 zł (dla posterunku dziennego) należy stwierdzić, iż wykonawca posiada odpowiednie zasoby na pokrycie ewentualnych ryzyk.

Poniżej sposób wyliczenia absencji chorobowej odpowiednio dla posterunku całodobowego oraz dziennego.

L.p.	Nazwa pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Dodatek za pracę w porze nocnej	200,48	56 rbh w porze nocnej po 3,58 zł
3	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3210,48	Poz 1 + Poz 2
4	Składki ZUS pracownika 13,71 % (9,76% + 1,5% +2,45%)	440,16	
5	3210,48 (przychód) — 440,16 (składki ZUS pracodawcy) = 2770,32 2770,32 / 30 dni = 92,34 stawka dzienna 100% 92,34 x 80 % = 73,88 zł stawka dzienna zwolnienia chorobowego 80 %		

L.p.	Nazwa pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3010	Poz 1 + Poz 2
3	Składki ZUS pracownika 13,71 % (9,76% + 1,5% +2,45%)	412,67	
4	3010 (przychód) — 412,67 (składki ZUS pracodawcy) = 2597,33 2597,33 / 30 dni = 86,58 stawka dzienna 100% 86,58 x 80 % = 69,26 zł stawka dzienna zwolnienia chorobowego 80 %		

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 15 września 2022 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i ich istotnych części składowych, zaferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. Wyjaśnienia muszą dotyczyć:

- a) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

Na marginesie, minimalna stawka 1 roboczogodziny to 26,01 zł zgodnie z kalkulatorem kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony na rok 2022 opracowanym przez Polski Związek Ochrony Pracodawców przy uwzględnieniu tylko płacowych kosztów wynagrodzenia pracownika ochrony, bez innych dodatkowych elementów i należnego podatku VAT, które muszą być uwzględniane przy kalkulacji ceny za realizację usługi ochrony.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 20 września 2022 r. Odwołujący wyjaśnił m.in., co następuje: (...)

przedstawiamy kalkulację kosztów dla 1 etatu pracownika odpowiednio dla posterunku, gdzie występuje praca w porze nocnej oraz dla posterunku gdzie takowej pracy nie ma.

Przyjęty w kalkulacji wymiar urlopu w wysokości 24 dni (zamiast kodeksowych 26) dla każdego z pracowników realizujących usługę wynika z faktu, iż mając na uwadze rezerwy finansowe wypracowane w trakcie realizacji obecnej umowy (umowa z dnia 9 listopada 2022 r.) wszyscy pracownicy konsorcjum obecnie realizujący usługę na rzecz Zamawiającego wykorzystają całość urlopu przysługującą im do końca 2022 roku przed dniem 12 listopada 2022 r. Tym samym przysługiwał im będzie urlop za okres 11 miesięcy tj. od 1 stycznia 2023 r. do 11 listopada 2023 r tj. za okres 24 dni.

Koszt 1 rbh na posterunku obsługiwanym w porze nocnej

Koszt 1 etatu			
L.p.	Nazwa Pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Dodatek za pracę w porze nocnej	200,48	56 rbh w porze nocnej po 3,58 zł
3	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3210,48	Poz 1+ Poz 2
3	Składki Zus 17,90 % - poziom uśredniony zgodnie z wyliczeniem z tabeli	574,68	
4	Składki PPK	0,00	Nie dotyczy z uwagi na rezygnację pracowników z przystąpienia do programu

5	Łączny koszt 1 etatu — podstawa wyliczenia kosztów urlopu	3785,16	
6	Koszt świadczenia urlopowego w wymiarze 26 dni	360,49	$3785,16 / 168 \text{ rbh} \times 24 \text{ dni} \times 8 \text{ rbh} / 12 \text{ miesięcy}$
7	Łączny koszt 1 etatu wraz z urlopem wypoczynkowym	4145,65	
13	Koszt 1 roboczogodziny	24,68	$4145,65 / 168 \text{ rbh}$

Koszt 1 rbh na posterunku nieobsługiwany w porze nocnej

Koszt 1 etatu			
L.p.	Nazwa Pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Dodatek za pracę w porze nocnej	0,00	Nie występuje
3	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3010,00	Poz 1 + Poz 2
3	Składki Zus 17,90 % - poziom uśredniony zgodnie z wyliczeniem z tabeli	538,79	
4	Składki PPK	0,00	Nie dotyczy z uwagi na rezygnację pracowników z przystąpienia do programu
5	Łączny koszt 1 etatu — podstawa wyliczenia kosztów urlopu	3548,79	
6	Koszt świadczenia urlopowego w wymiarze 26 dni	337,98	$3548,79 / 168 \text{ rbh} \times 24 \text{ dni} \times 8 \text{ rbh} / 12 \text{ miesięcy}$
7	Łączny koszt 1 etatu wraz z urlopem wypoczynkowym	3886,77	
13	Koszt 1 roboczogodziny	23,14	$3886,77 / 168 \text{ rbh}$

Na podstawie powyższych danych dokonamy wyliczenia średniego kosztu wynagrodzenia za 1 roboczogodzinę pracy pracownika w ramach niniejszego zamówienia $(35040 \times 24,68 \text{ zł} + 9160 \times 23,14 \text{ zł}) / 44\ 200 \text{ rbh} = 24,36 \text{ zł}$.

Jak już wskazaliśmy powyżej nasze konsorcjum nieprzerwanie od 2019 roku realizuje nieprzerwanie usługę ochrony na rzecz Sądu Rejonowego w Wejherowie. Dzięki temu posiadamy zatrudnionych pracowników posiadających wszelkie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia uprawnienia. Personel został także wyposażony w umundurowanie oraz posiada aktualne badania oraz szkolenia bhp, co powoduje brak konieczności ponoszenia tychże kosztów przy przedmiotowym zamówieniu. Jednocześnie firma posiada na stanie zamortyzowane urządzenia (przy realizacji uprzednich zamówień na rzecz Sądu Rejonowego w Wejherowie), które zostaną wykorzystane do realizacji przedmiotowego zamówienia takie jak telefony komórkowe, systemy kontroli obchodu wartownika, środki przymusu bezpośredniego itp. Tego typu koszty będzie zobowiązana ponieść wyłącznie firma, która rozpocznie współpracę z przedmiotowym Zamawiającym.

Z uwagi na fakt, iż na przestrzeni ostatniego roku nie występowały zwolnienia chorobowe wśród pracowników realizujących usługę nie ujmowaliśmy tychże kosztów w kalkulacji aby sztucznie nie podnosić w sposób nieuzasadniony ceny oferty. Zostało to potraktowane jako ewentualne ryzyko Wykonawcy. Mając na uwadze fakt, iż kalkulowany zysk wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 14 580,00 zł zaś koszt 1 dnia absencji chorobowej wynosi 73,88 zł (dla posterunku całodobowego) oraz 69,26 zł (dla posterunku dziennego) należy stwierdzić, iż wykonawca posiada odpowiednie zasoby na pokrycie ewentualnych ryzyk.

Poniżej sposób wyliczenia absencji chorobowej odpowiednio dla posterunku całodobowego oraz dziennego.

L.p.	Nazwa Pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Dodatek za pracę w porze nocnej	200,48	56 rbh w porze nocnej po 3,58 zł
3	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3210,48	Poz 1 + Poz 2
4	Składki ZUS pracownika 13,71 % (9,76 %+ 1,5% + 2,45%)	440,16	

5	3210,48 (przychód) - 440,16 (składki ZUS pracodawcy) = 2770,32 2770,32 / 30 dni = 92,34 stawka dzienna 100% 92,34 x 80 % = 73,88 zł stawka dzienna zwolnienia chorobowego 80 %
---	--

L.p.	Nazwa Pozycji	Kwota	Uwagi
1	Wynagrodzenie zasadnicze	3010	
2	Podstawa wyliczenia składek ZUS	3010	Poz 1 + Poz 2
3	Składki ZUS pracownika 13,71 % (9,76 %+ 1,5% + 2,45%)	412,67	
4	3010 (przychód) - 412,67 (składki ZUS pracodawcy) = 2597,33 2597,33 / 30 dni = 86,58 stawka dzienna 100% 86,58 x 80 % = 69,26 zł stawka dzienna zwolnienia chorobowego 80 %		

Jako załącznik do niniejszego pisma przedstawiamy kalkulację kosztów, która ostatecznie potwierdza, iż cena nie ma znamion rażąco niskiej.

KALKULACJA KOSZTÓW PRZYGOTOWANA NA ETAPIE SKŁADANIA OFERT

Przychód całkowity netto z tytułu realizacji przedmiotu umowy	1 116 492,00 zł
A. RAZEM PRZYCHODY	1 116 492,00 zł
Całkowity koszt wynagrodzeń pracowników w analizowanym okresie (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wraz z dodatkiem za pracę w godzinach nocnych)	1 076 712,00 (44200 rbh x 24,36)
Koszt całkowity wyposażenia pracowników w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz umundurowanie	0,00 (na wyposażeniu firmy)
Koszt usługi w zakresie monitoringu wraz ze wsparciem grup interwencyjnych	10 800,00 zł (12 miesięcy x 900 zł)
Koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo-płacowa.)	12 000,00 zł (12 miesięcy x 1000,00 zł)

Pozostałe koszty nieujęte powyżej — (polisa OC, abonament telefoniczny) itp.	2 400,00 (12 miesięcy x 200,00 zł)
B. RAZEM KOSZTY	1 101 912,00 zł
ZYSK (A-B)	14 580,00 zł

Następnie ustalono, że pismem z 18 października 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia, co następuje:

Po analizie oferty Zamawiający stwierdził brak uwzględnienia w cenie oferty:

- 1) *kosztów nadzoru, czyli obowiązku zapewnienia koordynatora nadzorującego pracowników bezpośrednio realizujących usługę, o których mowa w pkt V ppkt 10 SWZ stanowiącym: <Kalkulacja usługi przedstawiona przez wykonawcę musi dawać podstawę do weryfikacji kosztów wynagrodzeń pracowników, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie, lub minimalne wynagrodzenie za godzinę pracy, oraz winna wskazywać wysokość kosztów administracyjnych i kosztów nadzoru;> w pkt V ppkt 11 SWZ stanowiącym: <Wykonawca powinien zapewnić odpowiednią liczbę osób do nadzoru realizowanej usługi oraz zapewnić możliwość podjęcia skutecznych działań w określonym czasie;>*
- 2) *kosztów absencji pracowników wynikających ze zwolnień spowodowanych chorobą. Nawet jeśli wykonawca deklaruje w swoich wyjaśnieniach, że z jego praktyki wynika, że nie ma potrzeby uwzględniania w kalkulacji kosztów absencji chorobowych - to nie zmienia to faktu, że takie się zdarzają i wykonawca powinien w wyjaśnieniach uwzględnić koszty ponoszone z tego tytułu w wyliczeniach (wyrok KIO 2796/21),*
- 3) *wzrostu kwoty minimalnego wynagrodzenia, które zmienia się co roku i ustalanej w oparciu o prognozowaną na kolejny rok wysokość wzrostu cen (inflacji) oraz - jeśli płaca minimalna jest niższa od połowy wysokości średniej krajowej - również o dwie trzecie realnego wzrostu gospodarczego. Wykonawca przyjął stawkę wynagrodzenia zarówno na rok 2022 i 2023 w kwocie 3.010,00 zł netto bez uwzględnienia zmiany minimalnego wynagrodzenia w roku 2023.*

W WYJAŚNIENIACH nr 2 / ZMIANA nr 1 z dnia 17.08.2022 r. na pytanie nr 12 o treści:
<Proszę o potwierdzenie, iż Wykonawca składa ofertę uwzględniając koszty pracy obowiązujące w dniu składania ofert.>

Zamawiający udzielił odpowiedzi: <Wykonawca składając ofertę uwzględnia koszty pracy w okresie terminu realizacji umowy 12 miesięcy, zgodnie z zapisami swz.>

Co oznacza, że na rok 2023 wykonawca do szacunku winien przyjąć zwiększoną kwotę wynagrodzenia netto, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdził przyjęcie stawki na poziomie roku 2022 bez wzrostu wynagrodzenia;

4) kosztów szkoleń dla pracowników o których mowa w pkt XX ppkt 7 SWZ stanowiącym:

<Cena jednostkowa netto oferty musi obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące, konieczne do poniesienia przez Wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności uwzględniać wszelkie czynności i usługi związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia, koszty szkoleń dla pracowników bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów.>

Zamawiający wymaga odbycia przez pracowników następujących szkoleń:

- szkolenia o którym mowa w art. 11 ust. 3 pkt 1, 3b i 4-6 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. - Prawo atomowe, o którym mowa w SWZ pkt V ppkt 8,

- z zakresu udzielania pierwszej pomocy przedmedycznej, o którym mowa w SWZ pkt V ppkt 12,

- przeszkolenia dla potencjalnych nowych pracowników, których wykonawca będzie musiał ich przeszkolić na własny koszt na poziomie równoważnym z gwarantowanym przez Zamawiającego w zakresie:

a) obsługi skanera rentgenowskiego do prześwietlania bagażu i bramowego wykrywacza metalu,

b) obsługi Systemu Sygnalizacji Pożaru,

c) korzystania z informacji zawartych w systemie BMS,

d) obsługi instalacji domofonowej,

e) obsługi systemu sygnalizacji włamania i napadu,

f) monitorowania telewizyjnego systemu dozorowego CCTV,

g) monitorowania systemu odwadniania,

h) monitorowania pracy agregatu prądowórczego w przypadkach braku zasilania od zewnętrznego dostawcy energii, o którym mowa w SWZ pkt V ppkt 15.

Nawet jeśli wykonawca deklaruje w swoich wyjaśnieniach, że nie ma potrzeby uwzględniania w kalkulacji kosztów szkoleń pracowników — to nie zmienia to faktu, że zdarzają się sytuacje dotyczące zmiany stosunku pracy, zastępstwa na czas absencji, i

wykonawca powinien w wyjaśnieniach uwzględnić koszty ponoszone z tego tytułu w wyliczeniach

W WYJAŚNIENIACH nr 2 / ZMIANA nr 1 z dnia 17.08.2022 r. na pytania dotyczące szkoleń Zamawiający potwierdził zapisy SWZ w zakresie w/w szkoleń,

5) kosztów ubioru pracowników:

- koszula typu wyjściowego lub koszulka typu polo (biała, granatowa lub czarna), czarne spodnie, czarne obuwie typu półbuty skórzane;

- w zależności od pory roku wyposażenie pracowników ochrony w odpowiedni ubiór wierzchni pozwalający na realizację zadań;

- zamawiający nie dopuszcza możliwości ubioru pracowników ochrony w umundurowanie typu roboczego lub polowego (kombinezony, uniformy itp.),

zamawiający zastrzega sobie prawo do przedstawienia i zaakceptowania wzorów ubioru pracowników przed przystąpieniem do realizacji zamówienia; o których mowa w SWZ - Załącznik nr 1 do umowy G.115 - 55/2022 Szczegółowy opis przedmiotu pkt 25

Nawet jeśli wykonawca deklaruje w swoich wyjaśnieniach, że nie ma potrzeby uwzględniania w kalkulacji kosztów ubioru pracowników - to nie zmienia to faktu, że zdarzają się sytuacje dotyczące zmiany stosunku pracy, zastępstwa na czas absencji, zużycia ubioru i wykonawca powinien w wyjaśnieniach uwzględnić koszty ponoszone z tego tytułu w wyliczeniach;

6) wzrostu wynagrodzenia w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej, wykonawca wskazał że będzie korzystał z podwykonawcy i wskazał koszt wg faktury z lipca 2022 r.; ważnym czynnikiem, który ma wpływ na podniesienie ceny w branży, jest wzrost minimalnego wynagrodzenia, która to sytuacja ma bezpośredni wpływ na wzrost kosztów usług w branży ochronnym, rośnie również minimalna stawka godzinowa stosowana w umowach cywilnoprawnych. Podwyżki minimalnej płacy to niejedyny czynnik, który wpłynie na podwyżkę ceny usługi w przyszłym roku. Na gigantyczne skoki cenowe wpływa inflacja, podwyżki cen prądu, cen gazu i paliw, które przekładają się na ceny usługi,

7) zapewnienia urlopu w ilości 26 dni zamiast 24; realizacja usługi zaczyna i kończy się w trakcie miesiąca kalendarzowego, przez co obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnienie urlopu za okres 12 miesięcy. Pracodawca nie może zmusić pracownika do pójścia na urlop wypoczynkowy w dowolnie wybranym przez wykonawcę czasie. Pracodawca może sugerować pracownikowi wykorzystanie urlopu wypoczynkowego w roku, w którym nabył do niego prawo, jednak nie może zmusić do tego pracownika, bowiem ten ma prawo odmówić wykorzystania urlopu. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której pracodawca ustala pracownikowi termin urlopu zupełnie dowolnie i wbrew jego woli.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynikało z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*.

Izba stwierdziła, że rację ma zamawiający, który uznał, że odwołujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnośnie pierwszej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – nieuwzględnienia kosztów nadzoru w kalkulacji - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się niezasadna. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał jedynie:

Po analizie oferty Zamawiający stwierdził brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów nadzoru, czyli obowiązku zapewnienia koordynatora nadzorującego pracowników bezpośrednio realizujących usługę, o których mowa w pkt V ppkt 10 SWZ stanowiącym: <Kalkulacja usługi przedstawiona przez wykonawcę musi dawać podstawę do weryfikacji kosztów wynagrodzeń pracowników, które nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie, lub minimalne wynagrodzenie za godzinę pracy, oraz winna wskazywać wysokość kosztów administracyjnych i kosztów nadzoru;>

w pkt V ppkt 11 SWZ stanowiącym: <Wykonawca powinien zapewnić odpowiednią liczbę osób do nadzoru realizowanej usługi oraz zapewnić możliwość podjęcia skutecznych działań w określonym czasie;>

Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący wskazując w odwołaniu, że ww. twierdzenie zamawiającego nie polegało na prawdzie. Koszty nadzoru, czyli obowiązku zapewnienia koordynatora nadzorującego pracowników bezpośrednio realizujących usługę, zostały ujęte przez odwołującego w kalkulacji przedstawionej na wezwanie zamawiającego. Wykonawca w wyjaśnianych z dnia 20 września 2022 r. ujawnił, że w kalkulacji kosztów uwzględnił m.in. pozycję zatytułowaną: *Koszt całkowity obsługi realizacji przedmiotu umowy (dojazdy, kontrole, obsługa kadrowo-płacowa)* w wysokości 12,000 zł (tj. 12 miesięcy x 1000 zł). Wobec powyższego twierdzenie zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że kosztów tych nie ujęto w ogóle w cenie oferty, nie polegało na prawdzie.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł dodatkowo, że *Obsługa kadrowo-płacowa na 1 pracownika za 1 miesiąc w Trójmieście wynosi od ok. 50 zł brutto do ok. 90 zł brutto w zależności od ilości pracowników, im mniej pracowników tym wyższa cena, natomiast wg rankingu link: <https://kb.pl/cenniki/obsługa-kadrowo-placowa/> od 79,87 - 114,88 zł brutto. W przedmiotowym postępowaniu do obsługi kadrowo-płacowej należy przyjąć min. 21 etatów (44.200 rbg-844 rbg dot. wzmocnienia= 43.356 rbg/168 rbg miesięcznie/12 miesięcy=21,51 etatu. Wg powyższego rankingu w Wejherowie koszt kształtuje się w wysokości brutto 82,60 zł. Jednak przyjmując założenie, że koszt wynosi 50 zł brutto na jednego pracownika za 1 miesiąc – wyliczona kwota to 1.050,00 zł brutto, czyli 50 zł brutto x 21 osób/etatów (zaniżając liczbę etatów).*

Dalej jednak mamy jeszcze do czynienia z kosztami dojazdów, kontroli i wynagrodzenia koordynatora. Koordynator w miejscu realizacji zamówienia jest nawet 2-3 razy w tygodniu, co wynika z dotychczasowej realizacji zamówienia.

Dodatkowo w przypadku nieobecności pracownika ochrony Koordynator zastępuje go, co także wynika z harmonogramów stanowiących załącznik do n/stanowiska, czyli występuje dodatkowo wynagrodzenie za świadczenie usługi ochrony dla koordynatora oprócz wynagrodzenia za koordynację i nadzór.

Przyjmując, że koordynator nadzorowałby realizację usługi tylko 2 razy w tygodniu, w sumie jest to obecność w liczbie 8. Jeśli przyjąć wynagrodzenie za 1 pobyt w kwocie minimalnej 50 zł, to w sumie jest to 400 zł. Z realizacji dotychczasowej zamówienia koordynator bywa nawet 3 razy w tygodniu, co zwiększa przedmiotowe koszty nadzoru.

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu odpowiedzi na odwołanie, zamawiający na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą nie utrzymywał już, że wykonawca w ogóle nie ujął w cenie oferty kosztów nadzoru, ale że założona wysokość tych kosztów była zbyt niska. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego próżno było szukać tak sformułowanej podstawy faktycznej odrzucenia tej oferty. Czym innym jest twierdzenie, że kosztów w kalkulacji w ogóle nie ujęto, a czym innym jest utrzymywanie, że koszty te wprawdzie ujęto w kalkulacji, ale są one niedoszacowane z jakichś przyczyn. Podkreślenia wymagało, że zamawiający nie może rozszerzać podstaw faktycznych czynności odrzucenia oferty wykonawcy na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, po wniesieniu odwołania.

Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex,

który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Zgodnie z przepisem art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W odwołaniu odwołujący zakwestionował podstawę faktyczną odrzucenia swej oferty, zgodnie z którą w kalkulacji kosztów pominięto koszty nadzoru. Z takim ustaleniem zamawiającego odwołujący polemizował w odwołaniu wskazując miejsce w kalkulacji, gdzie taki koszt ujawniono. Wobec powyższego Izba w wyroku mogła rozstrzygać tylko w przedmiocie tak opisanego zarzutu odwołania, który okazał się trafny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że niezasadne okazały się zarzuty odwołania w części dotyczącej podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieprawidłowego ustalenia kosztów absencji pracowników wynikających ze zwolnień spowodowanych chorobą. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że odwołujący nie uwzględnił kosztów absencji pracowników wynikających ze zwolnień spowodowanych chorobą. Nawet jeśli wykonawca deklaruje w swoich wyjaśnieniach, że z jego praktyki wynika, że nie ma potrzeby uwzględniania w kalkulacji kosztów absencji chorobowych - to nie zmienia to faktu, że takie się zdarzają i wykonawca powinien w wyjaśnieniach uwzględnić koszty ponoszone z tego tytułu w wyliczeniach.

Odwołujący, powołując się na złożone przez siebie wyjaśnienia ceny, wskazywał w odwołaniu, że realizuje na rzecz zamawiającego tożsamą usługę od 3 lat. Argumentował, że

na przestrzeni ostatniego roku jego pracownicy nie przebywali na zwolnieniach chorobowych. Powyższe miało zwalniać go od obowiązku kalkulowania w cenie oferty ryzyka poniesienia spornego kosztu.

Zdaniem Izby rację ma zamawiający utrzymując, że nawet jeśli w ciągu ostatniego roku pracownicy odwołującego nie przebywali na zwolnieniach lekarskich, to nie ma żadnej pewności, że takie zwolnienia nie pojawią się w kolejnym roku realizacji usługi. Nie ma bowiem żadnego przełożenia pomiędzy stanem zdrowia pracowników w poprzednim roku, a stanem zdrowia w kolejnych latach. Wobec powyższego należało uwzględnić w cenie ofertowej ryzyko poniesienia kosztów wynikających z tego tytułu.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń, że jego pracownicy realizujący usługę na rzecz zamawiającego nie korzystali w ub. r. ze zwolnień lekarskich, nie przedstawił w wyjaśnieniach ceny żadnego dowodu. Dowód taki należało złożyć, gdyż zamawiający w wezwaniach do wyjaśnienia ceny wyraźnie zażądał od wykonawcy złożenia nie tylko wyjaśnień, ale i dowodów na ich poparcie. Co więcej, dowodów takich odwołujący nie przedstawił nawet na etapie postępowania odwoławczego. Tymczasem zamawiający przedstawił Izbie dowód przeciwny przy odpowiedzi na odwołanie. Ze złożonych przez zamawiającego harmonogramów wynikało, że w okresie od listopada 2021 r. do października 2022 r. różni pracownicy odwołującego, realizujący usługę na rzecz zamawiającego, przebywali na zwolnieniach lekarskich przez ponad 200 dni. Izba nie znalazła podstaw aby odmówić wiarygodności dowodowi przedstawionemu przez zamawiającego. Twierdzenia odwołującego przedstawione w wyjaśnieniach ceny i w odwołaniu nie polegały zatem na prawdzie, a co najmniej pozostały gołostowne. Wobec powyższego Izba uznała, że ww. podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się trafna.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że niezasadne okazały się zarzuty odwołania w części dotyczącej podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieujęcia w kalkulacji wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że odwołujący nie uwzględnił *wzrostu kwoty minimalnego wynagrodzenia, które zmienia się co roku i ustalanej w oparciu o prognozowaną na kolejny rok wysokość wzrostu cen (inflacji) oraz - jeśli płaca minimalna jest niższa od połowy wysokości średniej krajowej - również o dwie trzecie realnego wzrostu gospodarczego. Wykonawca przyjął stawkę wynagrodzenia zarówno na rok 2022 i 2023 w kwocie 3.010,00 zł netto bez uwzględnienia zmiany minimalnego wynagrodzenia w roku 2023.*

*W WYJAŚNIENIACH nr 2 / ZMIANA nr 1 z dnia 17.08.2022 r. na pytanie nr 12 o treści:
<Proszę o potwierdzenie, iż Wykonawca składa ofertę uwzględniając koszty pracy obowiązujące w dniu składania ofert.>*

Zamawiający udzielił odpowiedzi: <Wykonawca składając ofertę uwzględnia koszty pracy w okresie terminu realizacji umowy 12 miesięcy, zgodnie z zapisami swz.>

Co oznacza, że na rok 2023 wykonawca do szacunku winien przyjąć zwiększoną kwotę wynagrodzenia netto, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdził przyjęcie stawki na poziomie roku 2022 bez wzrostu wynagrodzenia;

Izba stwierdziła, że okres realizacji zamówienia obejmował 12 kolejnych miesięcy liczonych od 12 listopada 2022 r. (pkt VIII. SWZ). Wobec powyższego znaczna część tego okresu przypadała na rok 2023. Jednocześnie zamawiający w szeregu odpowiedzi na pytania wykonawców wyraźnie odpowiadał, że nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z powodu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023. Również projekt umowy, stanowiący załącznik do SWZ, nie zawierał klauzul waloryzacyjnych w tym zakresie. Taka treść odpowiedzi na pytania oznaczała, że prawidłowym działaniem wykonawców przy kalkulacji ceny ofertowej powinno być uwzględnienie ryzyka wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023, w którym realizowana będzie usługa w swej znaczącej części.

Jak wynikało z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952), wysokość minimalnego wynagrodzenia wzrosła z 3.010 r. w b.r. do 3.490 zł w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2023 r. i do 3.600 zł od 1 lipca 2023 r. Owszem, rozporządzenie to nie obowiązywało jeszcze w dniu upływu terminu składania ofert (23 sierpnia 2022 r.), jednakże w dacie ofertowania istniały prognozy dotyczące tego, że minimalne wynagrodzenie za pracę w 2023 r. wzrośnie do 3.383 zł od stycznia 2023 r. i 3.450 zł od lipca 2023 r. Jak słusznie wskazywał przystępujący w trakcie rozprawy, już 7 czerwca 2022 r. Rada Ministrów zaproponowała stawki podwyższonego minimalnego wynagrodzenia za pracę za rok 2023. Dnia 15 czerwca 2022 r. propozycja Rady Ministrów została przedstawiona Radzie Społecznej przy Radzie Ministrów.

Niezależnie jednak od tego notoryjnym faktem jest, że minimalne wynagrodzenie za pracę w Polsce corocznie wzrastało. Jak trafnie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie:

- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2022 roku to 3.010 zł brutto i wysokość minimalnej stawki godzinowej 19,70 zł brutto,

- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2021 roku to 2800 zł brutto i wysokość minimalnej stawki godzinowej do 18,30 zł brutto,
- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2020 roku to 2.600 zł brutto i wysokość minimalnej stawki godzinowej do 17 zł brutto,
- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2019 roku to 2.250 zł brutto i wysokość minimalnej stawki godzinowej do 14,70 zł brutto,
- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2018 roku to 2100 zł brutto i minimalna stawka godzinowa 13,70 zł brutto,
- wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2017 roku to 2000 zł i minimalna stawka godzinowa 13,00 zł brutto.

Wobec powyższego, a także wobec faktu rosnącej inflacji, brak było jakichkolwiek podstaw do przyjmowania, że wynagrodzenie minimalne za pracę zostanie utrzymane na poziomie obowiązującym w 2022 r. Tymczasem, jak wynikało z kalkulacji załączonej przez odwołującego do jego wyjaśnień ceny, przy obliczaniu ceny oferty uwzględnił on w całym okresie relacji usługi kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 3010 zł, a więc obowiązującą w roku 2022 r. Odwołujący nietrafnie odniósł w odwołaniu, jakoby zamawiający w kierowanych do niego wezwaniach oczekiwał wyjaśnień przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia w wysokości 3010 zł brutto, obowiązującego w dniu składania ofert tj. w 2022 roku. Zdaniem Izby nic takiego nie wynikało z ww. wezwań. Przeciwnie, w wezwaniu zamawiający wyraźnie przypomniał odwołującemu, że wyjaśnienia powinny dotyczyć m.in. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Owszem, zamawiający w wezwaniu wskazał także na marginesie, że *minimalna stawka 1 roboczogodziny to 26,01 zł zgodnie z kalkulatorem kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony na rok 2022 opracowanym przez Polski Związek Ochrony Pracodawców przy uwzględnieniu tylko płacowych kosztów wynagrodzenia pracownika ochrony, bez innych dodatkowych elementów i należnego podatku VAT, które muszą być uwzględniane przy kalkulacji ceny za realizację usługi ochrony*. Zdaniem Izby, ze wzmianki tej, uczynionej - jak sam zamawiający wskazał na marginesie - nie można było wnioskować, że zamawiający oczekuje przedstawienia kalkulacji z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w roku 2022 r. Takie rozumienie wzmianki należało uznać za wyraz nadinterpretacji wezwania przez odwołującego.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że zamawiający rzeczywiście nakazał odwołującemu przedstawienie kalkulacji z uwzględnieniem kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę za rok 2022 r., to nie zwalniało to odwołującego od

przewidzenia w takiej kalkulacji ryzyka wzrostu minimalnego wynagrodzenia w roku 2023 r., zgodnie z odpowiedziami na pytania udzielanymi przez zamawiającego w toku postępowania. To te odpowiedzi, w których zamawiający wyraźnie wskazywał, że nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w roku 2023 stanowić powinny podstawę do kalkulacji ceny ofertowej odwołującego w dniu 23 sierpnia 2023, a więc o wiele wcześniej, niż wystosowane przez zamawiającego wezwania od wyjaśnień ceny. Tymczasem, jak wynikało z kalkulacji załączonej przez odwołującego do wyjaśnień, w ogóle nie przewidział on ryzyka z tytułu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2023. W kalkulacji brak było bowiem takiej pozycji, zaś cała kalkulacja oparta była o stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2022 r. Z pewnością zaś niedoboru w tym zakresie, szacowanym na poziomie co najmniej 50 tysięcy złotych, nie pokryłby zysk wykonawcy szacowany w kalkulacji na kwotę 14.580 zł.

Podkreślenia wymagało także, że odwołujący, nawet w toku postępowania odwoławczego, nie przedstawił zrewidowanej kalkulacji kosztów z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w roku 2023 r. Tymczasem przystępujący załączył do swego pisma procesowego z 2 listopada 2022 r. kalkulację minimalnych kosztów pracy na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. W świetle ww. kalkulatora, cena zaoferowana przez odwołującego nie pozwoliłaby nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zgodnie bowiem z załączonym kalkulatorem koszty pracy wynosiły 1.549.494,33 zł z podatkiem VAT (cena netto z opracowanego kalkulatora wynosiła bowiem 1.259.751,49 zł, przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi).

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że ww. podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się trafna.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty odwołania w części dotyczącej podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieujęcia w kalkulacji kosztów szkoleń oraz kosztów zapewnienia umundurowania dla pracowników odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że wykonawca ten nie uwzględnił *kosztów szkoleń dla pracowników o których mowa w pkt XX ppkt 7 SWZ stanowiącym: <Cena jednostkowa netto oferty musi obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące,*

konieczne do poniesienia przez Wykonawcę z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności uwzględniać wszelkie czynności i usługi związane z prawidłową, terminową realizacją przedmiotu zamówienia, koszty szkoleń dla pracowników bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Zamawiający wskazał też, że odwołujący nie uwzględnił kosztów ubioru pracowników:

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że nie musiał kalkulować w cenie oferty spornych kosztów. Argumentował, że realizuje przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego nieprzerwanie od 2019 r., co zostało podkreślone w udzielanych wyjaśnieniach. Podnosił, że dysponuje personelem, który posiada wszelkie niezbędne szkolenia. Koszty tych szkoleń zostały poniesione przy okazji realizacji poprzednich kontraktów. Ponadto w wyjaśnieniach wskazał, że jego pracownicy są odpowiednio umundurowani oraz wyposażeni. Posiadane wyposażenie oraz umundurowanie są wystarczające do realizacji kolejnej umowy z zamawiającym. Odwołujący wskazał także, że kolejną umowę zamierzał realizować przy pomocy tych samych pracowników.

W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, że jest w stanie przychylić się do argumentacji odwołującego przedstawionej w odwołaniu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że omawiane podstawy faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego okazały się nietrafne.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty odwołania w części dotyczącej podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieuwjęcia w kalkulacji wzrostu wynagrodzenia podwykonawcy w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że wykonawca nie uwzględnił *wzrostu wynagrodzenia w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej, wykonawca wskazał że będzie korzystał z podwykonawcy i wskazał koszt wg faktury z lipca 2022 r.; ważnym czynnikiem, który ma wpływ na podniesienie ceny w branży, jest wzrost minimalnego wynagrodzenia, która to sytuacja ma bezpośredni wpływ na wzrost kosztów usług w branży ochronnym, rośnie również minimalna stawka godzinowa stosowana w umowach cywilnoprawnych. Podwyżki minimalnej płacy to niejedyny czynnik, który wpłynie na podwyżkę ceny usługi w przyszłym roku. Na gigantyczne skoki cenowe wpływa inflacja, podwyżki cen prądu, cen gazu i paliw, które przekładają się na ceny usługi.*

Zdaniem Izby dowód przedstawiony przez odwołującego przy wyjaśnieniach ceny dostatecznie wykazywał prawidłowość kalkulacji kosztów w zakresie wsparcia grup interwencyjnych. Dowodem tym okazała się faktura za wykonaną usługę wsparcia grup interwencyjnych wystawiona przez podwykonawcę odwołującego w miesiącu lipcu 2022 r.

Według Izby, brak było dostatecznych podstaw do przypuszczania, że koszt tej usługi wzrośnie. Zamawiający nie twierdził, że stawki z faktury są wyjątkowo niskie, usprawiedliwiające przypuszczenie, iż będą musiały zostać podniesione. Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymagało, że odwołujący załączył do odwołania ofertę drugiego usługodawcy ze stawkami nawet niższymi od stawek swego podwykonawcy. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za zasadny.

Następnie Izba stwierdziła, że niezasadne okazały się zarzuty odwołania w części dotyczącej podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieujęcia w cenie ofertowej kosztów zapewnienia urlopów pracowników odwołującego w wymiarze 26 dni. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że wykonawca nie uwzględnił *zapewnienia urlopu w ilości 26 dni zamiast 24; realizacja usługi zaczyna i kończy się w trakcie miesiąca kalendarzowego, przez co obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnienie urlopu za okres 12 miesięcy. Pracodawca nie może zmusić pracownika do pójścia na urlop wypoczynkowy w dowolnie wybranym przez wykonawcę czasie. Pracodawca może sugerować pracownikowi wykorzystanie urlopu wypoczynkowego w roku, w którym nabył do niego prawo, jednak nie może zmusić do tego pracownika, bowiem ten ma prawo odmówić wykorzystania urlopu. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której pracodawca ustala pracownikowi termin urlopu zupełnie dowolnie i wbrew jego woli.*

Odwołujący podniósł w swych wyjaśnieniach ceny i w ślad za nimi w odwołaniu, że jego pracownicy dotychczas realizujący usługę na rzecz zamawiającego zobowiązali się do wykorzystania całości przysługujących im urlopów za 2022 r. w okresie do 12 listopada 2022 r., a więc przed rozpoczęciem świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Wobec powyższego utrzymywał, że miał prawo skalkulować koszt zapewnienia urlopów pracowników w wymiarze jedynie 24 dni.

Zdaniem Izby argumentacja zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego okazała się trafna. Skoro zamawiana usługa miała trwać 12 miesięcy, to obowiązkiem wykonawcy było zapewnienie urlopów pracownikom za okres 12 miesięcy, a więc w wymiarze 26 dni. Odwołujący jako pracodawca nie miał prawa domagać się od swych pracowników wykorzystania urlopów w określonym przez siebie czasie. Niezależnie od wątpliwości co do takiego postępowania pracodawcy, Izba dodatkowo stwierdziła, że odwołujący przy wyjaśnieniach ceny nie przedstawił zamawiającemu żadnego dowodu na okoliczność, że jego pracownicy realizujący usługę na rzecz zamawiającego, zobowiązali się do wykorzystania urlopu za 2022 r. w terminie do dnia 12 listopada 2022 r. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie pozostały zatem gołosłowne. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za niezasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: