

Sygn. akt: KIO 3378/22

WYROK
z dnia 4 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Krośnieński Holding Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej – Krośnieński Holding Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3378/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Krośnieński Holding Komunalny Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa czynności segregacji ręcznej odpadów komunalnych”, nr ref. DZ-2300-20/RCO/2022. Ogłoszenie nr 2022/S 182-515257 z dnia 21.09.2022 r.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Specjał Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, tj.:

I. wyboru oferty wykonawcy SOTER OCHRONA Sp. z o.o. z/s w Kolbuszowej („SOTER”),
II. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SOTER, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty SOTER, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

2. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SOTER, w sytuacji, gdy wykonawca skalkulował swoją ofertę niezgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SOTER, w sytuacji gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, iż jest to oferta niezgodna z warunkami zamówienia.

4. a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

i na podstawie powyższych zarzutów wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu,

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

- odrzucenia oferty wykonawcy SOTER.

Odwołujący został sklasyfikowany na 2 miejscu. Naruszenia, których dopuścił się Zamawiający skutkują tym, że Odwołujący może ponieść szkodę m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Uzasadnienie

Wskutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania o sygn. akt KIO 3043/22, Zamawiający wezwał SOTER do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując w treści wezwania m.in., że zaoferowana 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 (wezwanie z dnia 28.11.2022 r.).

Zamawiający wskazał, że SOTER zaoferował cenę w wysokości identycznej jak w przetargu z 2021 r. w wysokości 21,68 zł oraz wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę czynniki określone w art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

Pismem z 5 grudnia 2022 r. SOTER złożył wyjaśnienia, w tym w formie tabel. Zamawiający zaakceptował złożone wyjaśnienia i 9 grudnia 2022 r. wybrał ofertę SOTER.

Zamawiający akceptując wyjaśnienia SOTER i dokonując wyboru oferty tego wykonawcy naruszył art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Wykonawca SOTER złożonymi wyjaśnieniami oraz dowodami nie uzasadnił podanej w ofercie stawki 21,68 zł netto / 1h, ergo nie uzasadnił zaoferowanej ceny 1.911.308,80 zł netto (2.350.909.82 zł brutto). Składając wyjaśnienia, którymi SOTER nie uzasadnił ww. stawki oraz ceny, wykonawca SOTER nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W konsekwencji Zamawiający winien odrzucić ofertę.

W niniejszym przypadku wykonawca SOTER złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniają stawki 21,68 zł netto / 1h, ergo nie uzasadniają zaoferowanej ceny

Odwołujący wskazał:

- błędne wyliczenia w zakresie kosztów urlopu (poz. 9 Tabeli przedstawiającej wyliczenie).

SOTER przyjął do wyliczenia ceny, koszt urlopu na poziomie 13,84%, podając w konsekwencji wartość 390,33 zł (poz. 9 Tabeli). Podana kwota 390,33 zł jest zaniżona i błędna. Z treści tabeli nie wynika, od jakiej wartości została wyliczona. Zamawiający powinien móc z nich wyczytać wysokość kosztu, która stanowiła podstawę do wyliczenia 13,84% kosztu urlopu.

Przyjęta do wyliczenia stawki godzinowej kwota 390,33 zł nie stanowi bowiem 13,84% żadnej z wcześniej podanych wartości. Nie jest to w szczególności kwota, która ustalona zostałaby z uwzględnieniem wynagrodzenia i innych świadczeń ze stosunku pracy.

W myśl art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 573) osobie zaliczonej m.in. do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym.

Zgodnie z art. 172 Kp, za czas urlopu pracownikowi przysługuje wynagrodzenie, jakie by otrzymał, gdyby w tym czasie pracował.

Przyjęcie przez SOTER kosztu urlopu w wysokości 390,33 zł pokazuje, że koszt ten został zaniżony. Dochowując zgodności z zasadami liczenia kosztów urlopu nie da się „wyjść” na tak niską kwotę. Przyjmując bowiem, że:

- średni koszt minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. wynosi 3 545,00 zł (poz. 3 Tabeli), oraz

- uwzględniając koszty ZUS na poziomie 19,74% (poz. 4 Tabeli), koszt urlopu wynosi 587,48 zł (3545 zł + 699,78 zł = 4 244,78 zł x koszt urlopu 13,84% = 587,48 zł), a nie jak podał to SOTER 390,33 zł. Różnica wynosi aż 197,15 zł na jednego pracownika.

Po to, by sztucznie wyjść na stawkę 21,68 zł netto / 1h, koszt urlopu został więc zaniżony w sposób nieprzewidziany przepisami prawa i policzony w błędnej wysokości 390,33 zł. Jak wskazano wcześniej w złożonej Tabeli nie ma logiki arytmetycznej i z treści tej Tabeli nie wynika skąd w ogóle wzięła się kwota 390,33 zł.

▪ brak uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów pracy W § 3 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, obowiązek przestrzegania przepisów bhp, o których mowa w art. 211 kp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów przy wykonywaniu niniejszej umowy osobistą odpowiedzialność ponosi Sprzedający”. Należało więc uwzględnić m.in. obowiązki wynikające z rozporządzenia, które określa m.in. obowiązek zapewnienia napojów w ilości zaspakajającej potrzeby pracowników oraz, że napoje powinny być dostępne w ciągu całej zmiany (§ 4 ust. 2 rozporządzenia).

Koszt profilaktycznych napojów w ogóle nie został uwzględniony w kalkulacji oferty.

Koszty profilaktycznych napojów – przy uwzględnieniu, że w 2023 r. liczba dni roboczych wynosi 250, bez sobót, oraz przy uwzględnieniu 44 pracowników podanych przez SOTER, oraz przy uwzględnieniu zmian roboczych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia – mogą wynieść co najmniej 11.000,00 zł (przy bardzo optymistycznym założeniu, że koszt napojów dziennie na 1 pracownika to tylko 1 zł, wskazana kwota 11.000,00 zł wynika z przemnożenia ww. danych, tj.: $250 \times 44 \times 1,00\text{zł} = 11\ 000,00\ \text{zł}$). Przeliczając to z kolei na wysokość stawki godzinowej, koszt profilaktycznych napojów podwyższa tę stawkę o co najmniej 0,12 zł za godzinę ($11.000,00\ \text{zł} : 88160 = 0,12\ \text{zł}$).

Samo zaniżenie kosztów urlopu skutkuje tym, że przy zastosowaniu prawidłowej kalkulacji kosztów urlopu stawka jednostkowa zwiększa się do poziomu 22,86 zł netto / 1h, a gdy uwzględni się jeszcze pominięte w wycenie koszty napojów profilaktycznych stawka ta zwiększa się dalej do poziomu 22,98 zł netto / 1h. Przy uwzględnieniu przewidzianej ilości godzin (88 160) daje to kwotę 2.025.916,80 zł netto (2 491 877,66 zł brutto).

Powyższe pokazuje, że same braki i błędy w zakresie kosztów urlopu oraz kosztów napojów nie uzasadniają podanej w ofercie stawki godzinowej 21,68 zł netto, ergo nie uzasadniają zaoferowanej ceny 1.911.308,80 zł netto. Zamawiający już na tej podstawie winien był uznać, że złożone wyjaśnienia nie są rzetelne i wyczerpujące, że wykonawca SOTER nie sprostał ciężarowi dowodowemu, nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż złożonymi wyjaśnieniami i dowodami nie uzasadnił podanej w ofercie ceny. Winien tym samym zastosować art. 224 ust. 6 ustawy PZP, czego zaniechał.

W dodatku analiza wyjaśnień SOTER wskazuje na kolejne kwestie świadczące zarówno za zarzutem z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, jak również za pozostałymi zarzutami odwołania. ***

O braku realności zaoferowanej ceny oraz złożeniu wyjaśnień i dowodów, które nie uzasadniły podanej w ofercie stawki 21,68 zł netto / 1h, a w rezultacie nie uzasadniły podanej ceny 1.911.308,80 zł netto, świadczą także kolejne kwestie, które jednocześnie uzasadniają zarzut, iż oferta SOTER jest niezgodna z przepisami ustawy PZP, nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz, że została skalkulowana niezgodnie z warunkami zamówienia. I tak:

- Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że SOTER do realizacji zamówienia skieruje 44 niewykwalifikowanych pracowników fizycznych.

Średniomiesięczna ilość pracy w 2023 r. to – jak podało SOTER – 166,67 godzin miesięcznie. Pomnożenie tej wartości przez liczbę pracowników oraz liczbę miesięcy daje wynik 88 001,76 godzin ($166,67 \times 44 = 7333,48 \times 12 = 88001,76$).

Zamawiający przewidział w SWZ szacowaną liczbę godzin na poziomie 88 160. Z wyjaśnień przedstawionych przez SOTER wynika więc, że wykonawca ten nie uwzględnił w kosztach ok. 158 godzin, co jest kolejną okolicznością pokazującą niewiarygodność zaoferowanej stawki 21,68 zł.

Ponadto, skalkulowanie oferty na mniejszą, niż wymagana w SWZ, ilość godzin, świadczy o niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia, tak samo zresztą jak skalkulowanie oferty bez uwzględnienia przewidzianych w dokumentacji zamówienia kosztów wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów.

- Przyjęta do realizacji ilość pracowników prowadzi do wniosku, że SOTER skalkulowało swoją ofertę przy założeniu, że każdy z 44 pracowników niepełnosprawnych będzie pracował w 8 godzinnym systemie pracy ($44 \text{ pracowników} \times 8 \text{ godzin} \text{ dziennie} \times 250 \text{ dni} \text{ pracujących w 2023 r.} = 88\ 000$).

Z podanych w Tabeli 1 Pomoc publiczna, kwot dofinansowania wynika, że SOTER zamierza całość zamówienia wykonywać osobami niepełnosprawnymi, którym orzeczono chorobę psychiczną (02-P), upośledzenie umysłowe (01-U), całościowe zaburzenia rozwojowe (12-C) lub epilepsję (06-E) oraz niewidomych w stopniu znacznym i umiarkowanym (04-O).

Zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 573), czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Jednocześnie w art. 16 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy przewidziano możliwość odstępstwa od tej zasady, gdy na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz prowadzący badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę.

Ze złożonej przez SOTER Tabeli 1 Pomoc publiczna wynika, że osoby podpadające pod art. 15 ust. 2 ww. ustawy stanowią większość osób, jakie mają być dedykowane do realizacji tego zamówienia (4 osoby z II stopień niepełnosprawności oraz 38 osoby z II specjalnym stopniem niepełnosprawności, a więc 42 osoby na łączną ilość 44).

Wykonawca SOTER w żaden sposób nie wyjaśnił jednak ani nie udowodnił, że osoby, którymi dysponuje i zamierza dedykować do wykonania zamówienia posiadają zgody właściwego lekarza oraz, że w ogóle wystąpiły do SOTER z wnioskiem o dłuższy czas pracy. Jeżeli natomiast SOTER przyjął, że do realizacji zamówienia będzie dopiero zatrudniał osoby niepełnosprawne o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, to kalkulacja oparta na 8 godzinnym systemie pracy jest czystą spekulacją, a nie wyliczeniem opartym na faktach. SOTER nie ma bowiem żadnej pewności, że osoby, które zatrudni uzyskają zgodę właściwego lekarza, ani nie ma żadnej pewności, że będą chciały wystąpić z wnioskiem o dłuższy czas pracy.

Nie mając takiej wiedzy i pewności SOTER nie miał więc podstaw do kalkulowania stawki przy założeniu 8 godzinnego systemu pracy dla każdej z 42 osób. W każdym razie w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił Zamawiającemu żadnych informacji, które tłumaczyłyby, na jakiej podstawie przyjęto, że każda osoba niepełnosprawna będzie pracowała dłużej niż wynika to z art. 15 ust. 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych.

Brak tych wyjaśnień nakazuje wniosek, że SOTER skalkulowało ofertę wbrew zasadzie przewidzianej w art. 15 ust. 2 ww. ustawy. Zamawiający otrzymując od SOTER wyjaśnienia nie ma bowiem żadnego uzasadnienia, które wykazywałoby prawo SOTER do skalkulowania oferty przy założeniu 8 godzinnego systemu pracy dla każdej osoby niepełnosprawnej.

Powyższe umacnia także zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Brak wykazania złożonymi wyjaśnieniami prawa do zastosowania 8 godzinnego systemu pracy dla 42 osób niepełnosprawnych, skutkuje bowiem tym, że SOTER nie przedstawił wyjaśnień, które uzasadniałyby podaną stawkę 21,68 zł netto.

Brak uwzględnienia obowiązkowych kosztów profilaktycznych napojów, brak wykazania zgodności wyliczeń SOTER z przepisami ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz z przepisami dotyczącymi wynagrodzenia za urlop, wskazuje, że oferta SOTER powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, ewentualnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Skalkulowanie oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP wymaga zachowania zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Oferta SOTER narusza te przepisy ergo narusza wymagania

wynikające z art. 224 ust. 3 pkt 4 lub pkt 6 ustawy PZP. Jest więc ofertą niezgodną z przepisami ustawy.

Odrzucenie oferty skalkulowanej niezgodnie z wymaganiami dotyczącymi kosztów pracy, jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy potwierdza orzecznictwo Izby, przykładowo wyrok KIO z 24.08.2020 r., sygn. akt KIO 1742/20, w którym Izba wskazała, że ustalenie wynagrodzenia niezgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę „należy uznać za niezgodne także z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

Analogicznie kwalifikacja ta jest uzasadniona, gdy oferta narusza inne przepisy dotyczące kosztów pracy, tym bardziej, że art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP odwołuje się do „przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie”, a art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy PZP stanowi o „zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego”. W zakres tych przepisów wchodzi powołane powyżej przepisy Kodeksu pracy, ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz przepisy rozporządzenia w sprawie zasad udzielania urlopu wypoczynkowego, ustalania i wypłacania wynagrodzenia za czas urlopu oraz ekwiwalentu pieniężnego.

Ewentualnie, oferta skalkulowana w sposób niezgodny z przepisami ww. aktów prawnych powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Analiza wyjaśnień SOTER wskazuje, że oferta została skalkulowana z obejściem ww. przepisów, stąd też taka oferta winna zostać uznana za nieważną i podlegającą odrzuceniu.

Wszystkie powyższe okoliczności winny były skłonić Zamawiającego do uznania, że oferta SOTER podlega odrzuceniu. Zaniechanie Zamawiającego i wybór oferty tego wykonawcy prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Mając powyższe na uwadze, wnosi jak na wstępie.

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Krośnieński Holding Komunalny Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego, otrzymane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wiarygodne, rzetelne, poparte dowodami, a w szczególności uzasadniają cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca ten wykonywał na zlecenie Zamawiającego tożsame zamówienie w 2021 r. więc zna realia tej usługi i należy przyjąć, iż potrafił ją rzetelnie wycenić – czego dowodem są wyjaśnienia jako kompletne i odnoszą się do każdego aspektu świadczonych usług.

Istotnym elementem wyjaśnień była kalkulacja cenowa w formie zestawienia tabelarycznego składającego się z tabeli głównej pn. „TABELA wyliczenia zaproponowanej ceny” oraz tabel

szczegółowych do tabeli głównej. Jest to całościowa kalkulacja kosztów uwzględniająca wszystkie składowe wyceny, w tym:

- koszty osobowe: miesięczny koszt pracownika uwzględniający pomoc publiczną, koszt urlopu, koszt zastępstwa chorobowego, koszty nadzoru bezpośredniego kierownika grup usługowych na 1 etat, koszty: BHP, kadrowo – płacowe, szkolenia, dezynfekcja na 1 etat, koszty zarządu na 1 etat, koszty pozapłacowe na 1 etat, - rezerwę, - marżę.

Wraz z TABELĄ wyliczenia zaproponowanej ceny zostało złożonych 5 tabel ujawniających szczegóły TABELI: Tabela nr 1 – POMOC PUBLICZNA, Tabela nr 2 – ODZIEŻ OCHRONNA, Tabela nr 3 – ŚRODKI HIGIENY OSOBISTEJ, Tabela nr 4 - OCHRONA INDYWIDUALNA, Tabela nr 5 – WYPOSAŻENIE.

W szczególności w Tabeli nr 1 „POMOC PUBLICZNA” przedstawiono dokładną liczbę osób niepełnosprawnych, jaką wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, ich stopień niepełnosprawności oraz założoną w związku z tym wysokość pomocy publicznej. Wartość dofinansowania średnio na 1 etat w skali miesiąca podana w Tabeli nr 1 tj. 1 970,45 zł - odpowiada kwocie podanej w poz. 7 TABELI wyliczenia zaproponowanej ceny.

Wraz z wyjaśnieniami złożono również inne dowody w postaci: oferty cenowej dotyczącej wynajmu kontenerów, zestawienia linków ofert cenowych dotyczących przykładowego wyposażenia pracowników wskazanych przez Zamawiającego, w podziale na kategorie.

W wyjaśnieniach wykonawca SOTER powołał się na fakt, że w okresie od lipca do grudnia 2021 roku realizował usługę i posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie, co jest okolicznością umożliwiającą sprawną realizację zamówienia. Powyższe uwiarygadnia kalkulację. Wyjaśnienia ze szczegółowymi kalkulacjami i dowodami potwierdzają, że cena ma charakter realny i odpowiada wszystkim wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Wyjaśnienia Przystępującego charakteryzuje kompletność, przejawiająca się zwłaszcza wykazaniem w sposób wymierny i konkretny składowych ceny oraz odniesieniem się do każdego elementu świadczonych usług. Należy również uwzględnić, że wyjaśnienia były adekwatne do treści wezwania Zamawiającego, które miało charakter ustawowy.

Różnica poziomu świadczenia usług pomiędzy Przystępującym SOTER a Odwołującym nie ma charakteru rażącego. Cena całkowita brutto oferty SOTER to 2.350.909,82 złotych brutto, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 494 046,40 zł brutto, a cena całkowita oferty Odwołującego to 2.648.026,66 złotych brutto. Ceny obu złożonych ofert mają charakter zbliżony. Cena całkowita oferty SOTER jest niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o ok. 5,7%, od średniej arytmetycznej cen obu ofert o ok. 5,9%, oraz od ceny całkowitej oferty Odwołującego o ok. 11,2%. Różnica poziomu wyceny usług pomiędzy wykonawcą SOTER a Odwołującym może być wynikiem różnicy założonego poziomu zysku, względnie – dofinansowania z PFRON. Różnica może w szczególności wynikać z istotnego czynnika, jakim jest pomoc publiczna uzyskiwana przez wykonawcę

SOTER, który zatrudnia osoby niepełnosprawne, obniżając w ten sposób koszty pracy. Obie złożone oferty można uznać za nieodbiegające od siebie w sposób rażący, jeśli chodzi o stawki na usługi czynności segregacji ręcznej odpadów komunalnych.

Odnosząc się do zarzutów:

I. Zarzut błędnego wyliczenia w zakresie kosztów urlopu.

Jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie z dnia 30.12.2022r., Odwołujący oparł swoją argumentację na błędnym założeniu, że zastępstwo za osobę niepełnosprawną – będzie świadczone przez osobę pełnosprawną. Założenie takie nie dość że jest pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych (Odwołujący nie może mieć wiedzy w tym zakresie), to jeszcze jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego – oczywistym wydaje się zastąpienie osoby niepełnosprawnej inną osobą niepełnosprawną ponieważ pozwala to wykonawcy na istotne oszczędności (za okres, w którym wykonawca zatrudnia pracownika na zastępstwo za pracownika przebywającego na urlopie również przysługuje pomoc publiczna w postaci dofinansowania do wynagrodzeń z PFRON).

Konstrukcja odwołującego jest następująca:

Odwołujący przyjmuje jako podstawę obliczenia wartości zastępstwa na czas urlopu wynagrodzenie osoby nie posiadającej statusu niepełnosprawności, tj. bez dofinansowania z PFRON. Świadczy o tym wysokość wynagrodzenia jakie przyjmuje do obliczenia wartości urlopu: - średni koszt minimalnego wynagrodzenia w 2023 r. - 3 545,00 zł + dodatkowo dodaje koszty ZUS 699,78 zł – wskazuje wartość 4 244,78 zł.

Tymczasem już w tym miejscu powinien uwzględnić Pomoc publiczną (1970,45 zł) – i odjąć ją od przyjętej wartości, gdyż na zastępstwo każdego pracownika niepełnosprawnego przystępujący będzie mógł przewidzieć osobę o takim samym statusie).

Czyli – odwołujący nie powinien przyjmować zawyżonej stawki (4 244,78 zł) – tylko stawkę: 4244,78zł – 1970,45 zł = 2274,33 zł

Odwołujący przyjął, iż wszyscy zatrudnieni pracownicy będą mieli prawo do dodatkowego 10 – dniowego urlopu. Tymczasem, jak wynika z Tabeli nr 1 dołączonej do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2022r. Przystępujący przewiduje do wykonania zamówienia: – 4 pracowników z II stopniem niepełnosprawności, – 38 pracowników z II stopniem niepełnosprawności – specjalnym, – 2 pracowników z III stopniem niepełnosprawności – specjalnym.

Wyłącznie pracownikom z II grupą niepełnosprawności przysługuje urlop w wymiarze 36 dni w skali roku, dla pozostałych pracowników urlop będzie wynosił 26 dni w skali roku.

Jak wyżej wykazano, podstawą do wyliczenia zastępstwa urlopowego powinna być kwota 2327,51 zł. Uwzględniając w stosunku do niej najwyższy wymiar urlopu – tj. 14,4% wynikający z zastosowania 36 dni urlopu rocznie / 250 dni pracujących – można przyjąć wartość 335,16 zł zastępstwa urlopowego – a więc wartość nawet niższą niż podane przez Przystępującego 390,33 zł.

Wartość 13,84% przyjęta przez Przystępującego – wskazuje na uwzględnienie mieszanej ilości pracowników mających prawo do 26 i 36 dni urlopu (w zależności od statusu niepełnosprawności i stopnia niepełnosprawności). Przyjmując wartość 390,33 zł w zakresie obliczenia urlopu – Wykonawca Soter uwzględnił różne możliwości znajdowania zastępstw dla pracowników o statusie niepełnosprawności – zarówno osoby takie same, jak również – osoby o innym stopniu niepełnosprawności lub nawet osoby zdrowe.

Powyższe opisane błędne założenia Odwołującego powodują, iż kalkulacja przedstawiona w odwołaniu nie jest adekwatna, należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał nierealności ceny. Dane przedstawiane przez Odwołującego są przedstawiane wybiórczo i w sposób wewnętrznie sprzeczny - pomimo, że przyjął wartość urlopu osoby nie posiadającej stopnia niepełnosprawności, to jednak liczbę dni urlopu oblicza dla osoby o stopniu niepełnosprawności.

W piśmie z dnia 30.12.2022r. wykonawca szczegółowo przedstawił metodologię wyliczenia kosztów urlopu. Zamawiający przyjmuje ją jako kompletną i wiarygodną, jednakże w ocenie Zamawiającego nie jest ona niezbędna do potwierdzenia realności ceny – wystarczające w tym zakresie są wyjaśnienia złożone w dniu 5 grudnia 2022 r.

II. Zarzut brak uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów pracy – posiłków i napojów.

Odwołujący formułując zarzut, wskazał ogólnie na rozporządzenie w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów nie wskazując na konkretną podstawę prawną.

Ponieważ Zamawiający zleca podmiotom zewnętrznym wyłącznie część prac związanych z sortowaniem odpadów, a część tych prac wykonują pracownicy Zamawiającego, zlecono pomiar efektywnego wydatku energetycznego dla pracowników sortowni. Pomiar ten, wykonany przez Stację Sanitarno – Epidemiologiczną w Krośnie ustalił wydatek energetyczny pracownika sortowni na poziomie 1245,5 kcal – 1270 kcal (w zależności od zmiany) co kwalifikuje pracę na stanowisku Pracownik Sortownik jako pracę średnio-ciężką, co nie obliguje pracodawcy do dostarczania pracownikom posiłków ani napojów. Dowód: 2x sprawozdanie z badań

Badania pod kątem wydatku energetycznego odnosiły się do zadań pracowników sortowni zatrudnionych u Zamawiającego, wykonujących dodatkowo czynności o znacznym wysiłku energetycznym, tj. praca przy koszeniu trawy, dozowanie wapna co powodowało zwiększenie wydatku energetycznego. Pracownicy dokonujący wyłącznie ręcznej segregacji odpadów na linii sortowniczej (zapewniani przez Wykonawcę), wykonują czynności znacznie lżejsze, o znacznie mniejszym niż wskazane w badaniu wydatku energetycznym.

Zamawiający ponadto popiera w pełnym zakresie stanowisko wybranego wykonawcy w tej kwestii wyrażone w piśmie z dnia 30.12.2022 r. przekazanym Izbie oraz stronom i traktuje je jak własne.

III. Zarzut dotyczący maksymalnej szacowanej liczby godzin świadczenia usług.

Zamawiający podkreśla, iż przewidziana w SWZ liczba godzin świadczenia usługi w wysokości 88 160 h była wartością maks., o czym świadczy Formularz Ofertowy, w którym stwierdzono: „c. w czasie trwania umowy szacowana liczba godz. do wykonania wynosi max 88 160 h.” Wynagrodzenie Wykonawcy przewidziane projektowanymi postanowieniami umowy (§ 4 ust. 2) ustalane będzie na podstawie rzeczywiście przepracowanych godzin:

„Podstawą zapłaty wynagrodzenia będą wystawiane przez Sprzedającego i zaakceptowane przez Nabywcę faktury za okresy miesięczne, zgodnie z rzeczywistym czasem świadczenia usług, do których to faktur Sprzedający dołączy zaakceptowany przez Nabywcę dokument wskazujący liczbę godzin świadczonej usługi w danym miesiącu kalendarzowym.”

Liczba realnych godzin pracy w roku 2023 to 2000 h, podzielenie ich na okres 12 mcy daje średniomiesięcznie 166,67 h. Pomnożenie tej wartości przez liczbę pracowników oraz liczbę m-cy daje 88 001,76 h. Działanie jest prawidłowe, a założenia są zgodne z SWZ.

IV Zarzut dotyczący maksymalnej liczby godzin pracy pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością.

Odwołujący opiera swój zarzut na zapisach ustawy, które przewidują 7 godzinny dzień pracy dla pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością. Jak jednak wynika z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy – przepisu ustanawiającego 7-godzinny dzień pracy nie stosuje się, gdy lekarz przeprowadzający badania wyrazi na to zgodę.

Ci sami pracownicy, ponownie z wybranym wykonawcą jako pracodawcą będą wykonywać pracę w roku 2023, nie ma więc podstaw, aby przyjmować inny niż ośmiogodzinny czas pracy tych osób. Jednoznacznym potwierdzeniem, iż założenia co do czasu pracy pracowników były poprawne, są dowody dołączone do pisma z dnia 30.12.2022 – potwierdzenia możliwości ośmiogodzinnej pracy przez uprawnionych lekarzy.

Nie można również pominąć faktu, iż nawet gdyby wystąpiła konieczność czasowego zastąpienia osoby na taką, która ma możliwość pracy w krótszym wymiarze czasu pracy – Przystępujący uwzględnił w swojej kalkulacji rezerwę, ma również możliwość wykorzystania rezerwy urlopowej co jeszcze mocniej wzmacnia realność i rzetelność kalkulacji cenowej Przystępującego.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli na rozprawie oświadczenia:

Odwołujący wskazał na brak dowodów w wyjaśnieniach złożonych przez wybranego wykonawcę, na realność zaoferowanej stawki na poziomie 21,68 zł netto, będącej podstawą skalkulowania ceny oferty. Zauważył, że tożsama stawka była stosowana w 2021 r. przy znacznej zmianie czynników cenotwórczych i ekonomicznych, jakie nastąpiły w tym okresie, do dnia złożenia oferty i nie ulega zmianie, co nie odpowiada obecnym realiom.

Wykonawca z uwagi na zadeklarowane parametry i znane dane co do pracowników, nie miał podstaw przyjąć jako przeważającego 8-godzinnego systemu czasu pracy. W konsekwencji miało to znaczący wpływ na sporządzone kalkulacje. Stwierdził także, iż wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami. Podał w wątpliwość deklaracje o planowanym wykonywaniu prac, przez osoby uprzednio zatrudnione przez odwołującego. W konsekwencji kwestionuje kalkulację przedstawioną przez Zamawiającego.

Zauważył, że w ogólnej liczbie 88 160 h przewidywanych jako czas świadczenia usługi, z wyliczeń wykonawcy wynika, iż jest niedoszacowanie w wysokości co najmniej 158 h. Wskazał załącznik 2 do specyfikacji z wymagana liczbą godzin, wiążący przy kalkulacji ceny. Z tych zapisów wywodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. Przypomniał za odwołaniem brak skalkulowania kosztów napojów. Składa specyfikację z 2021 r. z zaznaczeniem na str. 4 dot. posiłków profilaktycznych, które tam nie przysługiwały. Z braku takiego zapisu obecnie oraz treści wzoru umowy wnioskuję, że koszty napojów powinny być uwzględnione i skalkulowane w ofercie.

Wskazuje na załączone do odpowiedzi sprawozdanie z badań sanepidu, wskazujących wydatek energetyczny z rozróżnieniem na kobiety i mężczyzn.

Przypomniał, że kalkulacja dotyczy 44 osób, wszystkich objętych pomocą publiczną (tabela nr. 1). Stwierdził, że w tabeli wyliczającej cenę są błędy i niedoszacowania. Wskazał w szczególności poz. 9 z nieznanym wskaźnikiem 13,84%, bez wiedzy co do wielkości bazowej dla tego wskaźnika. Kwota dla tego wskaźnika 390,33 zł nie wynika z innych danych. Z kolei koszt zastępstwa chorobowego 4,5% w pozycji 10, w kwocie 193 zł, jest obliczony jak dla pracownika niekorzystającego z dofinansowania (pozycja 6).

Podkreślił, że domniemanie RNC nie zostało obalone. W szczególności koszty deklarowanych osób do wykonywania pracy nie są zgodne ze znaną Odwołującemu rzeczywistością. Wskazał na daty złożonych na rozprawie dokumentów, w tym orzeczeń lekarskich, które dot. mniejszej liczby pracowników.

Odnosnie do złożonego harmonogramu stwierdził, że styczeń nie jest reprezentatywny w zakresie liczby godzin pracy wykonywanej przez 44 osoby.

Brak jest podstaw do uwzględnienia w kalkulacji w pozycji „rezerwa” różnych kosztów podanych przykładowo przez Zamawiającego, a których poniesienia sam wykonawca w ogóle nie przewidywał i brak jest takiego opisu w złożonych wyjaśnieniach. Rzeczywiste koszty pracownicze obejmują nie tylko minimalne wynagrodzenie, lecz jak wynika ze znanej umowy o pracę, również premie uznaniowe, których poniesienia nie uwzględnił w złożonej kalkulacji do wyjaśnień. Ocenia, że do wykonania prac niezbędna jest większa liczba pracowników, niż deklarowane 44 osoby.

Zamawiający wskazał, że w pierwszej połowie 2021 r. wykonawcą usługi był Odwołujący, a w drugiej firma SOTER. Obydwaj wykonawcy mają doświadczenie w wykonywaniu pracy, a jak wskazuje doświadczenie, kolejny wykonawca wykonuje usługę przy pomocy, z reguły, tych samych pracowników, co poprzedni. SOTER deklaruje 8-godzinny czas pracy, a na okoliczność możliwości takiej organizacji czasu przedstawia dokumenty pracowników oraz deklaracje od PFRON ze wskazaniem liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Ocenia, że na etapie składania oferty nie było potrzeby przedstawiania takich dokumentów. Liczba godzin nie ujętych przez SOTER, w stosunku do specyfikacji, to 159 h, które można oszacować na 3600 zł przy cenie oferty prawie 2 miliony. Ewentualne niedoszacowania mogą być pokryte z rezerwy wskazanej w pkt. 17 kalkulacji. Zauważa także, że stawka 21,68 jako wynik kalkulacji, przemnożona przez liczbę godzin, daje wielkość równą cenie ofertowej. Wskazał na pozyskane przez siebie wyniki badań, obejmujące rodzajowo różne prace, w tym stanowiące przedmiot zamówienia. Wynika z nich brak obowiązku świadczenia pracownikom posiłków profilaktycznych. Stwierdza, że koszt napojów nie musi być wprost przedstawiany w wycenie. O ile zaś jest planowany, może być, tak jak inne drobne wydatki, finansowany z przedstawionej w kalkulacji rezerwy. W zakresie kosztu urlopu, wskazanego jako 390,33 zł, stwierdził, iż jest to koszt pracownika zastępującego osobę na urlopie. Zastępujący to z reguły także osoba niepełnosprawna, korzystająca z dofinansowania PFRON. Kalkulacja w tym zakresie została także przewidziana w piśmie SOTER z dnia 30 grudnia, którego treść Zamawiający uznaje również jako stanowisko własne. Złożył harmonogram pracy na styczeń 2023 r., na okoliczność potwierdzenia, że deklarowane 44 osoby wykonają w całości wymagany przedmiot zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty wobec czynności i zaniechań zamawiającego przedstawione przez odwołującego należy stwierdzić, co następuje.

Zarzuty odwołania oparte są na stwierdzeniu, że zamawiający niezasadnie uznał za poprawne wyjaśnienia wykonawcy SOTER, dotyczące wysokości zaoferowanej ceny mającej znamiona rażąco niskiej, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty. Ofertę uznaje się także, w ocenie odwołującego za niezgodną z przepisami ustawy i wymogami swz, co jest wywiedzione w szczególności z faktu niedoszacowania deklarowanego w stosunku do wymaganego czasu wykonywana usługi.

Za mające znaczenie przy ocenie ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę są w ocenie składu orzekającego takie okoliczności, jak dotychczasowe świadczenie tożsamej

usługi zarówno przez odwołującego, jak i wybranego wykonawcę, z reguły z wykorzystaniem tych samych pracowników.

Wykonawca, który wykonywał na zlecenie Zamawiającego tożsame zamówienie w 2021 r. zna realia tej usługi i należy przyjąć, iż potrafił ją rzetelnie wycenić, a wyjaśnienia odnoszą się do każdego aspektu świadczonych usług. W szczególności wykonawca przedstawił szczegółowo najistotniejszy element kosztowo- i cenowo- twórczy tj. koszty osobowe z uwzględnieniem niespornej okoliczności, jako jest wykonywanie pracy przez osoby z niepełnosprawnością uprawniającą pracodawcę do otrzymania dofinansowania z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Istotnym elementem wyjaśnień była kalkulacja cenowa w formie zestawienia tabelarycznego składającego się z tabeli głównej pn. „TABELA wyliczenia zaproponowanej ceny” oraz tabel szczegółowych do tabeli głównej. Jest to całościowa kalkulacja kosztów uwzględniająca wszystkie składowe wyceny, w tym wspomniane koszty osobowe: miesięczny koszt pracownika uwzględniający pomoc publiczną, koszt urlopu, koszt zastępstwa chorobowego, koszty nadzoru bezpośredniego kierownika grup usługowych, a także koszty pozapłacowe, rezerwę i marżę.

Wykonawca wskazał w złożonej tabeli liczbę osób niepełnosprawnych, jaką zamierza skierować do realizacji zamówienia, ich stopień niepełnosprawności oraz założoną w związku z tym wysokość pomocy publicznej. Wartość dofinansowania średnio na 1 etat w skali miesiąca podana w Tabeli nr 1 tj. 1 970,45 zł - odpowiada kwocie podanej w poz. 7 tabeli wyliczenia oferowanej ceny.

Wraz z wyjaśnieniami złożono również inne dowody.

Można także zauważyć, że różnica poziomu świadczenia usług pomiędzy firmą SOTER a Odwołującym - nie ma charakteru rażącego. Cena całkowita brutto oferty SOTER to 2.350.909,82 złotych brutto, kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 494 046,40 zł brutto, a cena całkowita oferty Odwołującego to 2.648.026,66 złotych brutto. Ceny obu złożonych ofert mają charakter zbliżony. Cena całkowita oferty SOTER jest niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia o ok. 5,7%, od średniej arytmetycznej cen obu ofert o ok. 5,9%, oraz od ceny całkowitej oferty Odwołującego o ok. 11,2%. Różnica poziomu wyceny usług pomiędzy wykonawcą SOTER a Odwołującym może być wynikiem różnicy założonego poziomu zysku, względnie – dofinansowania z PFRON. Różnica może w szczególności wynikać z istotnego czynnika, jakim jest pomoc publiczna uzyskiwana przez wykonawcę SOTER, który zatrudnia osoby niepełnosprawne, obniżając w ten sposób znaczący koszty pracy. W istocie zatem złożone oferty można uznać za nieodbiegające od siebie w sposób rażący, jeśli chodzi o stawki na usługi czynności segregacji ręcznej odpadów komunalnych.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego w zakresie, w jakim odnosi się on kwestii wyliczenia w zakresie kosztów urlopu, braku dowodu co do bezwzględnej i wymagającej ujęcia w kalkulacji konieczności zaopatrzenia pracowników w napoje w czasie zmiany roboczej, oszacowania liczby godzin świadczenia usługi w wysokości 88 160 h, która była wymagana, a jej ewentualne niedoszacowania o 150 h stanowi wartość marginalną. Za wiarygodny uznaje się także przedstawiony na rozprawie przykładowy harmonogram pracy przewidzianej do świadczenia w styczniu 2023 roku w systemie dwuzmianowym, w którym na każdej zmianie pracuje 20 osób oraz pracy w dni opisane jako wolne od pracy, na jednej zmianie.

Przyjęty ośmiogodzinny czas pracy w tym opracowaniu uzasadniony jest wcześniejszym doświadczeniem wykonawcy i potwierdzony został w treści oświadczenia Kierownika Zarządzającego RCOO MPGK. Jak zauważył zamawiający, zakłada się, że ci sami pracownicy, ponownie z wybranym wykonawcą jako pracodawcą będą wykonywać pracę w roku 2023, nie ma więc podstaw, aby przyjmować inny niż ośmiogodzinny czas pracy tych osób. Potwierdzeniem, iż założenia co do czasu pracy pracowników były poprawne, są dowody dołączone do pisma z dnia 30.12.2022 – potwierdzenia możliwości ośmiogodzinnej pracy przez uprawnionych lekarzy.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu, którego efektem jest wybór oferty kwestionowanej w odwołaniu, nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: