

Sygn. akt: KIO 1050/18

WYROK

z dnia 11 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 czerwca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 maja 2018 r.** przez wykonawcę **Agencję Ochrony Kowalczyk sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Oddział w Radomiu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Agencji Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, MATPOL Grupa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, MJK sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Agencję Ochrony Kowalczyk sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencję Ochrony Kowalczyk sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 28 maja 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Agencji Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o., ul. Chmielna, 00-020 Warszawa (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych – Oddział Radom (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust 3 ustawy Pzp polegającym naniezasadnym odrzucenie jego oferty przez niezasadne przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez niezgodny z rzeczywistością zarzut zaniżenia kosztów urlopów wypoczynkowych;
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy poprzez dokonanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego po pozornym zbadaniu okoliczności umożliwiających ocenę czy w tym konkretnym przypadku Zamawiający miał prawo w ogóle odrzucić ofertę Odwołującego (pominięcia istoty sprawy mimo formalnego zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art 90 ust. 3 ustawy), a także dokonania wadliwej oceny w wyborze oferty najkorzystniejszej (tj. Konsorcjum MATPOL, Ekspert Security), co jest rezultatem naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 91 ust 1 w związku z art. 36 ust 1 pkt 12 i 13 ustawy poprzez wybór oferty (w tej sprawie oferty Konsorcjum MATPOL, Ekspert Security), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ w postępowaniu, w tym opisu sposobu obliczenia ceny i opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, niepodlegającą odrzuceniu;
- 4) innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania;
- 5) ewentualnie - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty; (ii) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; (iii) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MATPOL, Ekspert Security; (iii) ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie całego postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; (iv) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w dniu 7 maja 2018 r. i wyraził wolę zawarcia umowy objętej postępowaniem. Zamawiający w dniu 18 maja 2018 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Agencji Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, MATPOL Grupa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, MJK sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujących”). Zamawiający w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy odrzucił ofertę Odwołującego. Dowód nr 1: Zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 15 czerwca 2016 r.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności stwierdził, że Odwołujący zaniżył w ofercie koszty urlopów wypoczynkowych pracowników podając zaniżone kwoty miesięcznych kosztów urlopów wypoczynkowych (90,90 zł zamiast wskazanych przez Zamawiającego kosztów 235,61 zł).

W ocenie Odwołującego powyższe obliczenia Zamawiającego są całkowicie błędne i prowadzą do nieuzasadnionych wniosków o zaniżaniu kosztów. Należy zauważyć, że Zamawiający wziął pod uwagę jedynie samą kwotę wskazaną w pozycji 6 „Kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny - usługa ochrony” (dalej: Kalkulator). Zamawiający pominął natomiast zasadniczą część wyjaśnień, w których AOK wskazała, że „w zakresie urlopów, skutkujących koniecznością zastąpienia pracownika założono, iż pracownikom wykonującym zadania ochronne przysługiwać będzie za okres 24 miesięcy 52 dni robocze urlopu na jeden pełny etat”, co odpowiada normie urlopu wypoczynkowego z art. 154 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy oraz uwzględniła 10 dni urlopu dodatkowego.

Jednocześnie Odwołujący wskazał iż „Zgodnie z obowiązującymi przepisami Kodeksu pracy urlop za okres od stycznia do grudnia 2019 roku musi zostać wykorzystany w okresie obowiązywania umowy.

Natomiast urlopy przysługujące za okresy:

- a) od 1 czerwca do 31 grudnia 2018 roku, średnio proporcjonalnie do okresu zatrudnienia przysługuje na jeden pełny etat przeliczeniowy 15 dni urlopu. Z uwagi na ciągłość zatrudnienia, część pracowników urlop za 2018 rok wykorzystwała lub wykorzystała do końca maja 2018 roku. Przewidujemy iż średnio do wykorzystania w okresie od 1 czerwca do 31 grudnia 2018 roku pozostanie 13 dni urlopu w przeliczeniu na jeden pełny etat.
- b) od 01 stycznia do 31 maja 2020 roku, z ilości 11 dni urlopu proporcjonalnego do okresu zatrudnienia, pracownicy wykorzystają średnio 7 dni urlopu na jeden pełny etat przeliczeniowy. Pozostały przysługujący urlop będzie wykorzystany po zakończeniu umowy i nie będzie miał wpływu bezpośredniego na koszty pracodawcy w ramach umowy z ZUS, Przy uwzględnieniu tych założeń planowane koszty urlopów wypoczynkowych z uwzględnieniem urlopów dodatkowych będą wynosić 216.000 zł.”

Dowód nr 5: wyjaśnienia z dnia 9 maja 2018 r.

Jak wskazał wykonawca w wyjaśnieniach „kalkulacja taka wynika z wieloletniej średniej wykorzystywania urlopów wypoczynkowych u Wykonawcy.” Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyliczeniach tych z ostrożności pominięto ewentualne osoby posiadające okres zatrudnienia krótszy niż 10 lat (art. 154 § 1 pkt 1 Kodeksu pracy). Nawet jednak przy założeniu pełnego wykorzystania proporcjonalnie do okresu umowy przysługujących rocznie 26 dni urlopowych i co za tym idzie kwoty kosztów urlopów, która powinna wynosić powinna wynieść 248.800,00 zł (po przeliczeniu na 1 etat 235,17 zł miesięcznie), łączne koszty realizacji usługi wyniosłyby 2.749.792,96 zł (tj. o 328.000,00 zł więcej od łącznej kwoty kosztów realizacji w wysokości 2.716.992,96 zł wynikającej z wskazanej pozycja nr 13 Kalkulatora kwoty miesięcznej 113.208,04 zł). Należy zauważyć, że wskazana w ofercie cena wynosi 2.759.884,30 zł. netto (kwota netto 2.760.192,96 zł z pozycji nr 17 wynika z zaokrągleń w Kalkulatorze) co oznacza, że oferta została skalkulowana prawidłowo i nie zaniża kosztów w celu wykazania braku stosowania dumpingu cenowego.

W ocenie Odwołującego powyższe błędne ustalenia Zamawiającego co do całościowej kwoty urlopów wiążą się bezpośrednio z pominięciem wyjaśnień Odwołującego, w których wskazano: „Biorąc pod uwagę iż Zamawiający ze zrozumiałych dla Wykonawcy względów organizacyjnych określił niezbędną wysokość zatrudnienia w przeliczeniu na pełny etat na 44 etaty, Wykonawca założył iż nadwyżka godzin liczona wg normy etatowej określonej w Kodeksie Pracy (168) a wynikającą bezpośrednio z podzielenia liczby roboczogodzin w całym zamówieniu (163986) przez liczbę wymaganych etatów (44) w okresie 24 miesięcy wynosząca

12 roboczogodzin ($163986 : 24 : 44 = 155,28$, w zaokrągleniu 156) zabezpieczać będzie częściowo urlopy wypoczynkowe nieplanowane (np. na żądanie), częściowo zwolnienia lekarskie oraz inne usprawiedliwione nieobecności w pracy. Ponieważ w każdym miesiącu kalendarzowym roboczogodzin takich może być ok. 528 (12 x 44 etaty), Wykonawca obniżył w Tabeli Kalkulacyjnej kwoty przeznaczone na urlopy wypoczynkowe z założonej i opisanej wyżej kwoty 204,54 zł. do kwoty 90,90 zł. wg założenia:

$400 \text{ rbg.} \times 12,50 \text{ zł.} \times 24 \text{ mce} = 120.000,00 \text{ zł.}$

$216.0. 00 \text{ zł.} - 120.000,00 \text{ zł.} = 96.000,00 \text{ zł.}$

$96.000 \text{ zł.} : 24 \text{ mce} : 44 \text{ etaty} = 90,90 \text{ zł.}$ średnio na jeden pełny etat w jednym miesiącu kalendarzowym”

Faktyczna liczba godzin dla 44 etatów przez 24 miesiące przy wynikającej z art. 130 § 2 Kodeksu pracy norma etatowa tj. 168 godzin powinna wynosić 177408 roboczogodzin (44 x 24 x 168 godzin).

Odwołujący wskazał, że taka liczba etatów została przyjęta przez wykonawcę jako w realna w kontekście ilości obiektów, stanowisk na tych obiektach i właściwej organizacji, w tym także wzajemnej zastępowalności pracowników (urlopy, zwolnienia itp.) ponieważ zgodnie z wymogami SIWZ i umowy wykonawca ma obowiązek przedstawienia Zamawiającemu wykazu pracowników, którzy będą realizowali zamówienia w ilości co najmniej 47 osób zatrudnionych na 44 pełnych etatach przeliczeniowych). Wykonawca po podzieleniu ilości roboczogodzin 163986 wskazanych w SIWZ przez liczbę pełnych etatów wymaganych przez Zamawiającego doszedł do wniosku, że Zamawiający słusznie założył, że do zastępowania pracowników będących lub zwolnieniach lekarskich itp. Wykonawca będzie kierował pracowników wskazanych na wykazie dostarczonym Zamawiającemu - w ramach nadwyżki godzin normy etatowej. Inne założenie oznaczałoby konieczność dodatkowego zatrudnienia osób na umowę o pracę w okresie urlopu, a tymczasem zatrudnienie na okres próbny jest wynosi 3 miesiące. W ocenie Odwołującego nie istnieje zatem inne racjonalne uzasadnienie wskazanej różnicy godzin.

W ocenie Odwołującego wyraźnie z powyższego wynika, że cena ofertowa uwzględniała koszty urlopowe w kwocie 216.000 zł, natomiast faktyczne koszty urlopowe są niższe, gdyż miesięcznie jest wyższa o średnio ponad 12 godzin od wynikającej z przeliczenia liczby godzin wskazanej, a więc je częściowo uwzględnia.

W ocenie Odwołującego przeciwne założenie prowadziłyby do dwóch odmiennych sytuacji:

- 1) konieczności nieuzasadnionego doliczenia przez Wykonawcę do ceny oferty netto kwoty co najmniej 120.000,00 zł, przy braku faktycznego ich poniesienia co byłoby niekorzystne dla Zamawiającego; albo
- 2) ponoszenia przez Wykonawcę - obok pełnej kwoty kosztów urlopów tj. 248.000,00 zł - kosztów zatrudnienia pracownika na pełny etat w zakresie godzin brakujących do normy pełnego etatu 168 godzin (wynikającej z art. 130 § 2 Kodeksu pracy), w sytuacji, gdy nie będzie on wykonywał pracy, ponieważ liczba godzin przewidywana w Zamówieniu jest mniejsza, czyli dodatkowo kwoty co najmniej 120.000 zł.

Odwołujący podkreślił, że wprawdzie oferta Odwołującego rzeczywiście była niższa o więcej niż 30% od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, jednak kolejna cena ofertowa złożona w postępowaniu (3.564.088,12 zł) była wyższa zaledwie o 2,74% od oferty Odwołującego, zaś oferta wybrana jedynie o 4,99 % od oferty Odwołującego, zaś średnia cen wszystkich ofert tylko o 5,87 % (3.594.055,37 zł). Należy przy tym zauważyć że wszystkie ceny kształtowały się w przedziale od 66,92% do 76,70% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego powyższa analiza prowadzi do wniosku, że znaczna różnica w cenie nie wynikała wcale z zaniżenia ceny ofertowej przez Odwołującego, ale z nieadekwatnie określonej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w stosunku do cen tynkowych, skoro nawet najwyższa cena ofertowa jest niższa o niemal ¼. Jest to o tyle istotne, że jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 17 października, 2017 r. „Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych oraz doktryną, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne”.

Odwołujący wskazał, że potwierdzają to również przykłady innych postępowań dotyczących usług ochrony, w których uznawano za prawidłowe ceny oparte o stawkę roboczogodzinową niższą od przeznaczonej przez w ofercie Odwołującego (16,83 zł netto), tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Rybniku znak sprawy 340000/271/5/2018- ZAP (gdzie nie odrzucono oferty w której

konsorcjantem był Odwołujący ze stawką roboczogodziny 16,25 zł) oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Zabrze znak sprawy 480000/271/3/2018-ZAP (gdzie wybrano ofertę Konsorcjum Time Security Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. ze stawką roboczogodziny 16,29 zł). Dowód nr 3: Oferta odwołującego z dnia 7 maja 2018 r., Dowód nr 5: wyjaśnienia z dnia 9 maja 2018 r., Dowód nr 6: dokumenty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Rybniku, znak sprawy 340000/271/5/2018-ZAP: informacja z otwarcia ofert z dnia 12 kwietnia 2018 r., wyjaśnienia z dnia 10 maja 2018 r., informacja o wyborze z dnia 24 maja 2018 r., Dowód nr 7: dokumenty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Zabrze, znak sprawy 480000/271/3/2018-ZAP: informacja z otwarcia ofert z dnia 9 kwietnia 2018 r., informacja o poprawieniu omyłek i wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 8 maja 2018 r., wyjaśnienia z dnia 24 kwietnia 2018r., informacja o wyborze z dnia 22 maja 2018 r.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w istocie zaniechał pełnego wyjaśnienia wątpliwości co do zaoficerowanej przez AOK ceny, co stanowi naruszenie wynikającej z art. 7 ustawy Pzp. Jak wskazało KIO w wyroku z dnia 7 marca 2017 r. sygn.. akt KIO 321/17: „W ocenie Izby zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiedni stosunku do zamierzonych celów (orzeczenie ETS w sprawie 265/87).” W ocenie Izby oznacza to, że jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednoznacznie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to w ocenie Izby zamawiający powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia jest w takim przypadku nie odpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się jeszcze okazać oferta przystępującego. Jak również nie dokonanie rzeczywistej oceny wyjaśnień przystępującego”. Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia Wykonawcy i w ogóle ich nie zanalizował, odniósł się jedynie do poszczególnych pozycji Kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny, który jedynie stanowi pomocnicze techniczne narzędzie do ustalenia czy cena nie jest rażąco niska. Gdyby bowiem te czynności zostały dokonane, niemożliwym byłoby pominięcie wskazanego wyżej faktu, iż całość kosztów

urlopowych Wykonawca uwzględnił koszty urlopowe w kwocie 216.000,00 zł. Powyższe potwierdza także przebieg postępowania na usługi ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Zabrze, gdzie zamawiający zwrócił się drugi raz o wyjaśnienie budzących wątpliwości elementów oferty. Dowód nr 7: informacja o poprawieniu omyłek i wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 8 maja 2018 r., wyjaśnienia z dnia 24 kwietnia 2018 r., ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 9 maja 2018 r., wyjaśnienia z dnia 10 maja 2018 r., informacja o wyborze z dnia 22 maja 2018 r.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikacje istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wraz z ogłoszeniem o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) informacja o odrzuceniu ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (iv) informacja z otwarcia ofert z dnia 7 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu; (v) wezwanie Zamawiającego do złożenia przez Odwołującego wyjaśnień oraz wyjaśnienia z dnia 9 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (vi) dokumenty z postępowania usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Rybniku, znak sprawy 340000/271/5/2018-ZAP, dokumenty z postępowania usługę ochrony osób i mienia w Oddziale ZUS w Zabrze, znak sprawy 480000/271/3/2018-ZAP - na okoliczność ustalenia, iż przyjęta przez Odwołującego metodologia obliczenia kosztów urlopu nie była dotychczas kwestionowana przez Zamawiającego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę osób i mienia.

W pkt 2 SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia. Wskazał m.in., iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Oddziale Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Radomiu. Zamawiający wymaga przez cały okres realizacji umowy zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. Zm.) wszystkich osób wykonujących czynności świadczenia bezpośredniej ochrony osób i mienia, o których mowa w pkt 2.2.2.1.

Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia realizowany był przez co najmniej 47 pracowników ochrony co w przeliczeniu na etaty wynosi 44 etaty.

Powyższe wymagania Zamawiający oszacowano na podstawie następujących założeń:

– Posterunek 24 godzinny = 4,65 etatu (bez uwzględniania nadgodzin) – Posterunek 9 godzinny = 1,25 etatu (bez uwzględniania nadgodzin) – Posterunek 11 godzinny = 1,4 etatu (bez uwzględniania nadgodzin). Po przeliczeniu wg. powyższych założeń minimalna ilość pracowników ochrony wyniesie:

$$8(24h) \times 4,65 + 1(9h) \times 1,25 + 4(11h) \times 1,4 = 37,2 + 1,25 + 5,6 = 44,05$$

Zamawiający w formularzu cenowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, określił przewidywalną liczbę RB na wykonanie zamówienia tj. 163,986. W formularzu cenowym Zamawiający zamieścił następujące oświadczenie: *„Oświadczamy, że wskazane w Formularzu ceny obejmują wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w szczególności koszty wynikające z zatrudnienia na umowę o pracę na poziomie co najmniej obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę wszystkich osób świadczących usługi bezpośredniej ochrony osób i mienia, koszty użytkowania sprzętu niezbędnego do należytego wykonywania umowy, koszty zapewnienia Grup Interwencyjnych, koszty ubezpieczenia oraz uwzględniają inne koszty, opłaty i podatki wynikające z realizacji zamówienia, a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie ulegną zwiększeniu w okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem pkt 12.3. specyfikacji”*.

Na podstawie Informacji z otwarcia ofert z dnia 7 maja 2018 r. Izba ustaliła, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła brutto 5.073.096,33 zł. W postępowaniu złożone 6 ofert. Odwołujący zaoferował za realizację zamówienia cenę brutto 3.721.416,29 zł. Wartość ta była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powieszona o VAT.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Pismem z dnia 9 maja 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia.

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (i) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2017r., poz. 847); (ii) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; (iii) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iv) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; (iv) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Nowelizacja ustawy Pzp w 2016 r. wprowadziła do definicji rażąco niskiej ceny istotną zmianę. Już nie tylko całkowita cena lub całkowity koszt oferty powinny być brane pod uwagę, ale także ich istotne części składowe. Należy to interpretować w ten sposób, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Ocena co stanowi istotny składnik ceny oferty musi być dokonywane przez pryzmat przedmiotu zamówienia. I nie chodzi tu wyłącznie o procentowy udział danego składnika w ogólnych kosztach realizacji zamówienia przez wykonawcę, ale również o znaczenie i wagę danego składnika w procesie realizacji zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest usługa w zakresie ochrony osób i mienia. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących zamówienie. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących. Koszty takie podlegają weryfikacji pod względem wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych, w tym kosztów urlopów wypoczynkowych.

Nie ma więc, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości, iż koszty urlopów pracowniczych, będących częścią kosztów zatrudnienia pracownika, stanowią istotną część składową ceny wykonawcy, zaś ich sposób wyliczenia musi uwzględniać wszystkie wymagania wynikające z obowiązujących przepisów, w tym co do wymiaru jak i sposobu jego wykorzystania.

Dalej wskazać należy, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia został wykonany przez co najmniej 47 pracowników ochrony, co w przeliczeniu na etaty wynosi 44 etaty. Nie budziło również sporu pomiędzy stronami, iż w kosztach realizacji zamówienia należy uwzględnić wszelkie koszty związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Taki obowiązek został wprowadzony przez Zamawiającego z SIWZ. Zamawiający wskazał również w SIWZ przybliżoną liczbę RB w wysokości 163.986.

Oznacza to, iż wykonawca musiał uwzględnić w kosztach realizacji zamówienia koszty związane z zatrudnieniem co najmniej 44 etatowych pracowników. Inne bowiem założenie oznaczałoby sprzeczność oferty z postanowieniami SIWZ. Odwołujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że wyliczając koszty zatrudnienia, w tym koszty urlopów pracowniczych, uwzględnił minimalny wymóg co do liczby etatowych pracowników.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 154 § 1 pkt 2 kodeksu pracy wymiar urlopu wypoczynkowego dla pracowników zatrudnionych co najmniej 10 lat wynosi 26 dni (takie też założenia przyjął Odwołujący, nie wykazując równocześnie, by zatrudniał pracowników z prawem do urlopu w niższym wymiarze). Zgodnie z art. 152 § 1 kodeksu pracy urlop wypoczynkowy powinien być nieprzerwany. Pracodawca ma obowiązek udzielenia pracownikowi urlopu w całości. Podział urlopu na części może nastąpić jedynie na wniosek pracownika. W takim jednak przypadku co najmniej jedna część wypoczynku powinna trwać nie mniej niż 14 kolejnych dni kalendarzowych. Pracownik nie może zrzec się prawa do urlopu.

Powyższa regulacja oznacza, że pracownikowi przysługuje w ciągu roku prawo do 208 h urlopu wypoczynkowego, co średnio daje 17h urlopu wypoczynkowego miesięcznie i taki koszt winien być uwzględniony przez Odwołującego. Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień przyjął jednak odmienny sposób wyceny kosztów urlopów wypoczynkowych. Wskazał bowiem, iż założył nadwyżkę godzin liczoną wg normy etatowej określonej w Kodeksie Pracy (średnio miesięcznie 168h), a wynikająca bezpośrednio z podzielenia liczby roboczogodzin w całym zamówieniu (163.986 h) przez liczbę wymaganych etatów (44) w okresie 24 miesięcy wynosi 12 roboczogodzin ($163.986 : 24 : 44 = 155,28$, w zaokrągleniu 156). Taka nadwyżka zdaniem Odwołującego zabezpieczać będzie częściowo urlopy wypoczynkowe nieplanowane (np. na żądanie), częściowo zwolnienia lekarskie oraz inne usprawiedliwione nieobecności w pracy. Ponieważ w każdym miesiącu kalendarzowym roboczogodzin takich może być ok. 528 (12 x 44 etaty), wykonawca obniżył w Tabeli Kalkulacyjnej kwoty przeznaczone na urlopy wypoczynkowe z założonej i opisanej wyżej kwoty 204,54 zł. do kwoty 90,90 zł. wg założenia:

$400 \text{ rbg.} \times 12,50 \text{ zł.} \times 24 \text{ mce} = 120.000,00 \text{ zł.}$

$216.000 \text{ zł.} - 120.000,00 \text{ zł.} = 96.000,00 \text{ zł.}$ -

$96.000 \text{ zł.} : 24 \text{ mce} : 44 \text{ etaty} = 90,90 \text{ zł.}$ średnio na jeden pełny etat w jednym miesiącu kalendarzowym.

Oznacza to, że Odwołujący z tzw. nadwyżki godzin liczonej wg normy etatowej zamierza pokryć koszty związane z urlopami wypoczynkowymi nieplanowanymi, koszty zwolnień lekarskich oraz innych nieusprawiedliwionych nieobecności w pracy. Wyliczona przez Odwołującego nadwyżka godzin to średnio 12 godzin na 1 etat w miesiącu.

Podkreślić jednakże należy, że pracownikowi przysługuje 26 dni urlopu wypoczynkowego, co w wymiarze miesięcznym stanowi 17h. Skoro Odwołujący założył, że etatowa nadwyżka godzin do przepracowania w danym miesiącu (168 h) nad liczbą godzin niezbędną do realizacji zamówienia w przeliczeniu na etat w miesiącu (156 h) wynosi 12, to tym samym uznać należy, że brakuje 5h miesięcznie na pokrycie wymagań związanych z zabezpieczeniem wyłącznie kosztów urlopu wypoczynkowego. Mnożąc zaś tą liczbę przez 24 miesiące realizacji umowy oraz przez liczbę minimalnych wymaganych etatów, wskazać należy, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji 5.280 h (5h x 44 etaty x 24 miesiące). Przy założeniu, iż 1 RB wyceniona została przez Odwołującego na kwotę 12,50 zł, to nieuwzględnione przez Odwołującego same koszty urlopów wypoczynkowych wynoszą 66,000 zł. Wyliczenie to nie uwzględnia zabezpieczenia kosztów godzin nadliczbowych lub innych nieprzewidzianych usprawiedliwionych nieobecności w pracy.

Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący będzie musiał ponieść koszty urlopów pracowniczych związane z realizacją zamówienia dla co najmniej 44 etatowych pracowników. Rzeczywiste koszty tych urlopów zostały określone przez Odwołującego w treści wyjaśnień na kwotę 202,400 zł. Wykonawca założył bowiem, iż w okresie realizacji zamówienia w przeliczeniu na pełny etat wykorzysta 46 dni urlopu (46 dni x 8 RB x 12,50 zł x 44 etaty = 202,400 zł.) Wykonawca jednakże w treści oferty w sposób nieuzasadniony obniżył powyższe koszty do kwoty 96,000 tysięcy powołując się na nadwyżkę godzin. Takie działanie wykonawcy było w ocenie Izby niezasadne. Obowiązkiem Odwołującego było bowiem uwzględnienie w kosztach realizacji zamówienia rzeczywistych kosztów, jakie poniesie w okresie dwóch lat realizacji umowy.

Należy wskazać, że obowiązkiem pracodawcy jest takie organizowanie czasu pracy i sposobu realizacji pracy, by spełnione były wymogi wynikające z kodeksu pracy. W szczególności (art. 14 w zw. z art. 94 kodeksu pracy) pracodawca musi zapewnić pracownikom możliwość korzystania z urlopu wypoczynkowego w tym roku, w którym pracownicy nabyli do niego prawo. Takie jest cel urlopu wypoczynkowego, który służy regeneracji sił pracownika. Nie może pracodawca zakładać, że urlopu wypoczynkowego pracownikowi nie udzieli. Można teoretycznie zakładać, że urlop byłby udzielony pracownikom za 2018 r. – przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu zamówienia, a za 2020 r. – po zakończeniu. Problem jednak w tym, że z informacji uzyskanych od Zamawiającego podczas rozprawy wynika, że pracownicy realizujący dotychczasowy kontrakt u Zamawiającego wykorzystali dotychczas z przysługującej im puli 26 dni za 2018 r. jedynie po 3 dni. Nie ma więc fizycznej możliwości wykorzystania należnego im urlopu za 2018 r. przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawił zaś Izbie żadnych dowodów na wykazanie, iż jest inaczej.

Nie ma również podstaw do zakładania, by w 2020 r. urlopy były udzielane po zakończeniu kontraktu. Urlopy zaś za 2019 r. muszą być udzielone w 2019 r. Sam Odwołujący w treści wyjaśnień wskazuje na kwestie chorobowych i innych nieprzewidzianych nieobecności (np. opieka). Oznacza to, że faktyczna liczba nieobecności pracowników może być w ciągu roku większa niż tylko te 208 godzin (26 dni urlopu x 8 godzin). Wykonawca założy zaś idealistycznie, że ta liczba wynosić będzie jedynie 144 godzin (12 miesięcy x 12 godzin nadwyżki). Doświadczenie życiowe wskazuje, że w grupie 44 pracowników w ciągu 24 miesięcy na pewno wystąpią przypadki nieobecności w pracy spowodowane chorobami, różnymi innymi zdarzeniami losowymi, itd. Te nieobecności będą musiały być pokryte bądź dłuższą pracą pozostałych pracowników, co będzie generować nadgodziny, bądź poprzez zatrudnienie osób na zastępstwo, którym również będzie trzeba zapłacić. Ryzyko osobowe i socjalne w stosunku pracy ponosi wszak zawsze pracodawca. Oznacza to, że faktyczne

koszty osobowe będą na pewno wyższe od tych, które przedstawił w założeniach wykonawca. Nie może równocześnie Izba jako instytucja publiczna legalizować praktyk polegających na świadomym łamaniu bezwzględnie obowiązujących przepisów dotyczących stosunków pracy. A taki byłby skutek, gdyby Izba podzieliła stanowisko wykonawcy.

Podkreślić w końcu należy, że gdyby przyjąć, jak chciałby Odwołujący, iż w okresie realizacji kontaktu będzie miał 12 h nadwyżki godzinowej na jeden etat, co daje łącznie w ciągu roku 144 h. Teoretycznie taka liczba godzin zabezpiecza wyłącznie koszt urlopu wypoczynkowego w liczbie 18 dni ($12 \times 12 = 144 : 8h = 18$ dni). W okresie dwóch lat stanowiłoby to zabezpieczenie dla 36 dni urlopu wypoczynkowego, co jest, w ocenie Izby, niewystarczalne. Kwota ta bowiem nie pokrywa nawet kosztów przyjętego przez samego Odwołującego założenia, iż każdemu pracownikowi przysługiwać będzie średnio 46 dni urlopu wypoczynkowego w trakcie realizacji kontraktu. Ponadto, wskazana przez Odwołującego nadwyżka w żaden sposób nie uwzględnia kosztów związanych z nieobecnością w pracy spowodowane różnymi innymi zdarzeniami losowymi. Twierdzenia Odwołującego jakoby nadwyżka etatowa służyła na pokrycie tylko urlopów wypoczynkowych nieplanowanych, rodzi pytanie, gdzie w takim razie Odwołujący ujął koszty związane z urlopami planowanymi? Wywieść należy z przedstawionych przez Odwołującego obliczeń, że w kwocie 96.000 zł. ujęte są wszystkie koszty związane z urlopami wypoczynkowymi jak i innymi nieprzewidzianymi usprawiedliwionymi nieobecnościami w pracy.

Stanowisko Odwołującego, iż zastosowania przez niego metodologia wyceny kosztów urlopu wypoczynkowych była poprzednio akceptowana przez Zamawiającego nie może uzasadniać wskazanych powyżej nieprawidłowości. Po pierwsze, jak wyjaśnił Zamawiający jest to jego pierwsze postępowanie organizowane samodzielnie. Poprzednie postępowania były bowiem prowadzone przez Centrum Zamówień Publicznych, natomiast od stycznia 2018 r. zmieniła się procedura udzielania zamówień. Zamówienie jest prowadzone przez każdy oddział na terenie kraju, dlatego też przyjęta przez Centrum Zamówień metodologia oceny wyjaśnień wykonawcy nie może być wiążącą dla obecnego Zamawiającego. Po drugie, Izba dokonuje analizy konkretnego stanu faktycznego sprawy, konkretnych wyjaśnień wykonawcy oraz jego stanowiska podczas rozprawy. Przyjęcie per analogiam prawidłowości oceny dokonanej przez Centrum Zamówień Publicznych w innych postępowaniach w niniejszym postępowaniu byłoby niedopuszczalne i stałoby w sprzeczności z obowiązkiem wszechstronnej i obiektywnej oceny działań Zamawiającego. Tym samym dowody złożone przez Odwołującego dotyczące innych postępowań i przyjętej metodologii wyliczenia kosztów urlopu wypoczynkowego są bez znaczenia dla zasadności podniesionych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie potwierdziły, iż zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca bowiem w sposób nierealny wycenił istotny składnik składający się na cenę za realizację zamówienia, a tym samym zasadny było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pz.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: