Sygn. akt: KIO 3703/21

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2021 r. przez wykonawcę SIGN Polska sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu, ul. Krakowskie Przedmieście 15/17, 00-071 Warszawa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „APGG" sp. z o.o., ul. F. Nowowiejskiego 2/84, 20-880 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED." PLUS A.P. sp. z o.o., ul. Tartaczna 5, 26-600 Radom,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców:

- konsorcjum „APGG" sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED." PLUS A.P. sp. z o.o.,

- konsorcjum MJK sp. z o.o., MATPOL GRUPA sp. z o.o. oraz MATPOL GRUPA BIS sp. z o.o.,

na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących cen ich ofert, w szczególności w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzeń oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Ministerstwo Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu, ul. Krakowskie Przedmieście 15/17, 00-071 Warszawa odwołującego, i:

2.1. 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,

2.2. zasądza od zamawiającego: Ministerstwa Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu, ul. Krakowskie Przedmieście 15/17, 00-071 Warszawa, na rzecz odwołującego: SIGN Polska sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin, kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3703/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Ministerstwo Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu, ul. Krakowskie Przedmieście 15/17, 00-071 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa ochrony osób i mienia w budynkach Ministerstwa Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu w Warszawie wraz

z obsługą recepcji", numer referencyjny: 20/US/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.10.2021 r., nr 2021/BZP 00240588.

Pismem z dnia 16.12.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: „APGG" sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED." PLUS A.P. sp. z o.o.

W dniu 21.12.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SIGN Polska sp. z o.o., ul. Władysława Szafera 3/5/7, 71-245 Szczecin (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego konsorcjum APGG do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji gdy istotna część składowa ceny, jaką stanowią koszty pracy pracowników, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników,

2) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego konsorcjum MJK do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji gdy istotna część składowa, jaką stanowią koszty pracy pracowników są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników,

3) art. 204 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej: „uznk", poprzez wybór oferty konsorcjum APGG w postępowaniu jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników,

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 uznk, poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MJK, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników,

5) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum APGG w postępowaniu w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów,

6) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MJK w postępowaniu w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku ustalonego na podstawie właściwych przepisów,

7) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 204 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu konsorcjum APGG podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

8) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie w postępowaniu oferty konsorcjum MJK podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„Zamawiający wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę. Stanowisko to potwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SWZ z dnia 27 października 2021 roku. (...) Pytania Wykonawców dotyczyły także możliwości zatrudnienia osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. W piśmie z dnia 25 października 2021 roku Zamawiający odpowiadając na pytania 1 i 4 udzielił jednobrzmiącej odpowiedzi: „Zamawiający nie dopuszcza realizacji przedmiotu usługi w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej przez osoby niepełnosprawne.” (.) Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14

września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku, ustalono obowiązujące od 1 stycznia 2022 roku minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3.010.00 zł brutto. Termin składania ofert mijał w dniu 8 listopada 2021 roku, zatem minimalne wynagrodzenie znane

było już w dniu składania ofert, co wyklucza potencjalne twierdzenia wykonawców, którym Odwołujący zarzuca zaoferowanie ceny rażąco niskiej o braku możliwości uwzględnienia tych wartości w ofercie.

Poniżej w formie tabeli, Sign przedstawia wyliczenie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę w 2022 roku dla pracowników. (...)

Tym samym minimalne koszty związane jedynie z zatrudnieniem pracownika (bez pozostałych kosztów, które należy uwzględnić przy wyliczeniu oferty aby była ona zgodna z SWZ) to według wyliczeń Odwołującego:

Stawka za 1 rbh (netto) w 2022 roku	
Minimalny koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę, zgodnie z SWZ	23,30 zł

Warto także wskazać, że realizacja zamówienia przez kwalifikowanych pracowników ochrony powoduje wzrost kosztów wykonania zamówienia. Kwalifikowani pracownicy ochrony, z racji posiadania dodatkowych kwalifikacji, co do zasady nie podejmują zatrudnienia za minimalne wynagrodzenie za pracę. Zatrudnienie takich pracowników wiąże się z koniecznością zapłaty wyższego wynagrodzenia niż niekwalifikowanym pracownikom

ochrony, tj. wynagrodzenia przekraczającego wysokość minimalnego za pracę.

Kryterium doświadczenia kwalifikowanych pracowników ochrony wyznaczonych do realizacji zamówienia zarówno konsorcjum APGG, jak i konsorcjum MJK, zostało ocenione na maksymalną liczbę punktów (40 pkt). Podmioty te wskazały, że do realizacji zamówienia wyznaczą pracowników posiadających powyżej 6 lat doświadczenia, co dodatkowo może wskazywać, że nie są to pracownicy których udałoby się zatrudnić za minimalne wynagrodzenie w wysokości 3.100,00 zł brutto. (...)

Dokonując na tej podstawie wyliczenia stawek zaoferowanych przez Konsorcjum AGPP, Odwołujący skonstatował, że nie pozwalają one na pokrycie kosztów wynagrodzenia minimalnego pracowników, co pokazuje szczegółowo poniższa tabela.

Lp.	Nazwa usługi/funkcji pracownika recepcji	Całodobowy/ Ustawowy dodatek za godziny nocne	ilość rbg w skali miesiąca	ilość rbg w skali kontraktu	Zaoferowana wartość brutto (z 23% VAT) w skali miesiąca	Zaoferowana wartość brutto (z 23% VAT) w skali kontraktu	Stawka za 1 rbh przyjęta do kalkulacji brutto (z VAT)	Stawka za 1 rbh przyjęta do kalkulacji netto (bez 23% VAT)
	Wartość wynagrodzenia brutto za 500 godzin pełnienia dodatkowej usługi ochron przez kwalifikowanych	nie dotyczy	nie dotyczy	500	nie dotyczy	11 035,CO zł	22,07 zł	17,94 zł
2	Ochrona osób i mienia przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w Warszawie	TAK	2928	35136	80 000,00 zł	960 000,00 zł	27,32 zł	22,21 zł
	Ochrona osób i mienia przy ul. Trębackiej 3 Warszawie	TAK	732	8784	20 541,00 zł	246 492,00 zł	28,06 zł	22,81 zł
	Ochrona osób mienia przy ul. Ksawerów 13 w	TAK	1464	17568	40 000,00 zł	80 000,00 zł	27,32 zł	22,21 zł
5	Ochrona osób i mienia przy ul, Krakowskie Przedmieście 21/23 w Warszawie	TAK	732	8784	21 000,00 zł	252 000,00 zł	28,69 zł	23,32 zł
	Obsługa recepcji przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w	NIE	168	2016	4 500,00 zł	54 000,00 zł	26,79 zł	21,78 zł
7	Obsługa portierni przy ul. Krakowskie Przedmieście IS 17 w	NIE	168	2016	4 500,00 zł	54 000,00 zł	26,79 21	21,78 zł
8	Obsługa recepcji przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w Warszawie	NIE	168	2016	4 500,00 zł	54 000,00 zł	26,79 zł	21,78 zł
				Łącznie	175 041,00 zł	2 111 527,00 zł		

Jednoznacznie pokazuje, to że jedynie w przypadku usługi z pkt 5 stawka konsorcjum APGG o 1 grosz przewyższa minimalne koszty zatrudnienia. Niemniej nawet w tym przypadku należy wziąć pod uwagę, że koszt wynagrodzenia pracowników nie jest jedynym kosztem, który wykonawcy są obowiązani uwzględnić w kalkulacji cenowej.

Odwołujący wychodzi z założenia, że każda z zaoferowanych stawek, powinna spełniać wymogi SWZ i pozwalać na pokrycie kosztów realizacji zamówienia oraz zysk wykonawcy. (...)

Niemniej nawet gdyby podzielić odmienny pogląd, zgodnie z którym przy ocenie rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całościową cenę ofertową, także w tym przypadku

widać, że uśredniona stawka godzinowa nie pozwala na pokrycie nawet kosztów

zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, zatem dalej stanowi cenę rażąco

niską.

Cena ofertowa z VAT (23%)	2 111 527,00 zł
Cena ofertowa bez VAT	1 716 688, 62 zł
Uśredniona stawka zaoferowana przez Wykonawcę za 1 roboczogodzinę usługi	22,60 zł

minimalny koszt realizacji usługi przez osobę pełnosprawną (Zamawiający w treści odpowiedzi na pytania dopuścił realizacji usługi bezpośredniej ochrony fizycznej przez osoby niepełnosprawne)	23,30 zł

(...) Gdyby dodatkowo uwzględnić w kalkulacji wartości wynikające z minimalnego wynagrodzenia zwiększonego 0 10%, które należałoby zgodnie z rynkową tendencją zaoferować pracownikom kwalifikowanym, to jeszcze bardziej widoczne byłoby, że realizacja zamówienia przy tych stawkach nie pokrywa nawet kosztów wynagrodzenia pracowników, a tym samym jako niezgodna z ustawą podlega odrzuceniu.

Także uwzględnienie składki na PPK, podwyższyłoby koszty pracowników, a nie można wykluczyć, że część z pracowników wykonawcy korzysta z tego programu.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że stawka 22,60 zł jest niewątpliwie rażąco niska i nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia. (.)

Zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, jednakże nawet przy uwzględnieniu minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę obowiązujących od 2022 roku stawki konsorcjum MJK są niemożliwe do realizacji, a cenę należy uznać za rażąco niską. (.)

Dokonując na tej podstawie wyliczenia stawek zaoferowanych przez Konsorcjum MJK, Odwołujący skonstatował, że nie pozwalają one na pokrycie kosztów wynagrodzenia minimalnego pracowników, co pokazuje szczegółowo poniższa tabela.

	Nazwa usługi/funkcji pracownika recepcji	Obiekt Całodobowy/ Ustawowy dodatek za godziny nocne	Szacunkowa ilość rbg w skali miesiąca	Szacunkowa ilość rbg w skali kontraktu	Zaoferowana wartość brutto (2 23% VAT) w skali miesiąca	Zaoferowana wartość brutto (z 23% VAT) w skali kontraktu	Stawka za 1 rbh przyjęta do kalkulacji brutto (z VAT)	Stawka za 1 rbh do kalkulacji netto (bez 23% VAT)
	Wartość wynagrodzenia brutto za 500 godzin pełnienia dodatkowej usługi ochrony przez kwalifikowanych	nie dotyczy	nie dotyczy	500	nie dotyczy	15 070,00 zł	30,14 zł	24,50 zł
2	Ochrona osób i mienia przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w Warszawie	TAK	2928	35136	66 006,60 zł	92 079,20 zł	22,54 zł	18,33 zł
	Ochrona osób I mienia przy ul. Trębackiej 3 Warszawie	TAK	732	8784	22 002,20 zł	264 026,40 zł	30,06 zł	24,44 Zł
	Ochrona osób i mienia przy ul. Ksawerów 13 w Warszawie	TAK	1464	17568	44 004,40 zł	528 052,80 zł	30,06 zł	24,44 zł
5	Ochrona osób i mienia przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w	TAK	732	8784	22 002,20 zł	264 026,40 zł	30,06 zł	24,44 zł
6	Obsługa recepcji przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w Warszawie	NIE	168	2016	7 852,32 zł	227,84 zł	46,74 zł	38,00
7	Obsługa portem] przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w Warszawie	NIE	168	2016	5 063,52 zł	60 762,24	30,14 zł	24,50 zł
	Obsługa recepcji przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w	NIE	168	2016	7 852,32 zł	94 227,84 zł	46,74	38,00
				Łącznie	174 783,56 zł	2 112 472,72 zł		

Jednoznacznie pokazuje, to w przypadku usługi z pkt 2 konsorcjum MJK jest o 4,97 zł niższa niż minimalne koszty zatrudnienia, a co więcej jest to posterunek, na którym realizowanych jest najwięcej godzin. Podkreślić dodatkowo należy, że koszt wynagrodzenia pracowników nie jest jedynym kosztem, który wykonawcy są obowiązani uwzględnić w kalkulacji cenowej.

Odwołujący wychodzi z założenia, że każda z zaoferowanych stawek, powinna spełniać wymogi SWZ i pozwalać na pokrycie kosztów realizacji zamówienia. (.) Niemniej nawet gdyby podzielić odmienny pogląd, zgodnie z którym przy ocenie rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całościową cenę ofertową, także w tym przypadku widać, że uśredniona stawka godzinowa nie pozwala na pokrycie nawet kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, zatem dalej stanowi cenę rażąco niską.

Cena ofertowa z VAT (23%)	2 112 472,72 zł
Cena ofertowa bez VAT	1 717 457,50 zł
Uśredniona stawka zaoferowana przez Wykonawcę za 1 roboczogodzinę usługi	22,61 zł
minimalny koszt realizacji usługi przez osobę pełnosprawną (Zamawiający w treści odpowiedzi na pytania dopuścił realizacji usługi bezpośredniej ochrony fizycznej przez osoby niepełnosprawne)	23,30 zł

(.) Gdyby dodatkowo uwzględnić w kalkulacji wartości wynikające z minimalnego wynagrodzenia zwiększonego 0 10%, które należałoby zgodnie z rynkową tendencją zaoferować pracownikom kwalifikowanym, to jeszcze bardziej widoczne byłoby, że realizacja zamówienia przy tych stawkach nie pokrywa nawet kosztów wynagrodzenia pracowników, a tym samym jako niezgodna z ustawą podlega odrzuceniu.

Także uwzględnienie składki na PPK, podwyższyłoby koszty pracowników, a nie można wykluczyć, że część z pracowników wykonawcy korzysta z tego programu.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że stawka 22,61 zł jest niewątpliwie rażąco niska i nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników, nie wspominając już o pozostałych kosztach związanych z realizacją zamówienia. (.)

Tym samym zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień należy traktować jako naruszenie PZP, a także może być w ocenie Odwołującego traktowane jako nierówne traktowanie wykonawców i naruszające uczciwą konkurencję. (.)

Przenosząc powyższe rozważania, na grunt omawianej sprawy należy zauważyć, że wobec faktu, że konsorcjum APGG złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy w ww. częściach. Także z tych samych powodów odrzucić należało ofertę złożoną przez konsorcjum MJK. (.)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum APGG jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty konsorcjum APGG, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

3) odrzucenia oferty konsorcjum MJK, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

4) ewentualnie - ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty konsorcjum APGG i oferty konsorcjum MJK, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami swz,

5) ewentualnie - w przypadku przyjęcia, iż oferta konsorcjum APGG nie podlega odrzuceniu - wezwania konsorcjum APGG do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny poprzez złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp,

6) ewentualnie - w przypadku przyjęcia, iż oferta konsorcjum MJK nie podlega odrzuceniu - wezwania konsorcjum MJK do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny poprzez złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27.12.2021 r. wykonawca konsorcjum: „APGG” sp. z o.o., ul. F. Nowowiejskiego 2/84, 20-880 Lublin oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED.” PLUS A.P. sp. z o.o., ul. Tartaczna 5, 26-600 Radom (dalej: „przystępujący”), zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 04.01.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia w budynkach Ministerstwa Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu wraz z obsługą recepcji, polegającej na sprawowaniu bezpośredniej ochrony fizycznej budynków oraz zatrudnionych i przebywających w nich osób - wraz z parkingami i garażem podziemnym - położonych w:

a) Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17,

b) Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23,

c) Warszawie przy ul. Ksawerów 13,

d) Warszawie przy ul. Trębacka 3 (garaż).

wraz z obsługą recepcji i portierni, mieszczącej się w budynku przy ul. Krakowskie Przedmieście15/17 w Warszawie oraz recepcji w budynku przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w Warszawie.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 1.946.150,29 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 2.249.907,11 zł brutto.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 2.111.527,00 zł brutto (po poprawce). Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest wyższa o ok. 7,84% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 6,16% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Z kolei konsorcjum MJK sp. z o.o., MATPOL GRUPA sp. z o.o. i MATPOL GRUPA BIS sp. z o.o. złożyło ofertę z ceną 2.112.472,72 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty ww. konsorcjum jest wyższa o ok. 7,88% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 6,11% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Pismem z dnia 25.10.2021 r. zamawiający odpowiedział na pytania wykonawców:

„Pytania nr 1 i 2 :

(...) 1. W związku z wymogiem Zamawiającego określonym w treści SWZ oraz OPZ w zakresie realizacji usługi bezpośredniej ochrony fizycznej przez kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, proszę o potwierdzenie, że zgodnie z brzmieniem art. 26 pkt. 3 ppkt. 7 oraz art. 33 pkt. 2 ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r. Zamawiający nie dopuszcza realizacji przedmiotu usługi w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej przez osoby niepełnosprawne? (...)

2. Czy Zamawiający wymaga od Wykonawcy realizacji wszystkich godzin usługi ochrony fizycznej w ramach umowy o pracę? Tzn. że na Wykonawcy ciąży obowiązek oddelegowania pracowników realizujących usługę w ramach umowy o pracę w czasie urlopów czy zwolnień chorobowych?

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający nie dopuszcza realizacji przedmiotu usługi w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej przez osoby niepełnosprawne.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji przedmiotu umowy w całym okresie jej trwania, za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.”

Pismem z dnia 27.10.2021 r. zamawiający odpowiedział na pytania wykonawców:

„Pytanie Nr 2

Czy Zamawiający wymaga by każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony była świadczona wyłącznie na podstawie umowy o pracę?

Odpowiedź na pytanie Nr 2

Tak. Zamawiający wymaga by każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony była świadczona wyłącznie na podstawie umowy o pracę (patrz odpowiedź na pytanie 11).”

„Pytanie Nr 3

Proszę o informację czy Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy obowiązujące w roku 2022?

Odpowiedź na pytanie Nr 3

Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert.”

„Pytanie Nr 10

Proszę o podanie liczby rbg koniecznej do obliczenia ceny ofertowej w formularzu.
Odpowiedź na pytanie Nr 10

Do oszacowania ilości roboczogodzin w miesiącu proszę przyjąć następujące założenia:

a) 240 godzin na miesiąc dla jednego pracownika w systemie pracy 24 godz. na dobę dla jednej zmiany. Potrzebne będą 3 składy (3 razy 8 = 24 pracowników);

b) 176 godzin na miesiąc dla jednego pracownika w systemie 1-zmianowym (przy 3 pracownikach);

c) Dodatkowo uwzględnić 500 godzin, związanych z koniecznością rozszerzenia zakresu ochrony o dodatkowych pracowników, w przypadkach szczególnych, np. przy organizowaniu wydarzeń na terenie MKiDN.”

„Pytanie Nr 11

Czy w przypadku zadeklarowania przez pracownika ochrony pracy powyżej pełnego etatu, Zamawiający oprócz wymogu umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin, pozostawia gestii Wykonawcy formę zatrudnienia w dodatkowym wymiarze roboczogodzin dla tego samego pracownika?

Odpowiedź na pytanie Nr 11

Pracownik ochrony wykonujący świadczenie na podstawie umowy zawartej z Wykonawcą może wykonywać je tylko w ramach umowy o pracę. Ewentualne zatrudnienie pracownika ponad limit godzin wynikający z umowy o pracę może być rozliczany wyłącznie w ramach nadgodzin wynikających z umowy. Równocześnie Zamawiający informuje, że Wykonawca sam decyduje w jakim wymiarze zatrudni pracowników ochrony na umowę o pracę.”

Pismem z dnia 16.12.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta konsorcjum MJK sp. z o.o., MATPOL GRUPA sp. z o.o. i MATPOL GRUPA BIS sp. z o.o., zaś na trzecim miejscu oferta odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego i konsorcjum MJK sp. z o.o., MATPOL GRUPA sp. z o.o. i MATPOL GRUPA BIS sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum MJK") do złożenia wyjaśnień dotyczących cen ich ofert, należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

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

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

Z przytoczonych przepisów wynika, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty nie tylko wtedy, gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen ofert (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), ale także wtedy gdy zaoferowana

cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że nawet cena, która nie jest niższa od ww. wskaźnika 30%, może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tejże ceny.

W przedmiotowej sprawie istnieją okoliczności, które mogłyby uzasadniać brak wątpliwości zamawiającego co do cen kwestionowanych ofert. W szczególności ceny te są wyższe niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT i jedynie o kilka procent niższe od średniej arytmetycznej ofert. W dodatku ceny te są też niższe tylko o kilka procent od ceny oferty odwołującego.

Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że usługi ochrony należą do usług, w których podstawowym kosztem cenotwórczym są wynagrodzenia pracowników. Wysokość tych wynagrodzeń w dużej mierze wynika z obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Prawidłowe wyliczenie kosztów wynagrodzenia ma więc kluczowe znaczenie dla prawidłowości wyliczenia ceny ofert szczególnie w przypadku usług ochrony.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł przede wszystkim argumenty dotyczące tego, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w cenie oferty koszty pracy zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu składania ofert, czyli zgodnie ze stawkami obowiązującymi w 2021 r., że zakaz zatrudnienia osób niepełnosprawnych dotyczył wyłącznie osób wykonujących bezpośrednią ochronę fizyczną oraz że możliwe było zatrudnienie emerytów.

W przedmiotowej sprawie odwołujący przedstawił wyliczenia, w których uwzględnił wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2022 r. i w oparciu m.in. o ten wskaźnik stwierdził, że nie sposób wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w swz za ceny zaoferowane przez przystępującego i konsorcjum MJK. Wobec jednak argumentacji zamawiającego odnoszącej się do obowiązku uwzględnienia stawek wynagrodzenia obowiązujących w 2021 r. i możliwości zatrudnienia emerytów, odwołujący przedstawił na rozprawie dowody w postaci wydruków z systemu księgowo-kadrowego, z których wynika, że nawet uwzględniając przysługujące pracownikowi świadczenia emerytalne i zakładając, że nie będzie on w ogóle przebywał na zwolnieniach z tytułu choroby, wartość 1 roboczogodziny wyniesie 22,96 zł netto z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych oraz 21,52 zł netto bez uwzględnienia pracy w godzinach nocnych.

W konsekwencji odwołujący wyliczył, że minimalny koszt wynagrodzeń wyniesie 2.161.163,94 zł, co jest kwotą wyższą zarówno od ceny oferty przystępującego, jak i ceny oferty konsorcjum MJK. Tym samym, niezależnie od wyliczeń zawartych w odwołaniu i opartych na stawkach z 2022 r., odwołujący odnosząc się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, przedstawił na rozprawie także wyliczenia oparte na stawkach z 2021 r. z uwzględnieniem przysługujących pracownikowi świadczeń emerytalnych.

Należy w tym miejscu zauważyć, że obecny na rozprawie przystępujący, nie podjął próby skomentowania ww. wyliczeń odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł także, że wykonawcy nie mogli zatrudnić osób niepełnosprawnych jedynie do usług polegających na wykonywaniu bezpośredniej ochrony fizycznej, natomiast zakaz ten nie dotyczył pracowników portierni i recepcji. Polemika między odwołującym i zamawiającym w tym zakresie, stała się - jak słusznie zauważył zamawiający - indyferentna, w momencie, w którym przystępujący przedstawił na rozprawie kalkulację swojej ceny ofertowej i okazało się, że nie zamierza on zatrudniać osób niepełnosprawnych. Tym samym cena jego oferty nie mogła zostać obniżona o dofinansowanie z PFRON, co obaliło argumentację podniesioną w tym zakresie przez zamawiającego.

Odnosząc się w dalszej kolejności do kalkulacji cenowej przedłożonej na rozprawie przez przystępującego, należy zauważyć, że odwołujący po pierwsze zwrócił uwagę na niewłaściwą przyjętą w tej kalkulacji ilość godzin dla każdego etatu, tj. 168 godzin, zamiast 240 godzin wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi nr 10 z dnia 27.10.2021 r. Oznacza to, według odwołującego, że przystępujący nie doszacował kosztów 1728 roboczogodzin miesięcznie. Po drugie, odwołujący zwrócił uwagę, że w końcowych wyliczeniach przystępujący od ceny oferty brutto, tj. 2.111.527,00 zł odjął koszty wynagrodzeń netto, tj. 1.420.680,48 zł, podczas gdy konsekwentnie powinien odjąć kwotę brutto, tj. 1.747.436,99 zł. Przy takim wyliczeniu pozostała kwota, w której mieści się zysk i inne koszty powinna wynieść nie 690.846,52 zł, jak wynika z ww. kalkulacji, ale 364.090,01 zł brutto. Oznacza to, że przystępujący uzyskałby 280.349,31 zł netto na całym kontrakcie, co miesięcznie daje kwotę 23.362,44 zł netto. Z tego zaś wynika, że koszt 1 roboczogodziny u przystępującego wynosiłby 13,51 zł netto wynikających z niedoszacowania godzin.

W tym miejscu należy ponownie zauważyć, że obecny na rozprawie przystępujący nie podjął próby skomentowania ww. wyliczeń odwołującego dotyczących kalkulacji przedstawionej przez przystępującego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony samodzielnie przedstawiają argumenty i dowody na poparcie swoich stanowisk.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym odwołujący przedstawił argumentację oraz dowody, które nie zostały obalone przez zamawiającego i przystępującego. W szczególności należy zauważyć, że przedstawiając własną kalkulację cenową przystępujący częściowo zaprzeczył argumentom zamawiającego, po którego stronie przystąpił (co do zatrudniania osób niepełnosprawnych), a dodatkowo nie zaprzeczał argumentacji i dowodom odwołującego, jak też nie podjął próby wykazania ich wadliwości. Wobec takiego przebiegu postępowania dowodowego, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić, mimo wskazanych na początku tego uzasadnienia (str. 13) faktów, które w innych okolicznościach sprawy mogłyby przemawiać za brakiem podstaw do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień co do ceny oferty. Należy bowiem podkreślić, że przedłożenie przez przystępującego kalkulacji cenowej i brak jakiegokolwiek podważenia zarzutów odwołującego wobec zawartych w niej wyliczeń, doprowadziło do konieczności stwierdzenia, że cena oferty przystępującego rzeczywiście powinna wzbudzić wątpliwości u zamawiającego, co wypełnia przesłankę z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na bardzo małą różnicę między ceną oferty przystępującego a ceną oferty konsorcjum MJK (945,72 zł), Izba stwierdziła, że wątpliwości powinna też wzbudzić cena oferty konsorcjum MJK (które w ogóle nie przystąpiło do postępowania odwoławczego).

Jednocześnie należy wyjaśnić, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Analogicznie należy w tym przypadku potraktować kwestię odrzucenia oferty z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), jeżeli czyn ten miałby polegać na zaniżeniu ceny oferty.

Przy czym przewidziana przez ustawodawcę procedura polega na tym, że zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień i zamawiający dokonuje ich oceny. Dlatego też Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do nakazania zamawiającemu odrzucenia kwestionowanych w odwołaniu ofert, natomiast - jak wskazano już wyżej - istnieją podstawy do skierowania do przystępującego i konsorcjum MJK, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert, w szczególności w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzeń.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci pisma o odrzuceniu innej oferty w innym postępowaniu z dnia 28.12.2020 r. z uwagi na brak związku tego dowodu z przedmiotową sprawą oraz w postaci maila z dnia 15.09.2021 r. dotyczącego wstępnego rozeznania rynku przez zamawiającego, gdyż treść tego dowodu nie wpływa na te wyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne, które przesądzają o sposobie rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....