

Sygn. akt: KIO 1851/21

WYROK
z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Rejonowy w Grójcu**

przy udziale wykonawcy: **SOKÓŁ Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Mogielnicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

2. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy: **SOKÓŁ Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Mogielnicy** do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaproponowanej w złożonej przez niego ofercie;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł. 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1851/21

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Grójcu (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn. „Kompleksowe świadczenie usług bezpośredniej ochrony fizycznej w budynku Sądu Rejonowego w Grójcu ul. Sportowa 14, 05-600 Grójec, numer sprawy F -232-03/2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00074234/01 z dnia 7 czerwca 2021 r.

W dniu 17 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: **SOKÓŁ Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Mogielnicy** (dalej „Sokół” lub „przystępujący”).

W dniu 22 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie, wobec podjętych w postępowaniu a niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Sokół pomimo, że ta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Sokół o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych wykonawców, w tym odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy ceną rynkową, a ceną zaoferowaną przez Sokół, w tym jednoznacznym wykazaniu, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie firmy Sokół;
- 2) art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez Sokół oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji w której zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, że wskazana oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;
- 3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez firmę Sokół warunki cenowe zawierają rażąco niską cenę, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego wymogów, 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 oferty wybranej przez zamawiającego;
- 4) art. 28 ustawy Pzp poprzez nie dochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia

obowiązujących cen i aktualnych realiów na rynku polskim,

co w konsekwencji doprowadziło do oszacowania wartości zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert, wezwania wykonawcy Sokół do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a także nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Sokół w związku

z faktem, iż jej cena jest rażąco niska, powtórzenie przez zamawiającego czynności oszacowania wartości zamówienia, a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,

o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: SOKÓŁ Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Mogielnicy.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.” w dniu

12 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w piśmie z 5 lipca 2021 r. (złożone

do akt sprawy w dniu 8 lipca 2021 r.), jednocześnie wnosząc o przeprowadzenie dowodu

z dokumentu w postaci kalkulacji cenowej oferty Sokół na okoliczność ustalenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z notatką zamawiającego sporządzoną na okoliczność szacowania wartości zamówienia, postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty wykonawcy Sokół złożonej w postępowaniu, po zapoznaniu się

z odwołaniem, odpowiedzią zamawiającego na nie, treścią pisma procesowego złożonego przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania

ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu

w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Sokół pomimo, że ta w ocenie odwołującego zawiera rażąco niską cenę a wykonawca, wbrew przepisom ustawy Pzp, nie został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła

do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z wnioskiem o udzielenie zamówienia, jak też notatką urzędową, sporządzonych w dniu 4 czerwca 2021 r. zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto: 243 900,00 zł. Z kolei kwota brutto, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 299 997,00 zł. Termin realizacji zamówienia określono na 12 miesięcy od 1 lipca 2021 r. do 30 czerwca 2022 r. Jednocześnie zamawiający obliczył, że mając na uwadze jego potrzeby, które opisał w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w zakresie dotyczącym obsady poszczególnych posterunków, przewidywana liczba godzin do przepracowania wynosi 13 058. Z treści powyższej notatki wynika również, że do zabezpieczenia posterunku 1 (całodobowy) minimalna, potrzebna liczba pracowników bezpośredniej ochrony fizycznej wynosi 3 osoby, zaś do zabezpieczenia posterunków 2 i 3

- po jednym pracownikiem. W konsekwencji, wyliczone przez zamawiającego koszty pracy opierały się na założeniu, że do realizacji zamówienia zostanie delegowanych 5 osób, a w przeliczeniu na ilość etatów - 5,63 (z uwzględnieniem dodatkowego pracownika - wymiar 0,63 etatu). Kalkulując koszty pracy zamawiający przyjął założenie, że pracownicy otrzymają najniższe wynagrodzenie, które w roku 2021 wynosi 2 800,00 zł. brutto.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w planie postępowań o udzielenie zamówień na 2021 rok, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2021 r. nr 2021/BZP 00015357/01/P wpisano zamówienie polegające na świadczeniu usług ochrony. Jednocześnie jako orientacyjną wartość zamówienia podano - 243 900,00 zł. Z kolei w 7 czerwca 2021 r.,

na platformie Smart PZP w Karcie Postępowania przedstawiono kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W protokole z prowadzonego postępowania, który zamawiający złożył także do akt sprawy, wpisano natomiast szacunkową wartość zamówienia, która ustalona została na podstawie sporządzonej notatki.

Ponadto Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IV SWZ przedmiotem zamówienia jest kompleksowe świadczenie usług bezpośredniej ochrony fizycznej w budynku Sądu Rejonowego w Grójcu, ul. Sportowa 14, 05-600 Grójec. Szczegółowy

opis oraz sposób realizacji zamówienia zawarto w Załączniku nr 5 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”). Zgodnie z nim ochrona Sądu Rejonowego w Grójcu miała polegać na ochronie budynku wraz z otoczeniem, osób i mienia tj. fizycznej ochronie życia i zdrowia pracowników oraz interesantów urzędu oraz wszelkiego mienia stanowiącego własność zamawiającego, bądź znajdującego się na terenie jego siedziby przed: kradzieżą, włamaniem, atakiem terrorystycznym, napadem rabunkowym, wandalizmem i chuligaństwem, awariami i wypadkami, w tym m. in. przed pożarem, zalaniem oraz innymi przypadkami naruszenia prawa i spokoju w urzędzie. Zgodnie z opisem obiekt budynku jest współdzielony z Prokuraturą Rejonową w Grójcu. Zamawiający wymaga współpracy z firmą świadczącą usługę ochrony dla Prokuratury Rejonowej w Grójcu. Całkowita powierzchnia obiektu wynosi 4400 m². Czynności wchodzące w zakres usługi obejmują również nadzorowanie podległego terenu przy użyciu zainstalowanej w obiekcie telewizji przemysłowej. Opis zadania monitoring: (a) Usługa będzie świadczona w systemie całodobowym 365 dni w okresie od 1 lipca 2021 roku do 30 czerwca 2022 r.; (b) obiekt Sądu Rejonowego w Grójcu przy ul. Sportowej 14 - system Galaxy;

(c) Obiekt w Białobrzegach – VIII Zamiejscowy Wydział Ksiąg Wieczystych przy ul. Kościelnej 110 – centrala CA64; (d) W zakresie monitoringu wchodzić będzie: całodobowy dozór sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych systemach alarmowych, uruchamianie grup interwencyjnych wykonawcy w sytuacjach alarmowych, powiadomienie Policji oraz osób upoważnionych ze strony zamawiającego o istniejącym zagrożeniu, usługa świadczona będzie przy ciągłej rejestracji zdarzeń, a baza danych zdarzeń z obiektu przechowywana będzie przez okres co najmniej dwóch miesięcy, wykonawca powinien posiadać techniczną i kadrową możliwość prowadzenia interwencji z czasem reakcji maksimum 10 minut. W tym celu wykonawca winien dysponować funkcjonującym całodobowo we wszystkie dni w roku centrum monitorowania systemów napadu i włamania wraz z grupą interwencyjną składającą się z minimum jednego pojazdu oraz minimum dwóch pracowników posiadających co najmniej legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego (dotyczy pracowników zabezpieczenia technicznego). Ponadto zakresem objęto: konwojowanie dokumentów lub materiałów zawierających informacje niejawne, zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 07.12.2011 r. w sprawie nadawania, przyjmowania, przewożenia, wydawania i ochrony materiałów zawierających informacje niejawne (Dz. U. 2011 r. Nr 271 poz. 1603) przystosowanym do tego celu pojazdem samochodowym w sposób uniemożliwiający dostęp osób nieuprawnionych do przesyłki, przy zapewnieniu ciągłego dozoru nad przesyłką przez konwojenta a także ochroną pracownika zamawiającego na trasie: Sąd Rejonowy w Grójcu, Grójec, ul. Sportowa 14 - Komenda Powiatowa Policji w Grójcu, ul. Brzozowa 108. Konwojent musi być wyposażony w środki łączności umożliwiające kontakt z nim podczas przewozu oraz zapoznany z zasadami postępowania z ochranianymi i przewożonymi przesyłkami.

Wymagania w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej (budynek sądu ul. Sportowa 14 , 05-600 Grójec): 3 pracowników ochrony w systemie : 1 pracownik ochrony całodobowo, który zobowiązany będzie do współpracy z pracownikiem ochrony zatrudnionym przez firmę świadczącą usługę ochrony dla Prokuratury Rejonowej w Grójcu; 2 pracowników ochrony:

w poniedziałki od godz. 07:30 do godz. 18:00, od wtorku do piątku od godz. 07:30 do godz. 15:30. W razie potrzeby zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o ilościowe zwiększenie obsady pracowników chroniących obiekt, lub zmianę godzin wykonywania usługi na warunkach finansowych określonych w § 4 pkt. 3 wzoru umowy, a wykonawca uwzględni zgłoszone potrzeby w terminie 3 dni roboczych.

Zamawiający zastrzegł w OPZ, że wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę (art. 95 ustawy Pzp) osób wykonujących w szczególności czynności w trakcie trwania zamówienia: bezpośrednia ochrona fizyczna.

Jednocześnie zamawiający sformułował dodatkowe wymagania, które muszą spełniać wszyscy pracownicy ochrony oddelegowani do realizacji zamówienia: (i) muszą posiadać ważne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą „poufne” oraz aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych, zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 742); (b) b) muszą posiadać co najmniej legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego (dot. pracowników zabezpieczenia technicznego); (c) biorąc pod uwagę specyfikę pracy Sądu - muszą być wyposażeni w przedmioty przeznaczone do obezwładniania osób za pomocą energii elektrycznej - paralizatory o wartości prądu w obwodzie przekraczającej 10 mA, pałki, kajdanki, środki łączności bezprzewodowej i posiadać aktualne pozwolenie na broń obiektową, zgodnie z ustawą z dnia 24 maja 2013 roku o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2418 z późn. zm.), ustawą z dnia 21 maja 1999 roku o broni i amunicji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 955) oraz rozporządzeniem MSWiA z dnia 21 października 2011 roku w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 992); (d) muszą mieć jednolity i estetyczny mundur wraz z identyfikatorem umożliwiającym identyfikację pracownika oraz podmiotu zatrudniającego; (e) muszą posiadać aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu

z zakresu ochrony radiologicznej oraz aktualne zaświadczenie lekarskie o braku przeciwwskazań do pracy przy urządzeniach rentgenowskich, zgodnie z wymogami ustawy

z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 623 z późn. zm.);

(f) pracownicy sprawujący bezpośrednią ochronę w budynku nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej; (g) pracownicy sprawujący bezpośrednią ochronę w budynku muszą być przeszkoleni z zakresu udzielania pierwszej pomocy przedmedycznej; (h) pracownicy nadzoru i pracownicy zabezpieczenia technicznego muszą posiadać ważne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą „poufne” oraz aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 742).

Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą, wykazu stałych pracowników oddelegowanych do realizacji zamówienia z podaniem stopnia, numeru legitymacji pracownika ochrony fizycznej/ zabezpieczenia technicznego oraz numeru pozwolenia na broń a także przedstawienia w ofercie listy pracowników rezerwowych

w przypadku: urlopu, choroby itp. sytuacji wraz z informacją o osobie pełniącej funkcję nadzoru lub dowodzenia nad pracownikami.

Izba ustaliła także, że w odpowiedzi na ogłoszenie oferty złożyło czterech wykonawców: (1) wykonawcy wspólnie

ubiegający się o zamówienie: STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Polska STEKOP - OCHRONA Sp. o.o. z siedzibą w Choroszczu - cena 397 392,24 PLN; (2) odwołujący - cena 378 658,92 PLN; (3) przystępujący - cena 339 044,28 PLN; (4) Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli - cena 404 016,60 PLN.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 28 ustawy Pzp poprzez nie dochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów na rynku polskim, co w konsekwencji doprowadziło do oszacowania wartości zamówienia na poziomie nierealnym - Izba uznała przedmiotowy zarzut za spóźniony.

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należyłą starannością. Jednocześnie, zgodnie z art. 36 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Informację na temat szacunkowej wartości zamówienia zamieszcza się w protokole z prowadzonego postępowania, a ten jest jawny, o czym stanowi art. 74 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę, na podstawie dokumentacji z prowadzonego postępowania, zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2021 r., nr 2021/BZP 00015357/01/P plan postępowań o udzielenie zamówień na 2021 r., wpisując w nim zamówienie polegające na świadczeniu usług ochrony. Jednocześnie podano jako orientacyjną wartość zamówienia - 243 900,00 zł. Z kolei szacunkową wartość zamieszczono w protokole postępowania informując, że szacowanie zostało dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odwołujący mógł zatem, już po wszczęciu postępowania przez zamawiającego, mając wiedzę co do zakresu zamówienia i warunków, na jakich będzie świadczona usługa, złożyć wniosek o udostępnienie protokołu, czego nie uczynił.

Przypomnieć należy, że terminy na wniesienie środków ochrony prawnej zostały określone w art. 515 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku gdy wartość zamówienia, jak to mam miejsce w tym postępowaniu, jest mniejsza niż progi unijne. Skoro zatem odwołujący mógł informację na ten temat powziąć z treści protokołu postępowania, to zarzuty kierowane wobec niezgodnej z przepisami czynności, dotyczącej oszacowania wartości zamówienia na poziomie nierealnym tj. nie pokrywającym kosztów jego realizacji - należało uznać za spóźnione.

Jednocześnie Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Sokół o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że w świetle wyżej przytoczonych zapisów SIWZ, w tym w szczególności OPZ, nie może budzić wątpliwości, że zamawiający w sposób precyzyjny opisał wymagania, które spełniać musi wykonawca realizujący wskazane tam czynności. W szczególności zastrzegł, że wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących w szczególności czynności polegające na bezpośredniej ochronie fizycznej. Jednocześnie wskazał w jaki sposób ochrona ta ma być świadczona (opisał w jakim wymiarze godzin, jak mają być wyposażeni pracownicy, określił jakimi uprawnieniami powinni się legitymować). Dodatkowo, w zakresie zlecanego zadania ujęto również monitoring oraz konwojowanie dokumentów lub materiałów zawierających informacje niejawne. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie powyższe wymagania powinny zostać uwzględnione i znajdować odzwierciedlenie w cenie oferty.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co jednak należy wskazać: o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości 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. Zgodnie z art. 224 ust. 6 zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy w pierwszej kolejności Izba dostrzegła, że w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Sokół o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, określone w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Nie sposób jednak podzielić oceny, że w świetle określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań cena zaproponowana w ofercie przez tego wykonawcę nie powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Ponownie należy podkreślić, co jest istotne w niniejszej sprawie, że zamawiający

w SWZ wymagał, aby osoby wykonujące czynności polegające na bezpośredniej ochronie fizycznej były zatrudnione na umowy o pracę. Opisał ponadto na ilu posterunkach oraz w jakim wymiarze godzin praca ta ma być świadczona. W konsekwencji każdy wykonawca, kalkulując wynagrodzenie osób świadczących bezpośrednią ochronę fizyczną winien tak wyliczyć cenę, aby kwota przez niego zaproponowana uwzględniała konieczne, wynikające z przepisów dodatki do wynagrodzenia (np. praca w porze nocnej) czy też konieczność wypłacenia wynagrodzenia za czas urlopu. Kalkulacja powinna przewidywać również, że konieczna będzie wypłata wynagrodzenia za czas usprawiedliwionej nieobecności w pracy. Przepisy prawa pracy precyzują bowiem jaki jest wymiar czasu pracy osoby zatrudnionej na umowę o pracę, ile i kiedy pracownik powinien odpoczywać, a także określają kiedy przepracowana godzina staje się godziną nadliczbową, za jaką należy się odpowiedni dodatek.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, co wynika z notatki zamawiającego sporządzonej na okoliczność szacowania rażąco niskiej ceny, suma wszystkich godzin do przepracowania na 3 posterunkach wynosi w całym okresie świadczenia usług (12 miesięcy) - 13 058. Oznacza to, że aby zapewnić pełną obsadę na posterunkach, przestrzegając jednocześnie wymagań wynikających z kodeksu pracy, należy zapewnić obsadę co najmniej 6,48 etatu. Rozbieżność w stanowiskach zamawiającego i odwołującego wynikała zasadniczo z tego, że zamawiający, szacując wartość zamówienia (w tym wliczając koszty pracy, które będzie musiał ponieść wykonawca z tytułu realizacji zamówienia) przyjął założenie, że wystarczające jest 5,63 etatu, aby obsadzić w pełnym zakresie wszystkie posterunki. W swoich szacunkach zamawiający zakładał także minimalne koszty zatrudnienia pracownika a więc, że osoby te będą otrzymywały wynagrodzenie na poziomie najniższej krajowej (2 800,00 zł. brutto).

Jakkolwiek Izba uznała zarzut błędnego oszacowania wartości zamówienia za spóźniony, to jednak oceniając oferty w zakresie zaproponowanej przez wykonawców ceny, zamawiający powinien zweryfikować swoje stanowisko zwłaszcza, że odwołujący przedstawił stosowną kalkulację, z której wynika, że cena którą zaproponował w ofercie Sokół nie pokrywa nawet kosztów pracy tj. zatrudnienia pracowników, nie mówiąc już o konieczności wyposażenia ich w broń czy umundurowania.

Zamawiający winien zatem dostrzec, że w przypadku zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę pracodawca musi przestrzegać określonych zasad wynikających z Kodeksu pracy, o czym była mowa powyżej. Tymczasem zamawiający przewiduje np. obsadzenie całodobowego posterunku 3 osobami, które w rezultacie (przy założeniu, że miesiąc ma 30 dni) musiałyby przepracować po 240 h w miesiącu każda.

Zgodnie z art. 224 ustawy Pzp jeżeli zaferowana 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. Oznacza to, że zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poweźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego wymagania, zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Izba dostrzegła wprawdzie, że przepisy ustawy Pzp posługują się w tym przypadku pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, jak też wskazują na przypadki gdy „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. W odniesieniu zatem do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na odwołującym. W ocenie Izby odwołujący w sposób dostateczny wykazał, że zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy powinien wezwać Sokół do złożenia stosownych wyjaśnień. Przywołał istotne elementy opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowe wymogi dotyczące jego realizacji i wyjaśnił w jaki sposób przekładają się one na koszty jego wykonania. Zwrócił też uwagę, że zamawiający błędnie przyjął założenia wynikające z kalkulacji ceny. Posługując się kalkulatorem do obliczenia ceny, zamieszczonym na stronie ZUS wykazał, że nawet kalkulując wynagrodzenie na poziomie najniższej krajowej cena oferty Sokół nie pokrywa kosztów wynikających z konieczności zatrudnienia osób na umowy o pracę. Nie może umknąć również uwadze, że oprócz tych kosztów konieczne jest poniesienie innych, wynikających z wymagań zamawiającego tj. umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, szkoleń i nadzoru nad realizacją usługi.

Nietrafiona jest argumentacja zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że po otwarciu ofert porównywał swoje ustalenia i szacunek z cenami występującymi w innych sądach rejonowych na terenie kraju i skoro ceny przyjętych ofert

w innych sądach o podobnych warunkach, są porównywalne z szacunkiem przyjętym przez zamawiającego oraz z najniższą ofertą przyjętą w wyniku postępowania, to powyższe dowodzi, że cena zaproponowana przez Sokół nie jest rażąco niska. Przypomnieć należy,

że badanie ceny ma miejsce w danym postępowaniu, gdyż uwzględniać musi okoliczności i warunki sformułowane przez zamawiającego w SWZ. Nawet jeśli mamy do czynienia z podobną usługą ochrony, to jednak jak wykazywał odwołujący na rozprawie warunki ich świadczenia mogą się znacząco różnić, co już samo w sobie wpływa na to jakie koszty jest zobowiązany w swojej ofercie uwzględnić wykonawca.

Nie sposób też zaakceptować stanowiska zamawiającego, prezentowanego na rozprawie, który podnosił, że jego szacunki były sporządzone przy założeniu, że pracownicy będą obecni na posterunkach przez pełną liczbę godzin, tak jak zostało to opisane w SWZ. Tymczasem w dalszym ciągu mamy stan pandemii więc z pewnością godziny urzędowania sądów, a co za tym idzie konieczność obsadzenia posterunków - będzie redukowana.

W konsekwencji oferta cenowa wykonawcy Sokół z pewnością pokryje wszystkie koszty wynikające z konieczności zapewnienia obsady posterunków w rzeczywistym, ograniczonym zakresie. Innymi słowy zamawiający doszedł do przekonania, że jeśli nawet cena oferowana przez Sokół jest zaniżona w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ,

to jednak pokryje koszty wykonawcy realizującego usługi w mniejszym wymiarze godzin. Taka ocena jest nieuprawniona, gdyż po pierwsze warunki opisane w SWZ są jednakowe dla każdego, ubiegającego się o zamówienie podmiotu, a ponadto każdy z wykonawców kalkulując swoją ofertę opiera się wyłącznie na opisie zawartym w dokumentacji postępowania. Każde inne założenia czy to wykonawcy, czy też zamawiającego nie znajdujące odzwierciedlenia w SWZ - nie mogą wpływać na sposób kalkulacji ceny ofertowej.

Na koniec nie sposób nie odnieść się do kalkulacji Sokół, przedstawionej przez niego jako dowód w sprawie i argumentacji, którą przywołał w treści pisma uzasadniając rynkowy charakter ceny. Nie są to wprawdzie wyjaśnienia składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zatem jako takie nie służą do oceny realności i rzetelności sporządzonej przez tego wykonawcę kalkulacji. Nie sposób jednak nie dostrzec, że założenia Sokół takie jak: brak zastępstw podczas absencji (pokryje z własnych środków) czy też okoliczność, że pracownik nie jest zobowiązany wykorzystać urlop w danym roku i może go wykorzystać w roku kolejnym - również stanowią potwierdzenie, że sposób w jaki wykonawca Sokół kalkuluje swoją ofertę wymaga złożenia stosownych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, 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 2021 r., poz. 1129) oraz §7 ust. 1 pkt 1 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 :.....