

**WYROK**  
**z dnia 17 stycznia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: AGENCJA OCHRONY K. sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu, ul. Sadków 9, 26-600 Radom**,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i IV zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I i IV zamówienia, w tym wezwanie Konsorcjum: RR Security Safety Sp. z o.o., Agencja Ochrony i Mienia „Reflex” Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Sokół Agencja Ochrony Sp. z o.o., Husar Sp. z o.o., Defense 365 Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofert złożonych przez tych wykonawców odpowiednio w części I i IV zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, oraz w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: 42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu, ul. Sadków 9, 26-600 Radom, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: AGENCJA OCHRONY K. sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **42 Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu, ul. Sadków 9, 26-600 Radom** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: AGENCJA OCHRONY K. sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Radomiu**.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający, 42. Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „usługi w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w 2020r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 181-441967 w dniu 19 września 2019 r.

W dniu 23 grudnia 2019 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie części I oraz części IV zamówienia.

Konsorcjum firm: Agencja Ochrony K. Sp z o.o., Agencja Ochrony MK Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniosło odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie braku uwzględnienia rażąco niskiej ceny w wybranych ofertach.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożone przez Konsorcjum: RR Security Safety Sp. z o.o., Agencja Ochrony i Mienia „Reflex” Sp. z o.o. (zwane dalej „Konsorcjum RR Security”) w części I oraz przez Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony Sp. z o.o., Husar Sp. z o.o., Defense 365 Sp. z o.o. (zwane dalej „Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony”) w części IV oferty nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny, zaś złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. ofert w zakresie części I oraz części IV zamówienia;

2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez ww. wykonawców warunki zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich wymogów Zamawiającego, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazem delegowania do pracy osób

z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak również - warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum RR jako najkorzystniejszej w części I zamówienia;
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Sokół jako najkorzystniejszej w części IV zamówienia.

Odwolujący wniósł nadto o:

- 1.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze szczegółowej kalkulacji kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowanej z wykorzystaniem kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne, przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez wykonawców, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT;
- 2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z kalkulacji kosztów ochrony przygotowanej przez Polską Izbę Ochrony w zakresie kosztów płacowych w usługach ochrony na rok 2020 na okoliczność ustalenia minimalnej stawki kalkulacyjnej za godzinę ochrony w 2020 roku z uwzględnieniem stawki minimalnej obowiązującej od 1 stycznia 2020 r. w zakresie zarówno etatowej formy zatrudnienia, jak również w przypadku zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy zlecenia;
- 3.zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów związanych z wyborem ofert w części I oraz IV zamówienia, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez wykonawców warunków cenowych, w tym szacowanej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu zamówienia, wskazanej wysokości roboczogodziny bez podatku VAT, kosztów realizacji zamówienia dla pełnego etatu w ujęciu miesięcznym.

Odwolujący wyjaśnił, że w związku z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie art. 131a ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 2 pkt. 5e, art. 131h ust. 1 w zw. z art. 47 Pzp w dniu 23 grudnia 2019 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym:

- w części I zamówienia zostało wybrane konsorcjum firm: RR Security Safety Sp. z o.o., Agencja Ochrony Osób i Mienia „Reflex” Sp. z o.o. - wartość oferty w przedmiotowej części zamówienia wyniosła 3 011 527, 35 zł netto/ 3 704 178,64 zł brutto, w tym stawka rbg 21,06 zł netto/25,90 zł brutto,
- w części II oraz III zamówienia zostało wybrane konsorcjum firm: STEKOP S.A., „STEKOP - OCHRONA” Sp. z o.o. wartość oferty w części II zamówienia wyniosła 3 206 152,80 zł netto/ 3 943 567, 94 zł brutto, w tym stawka rbg 22,65 zł netto/ 27,86 zł brutto. Natomiast wartość ofert w części III zamówienia wyniosła 3 009 130,65 zł netto/ 3 701 23,70 zł brutto, w tym stawka za rbg 22,45 zł netto/ 27,61 zł brutto,
- w części IV zamówienia zostało wybrane konsorcjum firm: Sokół Agencja Ochrony Sp. z o.o., Husar Sp. z o.o., Defence 365 Sp. z o.o. - wartość oferty w przedmiotowej części zamówienia wyniosła 1 614 323,52 zł netto/ 1 985 617,93 zł brutto, w tym stawka za rbg 20,42 zł netto/ 25,12 zł brutto.

Odwolujący podniósł, że z powyższym rozstrzygnięciem w zakresie części I oraz IV nie sposób się zgodzić, gdyż Zamawiający dokonując wyboru naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwolujący zauważył, że ustawa Pzp, wprowadzając możliwość odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust 1 pkt. 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Ponadto, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy 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 zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W ocenie Odwołującego, proponowane przez Konsorcjum RR Security i Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony warunki cenowe związane z wykonaniem zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Nadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 Pzp. W ocenie Odwołującego, przedstawione przez ww. wykonawców warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym w sektorze usług ochrony mienia i osób. Niewątpliwie cena zaoferowana w częściach I i IV jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego.

Potwierdzeniem powyższego są szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. W

przedstawianym kalkulatorze ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej oraz dodatku za godziny nocne wraz z kosztami zastępstwa pracowników przebywających na urlopie. Kalkulacja nie zawiera kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (broń, pojazdy), a składka wypadkowa została przyjęta na stosunkowo niskim poziomie 1% przy ustawowym 1,67%, jak również nie została uwzględniona składka na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych przy założeniu, że wszyscy pracownicy ustawowo zostali zwolnieni ze wskazanej składki. Fakt ten oznacza, że wymaga to zatrudnienia pracowników wyłącznie w wieku powyżej 60 lat (mężczyźni) oraz 55 lat (kobiety).

Odwołujący podkreślił, że przedstawiana w tabelach kalkulacyjnych wysokość marży jest na poziomie całkowicie nierealnym, tj. symbolicznego 1,00 zł, w związku z czym wszelkie nieuwzględnione dotychczas koszty nie będą mogły zostać zabezpieczone poprzez pomniejszenie zaproponowanej marży. Z dołączonej do odwołania kalkulacji jednoznacznie wynika, że przy założeniu marży na powyższym poziomie, złożona oferta znacząco odbiega od rzeczywistej wysokości warunków cenowych przyjętych i funkcjonujących w sektorze ochrony osób i mienia. Symulacja kosztów na tym poziomie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w istniejących realiach gospodarczych i wskazuje na całkowity brak opłacalności złożonej oferty. W ocenie Odwołującego, wskazuje to, że zaproponowane warunki cenowe stanowią rażąco zaniżenie ceny.

Ponadto, zaproponowane przez ww. wykonawców warunki cenowe są w sprzeczności z obowiązującymi regulacjami prawa pracy. Przedstawione przez Odwołującego kalkulatory szacunkowe tzw. „czystych kosztów pracy”, czyli nieobejmujące innych kosztów niż koszty pracy, których nieuwzględnienie, w kontekście wymogów Zamawiającego, stanowi w ocenie Odwołującego oczywiste naruszenie praw pracowniczych. „Czyste koszty pracy” w części I zamówienia wynoszą w przeliczeniu na roboczogodzinę 20,92 zł netto, co oznacza, że pozostała kwota oraz marża wynoszą 0,14 zł netto, a to w kontekście liczby rbg na poziomie 142977,5 daje kwotę 20 016,85 zł, zaś w skali miesiąca - 1668,07 zł. W zakresie części IV zamówienia „czyste koszty pracy” wynoszą 20,94 zł netto, co potwierdza, że koszty te są wyższe od zaproponowanej przez wykonawców ceny o 0,52 zł.

Wszelkie wymogi dotyczące zarówno warunków zatrudnienia, jak również stawek minimalnych, były wykonawcom dokładnie znane, zaś sama oferta winna uwzględniać wymogi istniejące od dnia 1 stycznia 2020 r.

Dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 1032/19). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzić może do wielu nieprawidłowości w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do wyboru ofert przygotowanych z pominięciem reguł konkurencji oraz racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej, co również wskazuje na ich nieopłacalność dla wykonawców. W związku z tym całkowicie niezrozumiały jest brak przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji ofert, które jednoznacznie wskazują na rażąco zaniżenie ceny.

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający nie dokonał oceny realności jak też rentowności ceny ofertowej. W sytuacji, w której Zamawiający dokonałby prawidłowej oceny złożonej przez Konsorcjum RR Security oferty w części I zamówienia oraz oferty Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony w części IV zamówienia, a w następstwie odrzuciłby ww. oferty z uwagi na rażąco niską cenę, oferty Odwołującego zostałyby wybrane w części I oraz IV zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że po wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i IV zamówienia w dniu 27.12.2019 r. Odwołujący pisemnie powiadomił Zamawiającego, iż w jego ocenie cena zaoferowana przez wybranych wykonawców w części I i IV zamówienia jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp, o rażąco niskiej cenie może świadczyć okoliczność, iż cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wówczas Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W opinii Zamawiającego, ceny ofert wybranych w I i IV części zamówienia nie budzą żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez ww. wykonawców. Wartość brutto złożonych ofert nie jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa części I zamówienia wynosiła: 2 858 055,02 zł netto, co daje 3 515 407,68 zł brutto, stawka za godz. 20,00 zł netto/ 24,60 zł brutto. Wartość oferty Konsorcjum RR Security wynosi: 3011 527,35 zł netto, co daje 3704 178,64 zł brutto, stawka za godz. 21,06 zł netto/25,90 zł brutto. Wartość szacunkowa części IV zamówienia wynosiła: 1 481 496,59 zł netto co daje 1 822 240,80 zł brutto, stawka za godz. 18,74 zł netto/ 23,05 zł brutto. Wartość oferty Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony wynosi: 1 614 323,52 zł netto, co daje 1 985 617,93 zł brutto, stawka za godz. 20,42 zł netto/25,12 zł brutto.

Ceny zaoferowane przez Konsorcjum RR Security oraz przez Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony nie są również o 30% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Różnica między złożonymi ofertami była zbyt mała, aby podejmować działania, o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp. W części I zamówienia złożono 8 ważnych ofert. Wartość oferty RR Security Safety wynosi 3 704 178,64 zł brutto i jest wyższa o 578 882,68 złotych od średniej arytmetycznej ofert pomniejszonej o 30%. W części IV zamówienia złożono 6 ważnych ofert. Wartość oferty Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony wynosi: 1 985 617,93 zł brutto i jest wyższa o 300 752,66 zł od średniej arytmetycznej ofert pomniejszonej o 30%.

Nie wystąpiły zatem przesłanki, które powinny wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do zaoferowanych cen, skutkujące wezwaniem do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W związku z powyższym Zamawiający do realizacji zamówienia na usługę SUFO wybrał oferty najkorzystniejsze cenowo spełniające warunki zamówienia określone przez Zamawiającego, w części I – Konsorcjum RR Security oraz w części IV – Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony. Wobec powyższych wyjaśnień zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 — 4 Pzp jest bezpodstawny.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym Zamawiającego w 2020 r. Zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników ochrony w trybie umowy o pracę z jednoczesnym zakazem zatrudnienia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, nie dopuszcza umów zlecenia nawet w przypadku zastępstwa pracowników, co potwierdzają wyjaśnienia Zamawiającego do treści SIWZ udzielone na pytania wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił, co potwierdza treść protokołu postępowania, że wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego w oparciu o zrealizowane w latach ubiegłych umowy na te usługi z uwzględnieniem czynnika inflacji. Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia dokonał w sierpniu 2019. Jak wynika z protokołu postępowania (pkt 2), wartość zamówienia została ustalona w dniu 27.08.2019 na podstawie szacowania wartości zamówienia na podstawie internetowego rozpoznania rynku oraz danych z lat ubiegłych „powiększone o wskaźnik inflacji”. Zamawiający wyjaśnił, że w kalkulacji tej nie był brany pod uwagę wzrost płacy minimalnej planowany na rok 2020.

Ustalona w powyższy sposób wartość zamówienia nie uwzględnia zatem minimalnej stawki wynagrodzenia obowiązującej od 1 stycznia 2020 r., która uległa znacznemu podwyższeniu w stosunku do ubiegłego roku. W dniu 18 września 2019 r. w Dzienniku Ustaw zostało opublikowane rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku (Dz.U. 2019 poz. 1778), które ustala wysokość płacy minimalnej w 2020 r. na poziomie 2600 zł, a minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł. Przepisy powyższe weszły w życie od 1 stycznia 2020 roku.

Nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że oferty składane w przedmiotowym postępowaniu winny uwzględniać obowiązujące wymogi prawne, w tym wzrost płacy minimalnej od dnia 1 stycznia 2020 roku, biorąc pod uwagę termin realizacji przedmiotu zamówienia.

Fakt, że Zamawiający nie uwzględnił powyższych wymogów (m.in. wzrostu kosztów płacy minimalnej) w ramach szacowania wartości zamówienia powoduje, że w kontekście rażąco niskiej ceny odniesienie cen ofert do wartości zamówienia jest nie w pełni miarodajne. Dlatego też argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego wskazująca na brak różnicy 30% cen ofert do wartości zamówienia w części I i IV nie może przesądzać o niezasadności zarzutu co do błędnego uznania przez Zamawiającego, że wysokość ww. ofert nie wymaga badania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W części I zamówienia wybrane Konsorcjum RR Security złożyło ofertę z ceną 3 011 527, 35 zł netto/ 3 704 178,64 zł brutto, w tym stawka rbg - 21,06 zł netto/25,90 zł brutto.

W części IV zamówienia wybrane Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony zaoferowało cenę 1 614 323,52 zł netto/ 1 985 617,93 zł brutto, w tym stawka za rbg - 20,42 zł netto/ 25,12 zł brutto.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że przed rozprawą zwrócił się do wybranych wykonawców: Konsorcjum RR Security oraz Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony o przedłożenie kalkulacji cenowej oferty na potrzeby postępowania odwoławczego. Zamawiający otrzymał odpowiedzi od obu wykonawców (pisma z dnia 17 stycznia 2020 r.), kopie tych dokumentów Zamawiający złożył do akt sprawy, wskazując, że w ocenie Zamawiającego przedstawione kalkulacje w przypadku części I pozwalają na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że wykonawca Konsorcjum RR Security posiada własną grupę interwencyjną, a zatem nie wpływa to na koszt świadczenia usługi, posiada również sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia zgodnie ze specyfikacją, a także biuro na terenie Radomia wraz z pełnym zapleczem administracyjnym, a wszystko to ma wpływ na znaczące oszczędności jakie wykonawca może poczynić w trakcie realizacji zamówienia. W zakresie części IV złożone wyjaśnienia wskazują natomiast że wykonawca ustalił zysk na poziomie 5 863,32 zł miesięcznie, przy założeniu średniej ilości godzin na poziomie 6 588 i przy kosztach zatrudnienia pracownika na poziomie 19,53 zł za rbh. Wykonawca wyjaśnił, że posiada całe wyposażenie oraz sprzęt niezbędny do realizacji zadania, między innymi pojazd, umundurowanie pracownicze, środki przymusu bezpośredniego, systemy obchodów wartowników, radiotelefony przenośne i przewoźne, budki wartownicze oraz wiele innych, co wpływa znacząco na oszczędności, jakie wykonawca może poczynić w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca posiada również własne grupy interwencyjne, spełniające wymagania Zamawiającego, które nie stanowią w przypadku realizacji zamówienia dodatkowego obciążenia dla wykonawcy.

W toku rozprawy Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- ze szczegółowej kalkulacji kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowanej przez Odwołującego z wykorzystaniem kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne, przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym,

- z kalkulacji kosztów ochrony przygotowanej przez Polską Izbę Ochrony w zakresie kosztów płacowych w usługach ochrony na rok 2020 na okoliczność ustalenia minimalnej stawki kalkulacyjnej za godzinę ochrony w 2020 roku z uwzględnieniem stawki minimalnej obowiązującej od 1 stycznia 2020 r. w zakresie etatowej formy zatrudnienia, jak i w przypadku zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy zlecenia;

W danym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W danym stanie faktycznym brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że oferta złożona przez Konsorcjum: RR Security oraz oferta złożona przez Konsorcjum: Sokół Agencja Ochrony zawierają rażąco niskie ceny, zaś złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowałoby koniecznością odrzucenia ww. ofert w zakresie części I oraz części IV zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że ww. wymienieni wykonawcy nie byli wzywani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co wyłącza możliwość odrzucenia przez Zamawiającego ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, opierające się na ugruntowanym orzecznictwie TSUE w powyższej materii, jednoznacznie potwierdza, że wykonawca, którego oferta budzi wątpliwości w zakresie oceny czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, musi być wezwany do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami), dotyczących sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny oraz czynników i okoliczności, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przed uzyskaniem takich wyjaśnień od wykonawcy zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnego odrzucenia oferty tylko ze względu np. na jakikolwiek wskaźnik arytmetyczny wynikający z porównania ceny danej oferty do wartości zamówienia lub do średniej arytmetycznej

cen wszystkich złożonych ofert. Skoro zatem Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a Pzp, to stawianie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ww. ofert jako zawierających rażąco niskie ceny jest przedwczesne.

Odwolujący równocześnie nie wykazał w toku postępowania, że złożenie oferty przez Konsorcjum: RR Security oraz przez Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wskazał okoliczności, które wyczerpywałyby ogólne przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, stosownie do brzmienia art. 3 ust. 1 uznk, nie przedstawił także jakiegokolwiek argumentacji wskazującej jaki konkretny czyn nieuczciwej konkurencji został objęty zarzutem odwołania.

W okolicznościach tej sprawy Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w części I i IV zamówienia, wobec niewyjaśnienia uzasadnionych wątpliwości, które powinien był powziąć Zamawiający co do wysokości zaoferowanych przez ww. wykonawców cen oraz możliwości wykonania zamówienia za te ceny w sposób zgodny

z przepisami oraz z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności dotyczącymi obowiązku zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób

z orzecznym stopniem niepełnosprawności.

Za ofertę z rażąco niską ceną w szczególności należy uznać cenę, która nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej, a przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy za podaną cenę byłoby nieopłacalne. Jakiegokolwiek wątpliwości w powyższym zakresie powinny skutkować wezwaniem wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień.

Odwolujący, przedstawiając Zamawiającemu pismem z dnia 27 grudnia 2019 r. oraz w załączeniu do odwołania – na rozprawie kalkulację kosztów pracowników na potrzeby realizacji zamówienia w części I i IV zamówienia, wykazał, że zaoferowane przez Konsorcjum RR Security i Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony warunki cenowe na wykonanie zamówienia w istotny sposób poddają pod wątpliwość opłacalność złożonych ofert. Jednocześnie podkreślić należy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania ofert pod kątem braku przesłanek rażąco niskiej ceny. Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego kalkulacji, zaoferowane przez ww. wykonawców ceny nie odpowiadają typowym uwarunkowaniom rynkowym związanym z usługami ochrony osób i mienia, co wskazuje na uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. W przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji ograniczono koszty wyłącznie do kosztów płacy minimalnej oraz dodatku za godziny nocne wraz z kosztami zastępstwa pracowników przebywających na urlopie. Kalkulacja ta nie zawiera natomiast kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (broń, pojazdy), a składka wypadkowa została przyjęta na stosunkowo niskim poziomie 1% przy ustawowym 1,67%, jak również nie została uwzględniona składka na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych przy założeniu, że wszyscy pracownicy ustawowo zostali zwolnieni ze wskazanej składki, co wymagałoby zatrudnienia pracowników wyłącznie w wieku powyżej 60 lat (mężczyźni) oraz 55 lat (kobiety). Tzw. „czyste koszty pracy” w części I zamówienia wynoszą w przeliczeniu na roboczogodzinę 20,92 zł netto, co oznacza, że pozostała kwota przeliczona przez Odwołującego daje kwotę w skali miesiąca - 1668,07 zł, która musi wystarczyć na pokrycie wszelkich kosztów pozaosobowych realizacji zamówienia. W zakresie części IV zamówienia „czyste koszty pracy” wynoszą 20,94 zł netto, co wskazuje na zaniżenie kosztów realizacji zamówienia w stosunku do ceny oferty.

Zamawiający, powołując się na wyjaśnienia złożone przez wybranych wykonawców, nie wykazał natomiast, że przy wskazanych kosztach osobowych ceny ofert obejmują wszystkie pozostałe koszty konieczne do poniesienia przy prawidłowej realizacji zamówienia. Istotne wątpliwości budzi zatem kwestia opłacalności złożonych ofert - rentowności ceny zaoferowanej przez wykonawców w części I i IV zamówienia.

Izba zważyła również, że przedstawione przez Zamawiającego wyjaśnienia, złożone przez ww. wykonawców w dniu rozprawy „na potrzeby postępowania odwoławczego” nie stanowią wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu złożonych ofert w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Zauważyć należy, że wyjaśnienia powyższe zostały przedstawione na wezwanie Zamawiającego bez wskazania podstawy prawnej, co wskazuje że nie są one zgodne z procedurą określoną w ustawie Pzp. Ponadto, wyjaśnienia powyższe mają charakter w znacznym stopniu jedynie ogólny, pobieżny, a zatem nie stanowią przekonującego dowodu na okoliczność, że cena obu ofert jest realna i gwarantuje prawidłową realizację zamówienia. Jednocześnie, ze względu na to, że powyższe wyjaśnienia nie zostały złożone w oparciu

o przepisy ustawy Pzp (art. 90 ust. 1, ust. 1a, ust. 2 i ust. 3 Pzp) nie mogą one podlegać ocenie Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania. Dodatkowo należy podkreślić, że już sam fakt zaistnienia potrzeby pozyskania przez Zamawiającego stanowiska wykonawców w kontekście zarzutów rażąco niskiej ceny ich ofert zawartych w rozpoznawanym odwołaniu wskazuje na to, że Zamawiający, w świetle wątpliwości zasygnalizowanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 27 grudnia 2019 r. powinien był wezwać ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, w celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości.

Reasumując, w ocenie Izby powyższe okoliczności wskazują jednoznacznie na to, że oferty złożone przez Konsorcjum RR Security i Konsorcjum Sokół Agencja Ochrony wymagają wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zart. 90 ust. 2 Pzp wynika obowiązek wykazania przez wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu

w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów potwierdzających, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do jednoznacznego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne, poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....