

WYROK

z dnia 12 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszków w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Koninie, ul. Kard. Stefana Wyszyńskiego 1, 62-510 Konin

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Guard - Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy Spółka jawna, ul. Szarych Szeregów 4, 62-500 Konin, którego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazanego wykonawcy, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy; oddać odwołanie w zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Warta Spółka o ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sieradzka 6, 98-290 Warta,

2. kosztami postępowania obciążyć w równych częściach wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszków oraz zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Koninie, ul. Kard. Stefana Wyszyńskiego 1, 62-510 Konin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszków

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Koninie,

ul. Kard. Stefana Wyszyńskiego 1, 62-510 Konin na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością (lider) oraz Maxus Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą dla lidera: ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszków kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem % uiszczonego wpisu od odwołania,

2.3. znosi wzajemnie koszty stron z tytułu 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 (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:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę fizycznej ochrony osób i mienia oraz wsparcie grupy interwencyjnej w Prokuraturze Okręgowej w Koninie i podległych jej Prokuraturach Rejonowych w Koninie, Kole, Turku i Słupcy oraz monitoring systemu alarmowego w Prokuraturze Okręgowej w Koninie, Rejonowych w Koninie, Turku i Słupcy w Okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.”, prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Koninie, ul. Kard. Stefana Wyszyńskiego 1, 62-510 Konin (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: MM Service Monitoring Sp. z o.o. (lider) oraz Maxus Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszków (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Guard Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy Sp. j. (dalej także „Guard”) oraz wobec zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Warta Sp. z o.o. (dalej „Warta”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11

września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy GUARD - Profesjonalna Ochrona

Osób i Mienia K. M. i wspólnicy spółka jawna,

2. odrzucenia oferty wykonawcy GUARD- Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy spółka jawna, która zawiera rażąco niską cenę,

3. dokonania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej przez wykonawcę Warta,

4. ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ, przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia przez osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony

fizycznej, przy czym usługa nie może być wykonywana przez pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (§ 10 ust. 7 wzoru umowy), co - wedle odwołującego - oznacza, iż wykonawca do realizacji zamówienia nie może pozyskiwać dofinansowania z PFRON, co w konsekwencji prowadzi do konieczności zaoferowania wyższej stawki godzinowej w porównaniu do stawek za realizację tożsamej usługi, lecz wykonywanej przy pomocy pracowników niepełnosprawnych.

Oświadczył, iż w piśmie z 20.12.2021 r. przedstawił szczegółową kalkulację kosztów dla pracowników nie posiadających orzeczonego stopnia niepełnosprawności, wykazując

- w ocenie odwołującego - że cena oferty wybranego wykonawcy jest rażąco niska i nie jest możliwe za tą cenę zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zdaniem odwołującego wykonawca winien zapewnić 32 212 rbh usługi z czego 17 520 rbh (2 posterunki całodobowe) obejmuje pracę w porze nocnej.

Nazwa pozycji	Kwota PLN	Uwagi
wynagrodzenie zasadnicze	3010,00	
dodatek za pracę w godzinach nocnych	172,00	przyjęto, iż każdy pracownik wypracuje 48 rbh w porze nocnej
łącznie wynagrodzenie	3182,00	
składki zus - średnio 17,19 %	546,99	uśredniony poziom wskaźnika składek ZUS
łącznie koszt brutto wynagrodzenia	3728,99	
świadczenie urlopowe	384,74	
łącznie koszt 1 etatu ze świadczeniem urlopowym	4113,73	3728,99 + 384,74
koszt 1 rbh	24,48	4113,73 / 168 rbh

Tabela koszty pracy na posterunku bez pracy w porze nocnej

wynagrodzenie zasadnicze	3010,00	
łącznie wynagrodzenie	3010,00	
składki zus - średnio 17,19 %	517,42	uśredniony poziom wskaźnika składek ZUS
łącznie koszt brutto wynagrodzenia	3527,42	
świadczenie urlopowe	363,94	
łącznie koszt 1 etatu ze świadczeniem urlopowym	3891,36	3527,42 + 363,94
koszt 1 rbh	23,16	3891,36 / 168 rbh

Stwierdził, że uśredniony poziom kosztów kształtuje się następująco: $(17\ 520 \times 24,48 + 14\ 692 \times 23,16) / 32\ 212\ \text{rbh} = 23,88\ \text{zł}$ (jako minimalna cena jednostkowa netto za 1 rbh).

Podniósł, że cena za jedną roboczogodzinę wybranego wykonawcy wynosi 19,20 zł, co wskazuje, że za cenę oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza nie jest

możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Podkreślił, że powyższe wynika z zakazu realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych oraz wymogu zatrudnienia na umowę o pracę, w konsekwencji czego cena oferty powinna uwzględniać koszt zatrudnienia wszystkich pracowników na umowę

o pracę oraz związane z zatrudnieniem szeroko rozumiane koszty na ubezpieczenia

społeczne, dodatki do pracy w porze nocnej z uwzględnieniem ilości roboczogodzin ustalonych w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, absencje urlopowo-zdrowotne i związaną z tym konieczność zapewnienia zastępstwa pracowników nieobecnych, jak

również zakaz skierowania do realizacji usługi pracowników posiadających status

pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności.

Uznał, że zaoferowana stawka za jedną roboczogodzinę pracy pracownika 19,20 zł netto jest nierealistyczna.

Uzupełnił, że głównym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony oddelegowanych na obiekt zamawiającego, pozostałe koszty mają co do zasady marginalny charakter toteż zamawiający, oceniając ofertę pod względem realności jej ceny powinien przede wszystkim mieć na uwadze koszty osobowe

związane z realizacją usługi ochrony z uwzględnieniem określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań mających wpływ na cenę oferty, takich jak: zakaz realizacji

zamówienia przy pomocy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, dodatkowe

wymagania stawiane przez pracowników kwalifikowanych (ze względu na wyższe kwalifikacje, wyższe wymagania co do wynagrodzenia), a także realizacja usługi w porze

nocnej.

Oświadczył, na marginesie, że do dnia wniesienia odwołania zamawiający nie

udostępnił mu, mimo wniosku, wyjaśnień wybranego wykonawcy dotyczących ceny oferty i może odnieść się jedynie do pisma zamawiającego z 21.12.2021 r., w którym uzasadnił wybór wykonawcy GUARD Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy spółka jawna.

Podał, że zamawiający wskazał między innymi na fakt, że wprawdzie wprowadził zakaz zatrudniania do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników z orzeczoną

stopniem niepełnosprawności, lecz nie zabroniono uwzględnienia dofinansowania z PFRON przy kalkulacji oferty, a ponadto, że wykonawca samodzielnie będzie obsadzał posterunki nocne, ponieważ posiada uprawnienia pracownika kwalifikowanego i tym samym ogranicza

koszty zatrudnienia pracowników.

Odnosząc się do kwestii dofinansowania z PFRON odwołujący zwrócił uwagę, że takie dofinansowanie jest przewidziane wyłącznie do wynagrodzeń dla pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, co oznacza to, że wykonawca, chcąc realizować usługę zgodnie z wymaganiami zamawiającego nie może z tego tytułu uzyskiwać takich dofinansowań, gdyż nie może zatrudniać osób niepełnosprawnych. Uzupełnił, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie - korzystanie z dofinansowania z PFRON uzyskiwanego z realizacji innych kontraktów jest tzw. finansowaniem skrośnym, co stanowi de facto czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji taka oferta winna zostać odrzucona.

Za mało wiarygodne uznał obsadzanie nocnego posterunku przez wspólnika-właściciela, wskazując iż trudno mu odnieść się do szczegółowych danych, albowiem zamawiający nie przesłał mu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Za oczywiste uznał, biorąc pod uwagę ilość roboczogodzin, że wspólnik-właściciel chcąc realizować zamówienie za zaoferowaną cenę nie jest w stanie samodzielnie obsadzić nocnego posterunku, nie wspominając, że wyjaśnienia w tym zakresie brzmią mało wiarygodnie, albowiem właściciele firm mają co do zasady inne obowiązki związane z prowadzeniem biznesu niż osobista praca na ochranianych obiektach.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy GUARD Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy spółka jawna jest jej uwzględnienie podczas oceny ofert, przyznanie punktacji na zasadach określonych w SWZ oraz dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wyrażona w art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że odnosząc się do jego wycień dotyczących realnej ceny za jedną roboczogodzinę uwzględniając wymagania określone w SWZ, zamawiający winien zbadać również cenę oferty wykonawcy Warta Sp. z o.o., której stawka za 1 rbh wynosi

20,79 zł.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 3 stycznia 2022 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 5 stycznia 2022 r., pisma odwołującego z dnia 11 stycznia 2022 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący - wbrew stanowisku zamawiającego - posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że legitymacja wykonawcy do wniesienia odwołania badana

jest na moment wniesienia tegoż odwołania. Stwierdzić wobec tego należy, w kontekście podnoszonego przez zamawiającego argumentu z Odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 stycznia 2022 r. o braku możliwości zwiększenia środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia do wysokości ceny ofertowej odwołującego, że ustalenie (na moment wniesienia odwołania, tj. na dzień 27 grudnia 2021 r.), że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyeliminowania ofert sklasyfikowanych wyżej niż oferta odwołującego (wykonawcy Guard i wykonawcy Warta), co jest wystarczające do przypisania odwołującemu legitymacji do złożenia wskazanego środka ochrony prawnej. Otwiera mu to bowiem drogę do uzyskania zamówienia i do uzyskania wynagrodzenia.

Zarzut pierwszy - zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Guard, która zawiera
rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp
potwierdził się.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 4 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest „Usługa fizycznej ochrony osób i mienia oraz wsparcie grupy interwencyjnej w Prokuraturze Okręgowej w Koninie i podległych jej Prokuraturach Rejonowych w Koninie, Kole, Turku i Słupcy oraz monitoring systemu alarmowego w Prokuraturze Okręgowej w Koninie, Rejonowych w Koninie, Turku i Słupcy w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.”

W tym samym rozdziale w pkt. 4 zamawiający zastrzegł dla siebie prawo do kontroli usługi fizycznej ochrony osób i mienia przez upoważnionych przez siebie pracowników.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w załączniku nr 2 do SWZ. Tam też zamawiający wskazał „Wykaz prokuratur, liczba godzin ochrony w poszczególnych prokuraturach” (na co zwrócił uwagę w rozdziale 5 „Termin wykonania zamówienia” pkt 2 SWZ) znajdujące się w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

W załączniku nr 2 do SWZ zamawiający podał m.in.

- „ Wykonawca będzie realizować umowę w oparciu o pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe (osoby posiadające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej).”,
- obiekt nr 1 - Prokuratura Okręgowa w Koninie to posterunek jednoosobowy, usługa całodobowa (24 h/ dobę - Liczna godzin: 8760),
- obiekt nr 2 - Prokuratura Rejonowa w Koninie to posterunek jednoosobowy, usługa całodobowa (24 h/ dobę - Liczna godzin: 8760),
- obiekt nr 3 - Prokuratura Rejonowa w Kole to posterunek jednoosobowy, usługa od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy (12 h/dobę) w godzinach od 07:00-19:00 (Liczba godzin: 3012),
- obiekt nr 4 - Prokuratura Rejonowa w Turku to posterunek jednoosobowy, usługa codziennie (16h/dobę), w godzinach od 06:00-22:00 (Liczba godzin: 5840),
- obiekt nr 5 - Prokuratura Rejonowa w Słupcy to posterunek jednoosobowy, usługa codziennie (16h/dobę), w godzinach od 06:00-22:00 (Liczba godzin: 5840),
- „Wykonawca wyznacza do pełnienia służby zawsze tych samych pracowników, z wyjątkiem urlopu, choroby lub innej uzasadnionej nieobecności. Każdą zmianę personalną Wykonawca uzgadnia z Zamawiającym.”,
- „Pracownicy ochrony stawiają się na służbę w pełnym umundurowaniu stosownym do

pory roku, wyposażeni w indywidualne środki przymusu bezpośredniego tj. pałki obronne wielofunkcyjne oraz kajdanki, gotowi do objęcia służby. Środki przymusu bezpośredniego mogą być użyte w warunkach i w sposób określony w Ustawie z dn. 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. z 2019 r. poz. 2418).”,

- „Pracownicy ochrony utrzymują stałą łączność telefoniczną ze swoim przełożonym. Wykonawca zobowiązuje się do utrzymywania wskazanego numeru telefonu kontaktowego przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawcy zostanie udostępniony telefon stacjonarny należący do prokuratury wyłącznie w celu kontaktów służbowych.”

W rozdziale 14 „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 1 SWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia w ramach oferty m.in. Formularza ofertowego wypełnionego zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ albo obejmującego dane wymagane dla oferty w SWZ i załącznikach) wraz Formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza ofertowego.

W załączniku nr 8 do SWZ, tj. w projekcie umowy (§ 10 Klauzula zatrudnienia ust. 1) zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, wszystkich osób wykonujących czynności wchodzące w zakres przedmiotu umowy z wyjątkiem osób podejmujących czynności w ramach grupy interwencyjnej”.

Termin składania ofert został wyznaczony na 10.12.2021 r., godz. 09⁰⁰, otwarcia na 10.12.2021r., godz. 9³⁰ (rozdział 16 „Składanie i otwarcie ofert” pkt 1 i 2 SWZ).

W rozdziale 17 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” SWZ zamawiający wskazał:

- „Wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto w zł (PLN), która stanowić będzie całkowitą wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za realizację przedmiotu

zamówienia. Cena oferty - jest to kwota wymieniona w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 SWZ).

- Cena przyjęta w ofercie może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen.
- Wykonawca w cenie oferty uwzględni wszystkie koszty związane z prawidłową i pełną realizacją przedmiotu zamówienia. W cenie należy uwzględnić warunki realizacji przedmiotu zamówienia, opisane w Projekcie umowy, w tym między innymi: zysk, narzuty, ewentualne upusty, ubezpieczenia oraz pozostałe składniki cenotwórcze, wszelkie podatki, w tym należny podatek VAT. Cena oferty winna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z obowiązującymi przepisami.
- Wynagrodzenie będzie płatne zgodnie z postawieniami zawartymi w Projekcie umowy.
- Dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia.”

W Formularzu ofertowym w pkt 1 zamawiający oczekiwał podania wartości netto i brutto liczbą i słownie.

W Formularzu cenowym (wzorze) zamawiający ujął 6 tabel, tj.

- „Tabela 1 - Zestawienie miesięcznych opłat za wykonywanie całodobowej (24h/dobę) usługi dla Prokuratury Okręgowej w Koninie (Liczba godzin: 8760)”,
- „Tabela 2 - Zestawienie miesięcznych opłat za wykonywanie całodobowej (24h/dobę) usługi dla Prokuratury Rejonowej w Koninie (Liczba godzin: 8760)”,
- „Tabela 3 - Zestawienie miesięcznych opłat za wykonywanie usługi dla Prokuratury Rejonowej w Kole od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy (12h/dobę) w godzinach od 07:00-19:00 (Liczba godzin: 3012)”,

- „Tabela 4 - Zestawienie miesięcznych opłat za wykonywanie usługi dla Prokuratury Rejonowej w Słupcy codziennie (16h/dobę), w godzinach od 06:00-22:00 (Liczba godzin: 5840)”,

- „Tabela 5 - Zestawienie miesięcznych opłat za wykonywanie usługi dla Prokuratury Rejonowej w Turku codziennie (16h/dobę), w godzinach od 06:00-22:00 (Liczba godzin: 5840)”,

oczekując podania przez wykonawcę - w rozbiciu na poszczególne miesiące (zamawiający wskazał ilość godzin w poszczególnych miesiącach): ilości godzin, stawki godzinowej, wartości netto, stawki VAT oraz wartości brutto oraz sumy wierszy (wiersz „razem”).

Tabela 6 to „Podsumowanie opłat za wykonanie usługi Uwaga: należy wpisać

wartości z wiersza razem z tabeli: 1,2,3,4,5”:

Jednostka	Ilość godzin	Wartość netto	Stawka VAT w %	Wartość brutto
Prokuratura Okręgowa w Koninie	8760			
Prokuratura Rejonowa w Koninie	8760			
Prokuratura Rejonowa w Kole	3012			
Prokuratura Rejonowa w Turku	5840			
Prokuratura Rejonowa w Słupcy	5840			
Razem	32 212			

W dokumencie z dnia 10 grudnia 2021 r. „Informacja z otwarcia ofert” zamawiający zawarł następujące informacje:

- „Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla części Postępowanie: 828 073,88 zł brutto.”,

- oferta nr 1 - Guard - Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i

wspólnicy Sp. j., ul. Szarych Szeregów 4, 62-500 Konin z ceną 760 718,59 zł,

- oferta nr 2 - Spółdzielnia Inwalidów "Prosna" w Kaliszu, ul. ul. Widok 2a,

62-800 Kalisz z ceną 1 037 694,46 zł,

- oferta nr 3 - Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk

Wielkopolski z ceną 826 489,05 zł,

- oferta nr 4 - MM Service Monitoring Sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów oraz Maxus Sp. z o.o., ul. 3 maja 64/66N, 93-408 Łódź z ceną 960 339,33 zł,

- oferta nr 5 - Agencja Ochrony Warta Sp. z o.o., ul. Sieradzka 6, 98-290 Warta z ceną 823 752,64 zł.

- Oferta nr 6 - Makropol Spółka z o.o., ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań, Makropol PL

Sp. z o.o., ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań oraz Makropol TP Sp. z o.o., ul. Zacisze 8,

60-831 Poznań z ceną 728 229,57 zł.

W Formularzu cenowym wykonawca Guard zaoferował, w odniesieniu do wszystkich obiektów, tą samą stawkę godzinową w wysokości 19,20 zł, wykonawca Warta zaoferował stawki (odpowiednio w Tabelach 1-5) w wysokości: 20,60 zł, 20,90 zł, 20,80 zł, 20,90 zł oraz 20,80 zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Guard,

powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień: „Zamawiający, (...) wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie zadeklarowanej przez Państwa ceny wykonania istotnych części składowych przedmiotowego zamówienia. (...) Cena zaoferowana za istotne części składowe zamówienia tj., stawka godzinowa netto wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) Zamawiający tworząc wzór formularza cenowego kierował się istotnością poszczególnych elementów z punktu widzenia ceny całości zamówienia. W związku z faktem, że cena, tj., stawka godzinowa netto za wykonanie zamówienia w tabelach 1-5 formularza cenowego noszą przymiot rażąco niskiej ceny to należy uznać, że całkowita cena oferty również nosi taki przymiot. Zaoferowana cena budzi wątpliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Opisu Przedmiotu Zamówienia (zatrudnienie personelu, w wymaganej liczbie) oraz odrębnymi przepisami (od dnia 1 stycznia 2022 r. minimalne wynagrodzenie za pracę jest ustalone w wysokości 3010,00 zł a minimalna stawka godzinowa w wysokości 19,70 zł oraz pozostałe koszty pracodawcy). Do ustalenia ceny swojej oferty przyjęliście Państwo koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów.

W ramach ceny za ochronę obiektów Wykonawcy winni uwzględnić m.in.:

- a) koszty osobowe związane z wymogami prawa oraz wynikające z postanowień SWZ: wynagrodzenie minimalne pracowników koszty z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne finansowane przez płatnika dotyczące pensji podstawowej (wynagrodzenia minimalnego), koszty urlopów pracowniczych i koszty z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne finansowane przez płatnika z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne finansowane przez płatnika w zakresie zastępstw, koszty szkoleń bhp itp.
- b) koszty sprzętowe i materiałowe związane z wymogami SWZ, m.in. ubiór pracowników, indywidualne środki przymusu bezpośredniego.

Realizacja zamówienia poniżej kosztów grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Dlatego konieczne jest szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania przez Państwa tak niskiej ceny, poprzez przedstawienie wycień, kalkulacji cenowych wyjaśniających sposób obliczenia ceny. Wyjaśnienia te winny być poparte dowodami, z których będzie wynikało w sposób niebudzący wątpliwości, że stawka godzinowa nie jest zaniżona i nieadekwatna, a co za tym idzie cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień.

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wycięcenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
3. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. (...)”

Wykonawca Warta nie był wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiego charakteru ceny oferty (czy jej części składowych).

Wykonawca Guard wyjaśnienia złożył przy piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r.:

1. Spółka zajmuje się profesjonalnie ochroną osób i mienia. Świadczymy usługi w szerokim zakresie zgodnie ze złożoną ofertą.

2. Podczas kalkulacji wynagrodzenia pracowników dozorujących mienie należy podkreślić, iż:

- na kalkulację ceny wpływ ma wkład pracy własnej osoby, tj. współwłaściciela Firmy, który posiada wymagane uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia (zastępstwo podczas absencji chorobowej, urlopu oraz wykonywanie pracy w godzinach nocnych), praca

współwłaściciela to brak dodatkowych kosztów typu: składka zus czy wynagrodzenie za przepracowane godziny (dowód: kwalifikacje POF współwłaściciela Firmy)

- Agencja Ochrony Guard nie posiada statusu zakładu pracy chronionej, ale korzysta z dofinansowań oferowanych przez PFRON. Mianowicie 16% zatrudnionych pracowników to osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności, na każdego takiego pracownika Spółka otrzymuje 75% zwrotu kosztów ponoszonych przez Spółkę, średnio zwrot z PFRON dla Firmy w 2021 roku wynosi 10852,00 zł / miesiąc. 65% tego dofinansowania, tj. 7053,80 zł / miesiąc zamierzamy przeznaczyć na realizację zamówienia, zaznacząc jeszcze, że podczas wzrostu najniższego średniego wynagrodzenia nastąpi wzrost również dofinansowania PFRON (dowód: wyciąg z konta Firmy, druk INF-D-P, druk Wn-D)

- brak kosztów związanych z jednolitym umundurowaniem i wyposażeniem pracowników wymaganych podczas realizacji zamówienia, ponieważ w/w koszty Spółka poniosła podczas rozpoczęcia współpracy z Zamawiającym, który nigdy nie wnosił żadnych zastrzeżeń do umundurowania oraz wyposażenia pracowników Agencji Ochrony Guard, ponadto pracownicy Spółki mają zapewniony dostęp do nowych mundurów przez cały rok i pobierają z magazynu kiedy jest to niezbędne a nie tylko do konkretnego obiektu czy zamówienia, spółka zaopatruje się w odzież dla pracowników na bieżąco wobec czego nie ponosi w ogóle dodatkowego kosztu związanego z tym wymaganiem podczas realizacji zamówienia (dowód: faktura zakupu odzieży i obuwia z bieżącego miesiąca)

- koszty częstotliwości kontroli na poszczególnych obiektach są znikome, ponieważ siedziba Firmy znajduje się w Koninie w związku z czym kontrola w dwóch obiektach Zamawiającego, które mieszczą się w Koninie jest pozbawiona dodatkowych kosztów dla Firmy, obiekt w Słupcy znajduje się niedaleko miejsca zamieszkania współwłaścicieli Firmy wobec czego koszt także jest niewielki a do pozostałych obiektów (Turek i Koło) odległość od siedziby Firmy to niecałe 30 km dlatego koszty nie są wysokie

3. Przyjęta przez Agencję kalkulacja ani nie ogranicza wybranych rozwiązań technicznych ani bezpieczeństwa, sprzyjające warunki zatrudnienia i organizacji nie mogą kwestionować ważności Naszej oferty. „

Do wyjaśnień wykonawca Guard załączył: Kalkulację wynagrodzenia roboczogodziny pracowników dozorujących mienie, wyciąg z konta firmy, druk INF-D-P, druk Wn-D, kwalifikacje POF współwłaściciela Firmy, fakturę zakupu odzieży i obuwia dla pracowników.

W złożonej kalkulacji wykonawca Guard ujął następujące koszty:

„21,50 zł - całkowity koszt dla pracodawcy 1 godziny pracownika przy minimalnym wynagrodzeniu 3010,00 zł brutto od 2022 r.

25,84 zł - całkowity koszt dla pracodawcy 1 godziny nocnej pracownika przy minimalnym wynagrodzeniu 3010,00 zł brutto od 2022 r.

7053,80 zł - zwrot z PFRON (65%) przeznaczony na wykonanie zamówienie 19,20 zł -

oferowana stawka netto zamówienia za 1 godzinę 1 pracownika

Styczeń

2212 h x 21,50 zł = 47 558,00 zł

248 h x 25,84 zł = 6 408,32 zł

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 53 966,32 zł

$2708 \text{ h} \times 19,20 \text{ zł} = 51\,993,60 \text{ zł} + 7053,80 \text{ zł} = 59\,047,40 \text{ zł} - 53\,966,32 \text{ zł} = 5081,08 \text{ zł}$

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Luty

$2032 \text{ h} \times 21,50 \text{ zł} = 43\,688,00 \text{ zł}$

$224 \text{ h} \times 25,84 \text{ zł} = 5788,16 \text{ zł}$

224 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 49 476,16 zł

$2480 \text{ h} \times 19,20 \text{ zł} = 47\,616,00 \text{ zł} + 7053,80 \text{ zł} = 54\,669,80 \text{ zł} - 49\,476,16 \text{ zł} = 5193,64 \text{ zł}$

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Marzec

$2260 \text{ h} \times 21,50 \text{ zł} = 48\,590,00 \text{ zł}$

$248 \text{ h} \times 25,84 \text{ zł} = 6\,408,32 \text{ zł}$

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 54 998,32 zł

$2756 \text{ h} \times 19,20 \text{ zł} = 52\,915,20 \text{ zł} + 7053,80 \text{ zł} = 59\,969,00 \text{ zł} - 54\,998,32 \text{ zł} = 4970,68 \text{ zł}$

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Kwiecień

$2160 \text{ h} \times 21,50 \text{ zł} = 46\,440,00 \text{ zł}$

$240 \text{ h} \times 25,84 \text{ zł} = 6201,60 \text{ zł}$

240 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 52 641,60 zł

$2640 \text{ h} \times 19,20 \text{ zł} = 50\,688,00 \text{ zł} + 7053,80 \text{ zł} = 57\,741,80 \text{ zł} - 52\,641,60 \text{ zł} = 5100,20 \text{ zł}$

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Maj

$2236 \text{ h} \times 21,50 \text{ zł} = 48\,074,00 \text{ zł}$

$248 \text{ h} \times 25,84 \text{ zł} = 6\,408,32 \text{ zł}$

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 54 482,32 zł

$2732 \text{ h} \times 19,20 \text{ zł} = 52\,454,40 \text{ zł} + 7053,80 \text{ zł} = 59\,508,20 \text{ zł} - 54\,482,32 \text{ zł} = 5025,88 \text{ zł}$

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Czerwiec

2172 x 21,50 zł = 46 698,00 zł

240 h x 25,84 zł = 6201,60 zł

240 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 52 899,60 zł

2652 h x 19,20 zł = 50 918,40 zł + 7053,80 zł = 57 972,20 zł - 52 899,60 zł = 5072,60 zł

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Lipiec

2236 h x 21,50 zł = 48 074,00 zł

248 h x 25,84 zł = 6 408,32 zł

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 54 482,32 zł

2732 h x 19,20 zł = 52 454,40 zł + 7053,80 zł = 59 508,20 zł - 54 482,32 zł = 5025,88 zł

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Sierpień

2248 h x 21,50 zł = 48 332,00 zł

248 h x 25,84 zł = 6 408,32 zł

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 54 812,32 zł

2744 h x 19,20 zł = 52 684,80 zł + 7053,80 zł

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Wrzesień

2184 x 21,50 zł = 46 956,00zł

240 h x 25,84 zł = 6201,60 zł

240 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 53 157,60 zł

2664 h x 19,20 zł = 51 148,00 zł + 7053,80

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Październik

2236 h x 21,50 zł = 48 074,00 zł

248 h x 25,84 zł = 6 408,32 zł

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)

Razem 54 482,32 zł

2732 h x 19,20 zł = 52 454,40 zł + 7053,80 zł

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Listopad

2160 x 21,50 zł = 46 440,00 zł
240 h x 25,84 zł = 6201,60 zł
240 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)
Razem 52 641,60 zł
2640 h x 19,20 zł =

= 59 738,60 zł - 54 812,32 zł = 4926,28 zł

zł = 58 202,60 - 53 157,60 = 5045,00 zł

= 59 508,20 zł - 54 482,32 zł = 5025,88 zł

50 688,00 zł + 7053,80 zł = 57 741,80 - 52 641,60 = 5100,20 zł

(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)

Grudzień

2236 h x 21,50 zł = 48 074,00 zł

248 h x 25,84 zł = 6 408,32 zł

248 h - bez kosztów (praca własna pracodawcy)
Razem 54 482,32 zł

2732 h x 19,20 zł = 52 454,40 zł + 7053,80 zł
(pozostałe koszty oraz dochód Firmy)"

= 59 508,20 zł - 54 482,32 zł = 5025,88 zł

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Guard - Profesjonalna Ochrona Osób i Mienia K. M. i wspólnicy Sp.j., ul. Szarych Szeregów 4, 62-500 Konin oraz o odrzuceniu ofert wykonawców:

- Spółdzielnia Inwalidów Proсна w Kaliszu ul. Widok 2a, 62-800 Kalisz,
- konsorcjum: Holding Hunters S. z o.o. sp. k., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wlkp., Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 151/4U, 02-326 Warszawa, Green Hunters Sp. z o. o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 151/4U, 02-326 Warszawa, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski, Hunters 24 Sp. z o. o. Sp.k. , ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wlkp., Human Hunters Sp. z o.o. Sp.k., Al. Jerozolimskie 151/4U, 02-326 Warszawa, Biuro Ochrony Sezam - System Sp. z o.o., ul. Wilczak 16, 61-623 Poznań,
- konsorcjum: Makropol PL Sp. z o.o. Sp.k., ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań, Makropol Sp. z o.o, ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań oraz Makropol TP Sp. z o.o, ul. Zacisze 8,

60-831 Poznań.

Zamawiający podał, że ocenie poddano trzy oferty (oferta najkorzystniejsza, oferta wykonawcy Warta oraz oferta odwołującego) i uzyskały one odpowiednio: 100, 95,41 i 87,53 pkt.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie, którego zamawiający wezwał wykonawcę Guard do złożenia wyjaśnień brzmi: „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.”

Bezsporny pomiędzy stronami był fakt, że zamawiający nie miał podstaw do kierowania do wykonawcy Guard (ani żadnego innego wykonawcy) wezwania do złożenia wyjaśnień z zastosowaniem przepisu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym:

„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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.”

Poza sporem pozostawał także fakt, że stawki godzinowe przewidziane przez wykonawców stanowiły istotne części składowe zamówienia. Na istotność stawki godzinowej wskazał sam zamawiający w wezwaniu z dnia 10 grudnia 2021 r. („Cena zaoferowana za istotne części składowe zamówienia tj., stawka godzinowa netto wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.”).

Odwołujący prezentował stanowisko, że zamawiający nieprawidłowo ocenił

wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Guard, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia obligowały zamawiającego do odrzucenia tej oferty z ceną rażąco

niską, za którą nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, podając, że „uśredniony poziom kosztów” (koszt rbh „Z” i „bez pracy w porze nocnej”) kształtuje się tak, iż minimalna cena (stawka) jednostkowa netto za 1 rbh to 23,88 zł (podczas, gdy stawka wykonawcy Guard to 19,20 zł).

Odwołujący nierealność zaoferowanej przez wykonawcę Guard stawki wywodził przede wszystkim z ustanowionego przez zamawiającego wymogu zatrudniania na umowę o pracę (bezsporne - § 10 ust. 1 projektu umowy), a jednocześnie niedopuszczalności realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych (pismo zamawiającego do odwołującego z dnia 21 grudnia 2021 r. str. 2 - „Zamawiający potwierdza, że w ramach niniejszego zamówienia nie wyrażono zgody na wykonywanie usługi przez osoby ze stopniem niepełnosprawności (...)” oraz oświadczenie z rozprawy - str. 4 Protokołu z posiedzenia i rozprawy - „Zamawiający potwierdza, iż w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na charakter usługi, nie jest możliwe zatrudnianie osób, w stosunku do których orzeczono niepełnosprawność w jakimkolwiek stopniu.”).

Odwołujący kwestionował także jako „mało wiarygodne” „obsadzanie nocnego posterunku przez wspólnika - właściciela” (nie kwestionując przy tym jego kwalifikacji - wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej), ponieważ „właściciele firm mają co do zasady inne obowiązki związane z prowadzeniem biznesu niż osobista praca na ochranianych obiektach” (str. 7 pierwszy akapit odwołania).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że rację ma przystępujący - zaferowana przez wykonawcę Guard stawka w wysokości 19,20 zł, w świetle złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, winna zostać oceniona jako rażąco niska.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.” To zatem wykonawca Guard, poprzez złożone wraz z załącznikami wyjaśnienia z 13 grudnia 2021 r. winian wykazać realność zaoferowanej przez siebie stawki w wysokości 19,20 zł, czemu nie sprostał z poniższych względów.

Oczywistym jest, co eksponował odwołujący, że dofinansowanie z PFRON jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do wynagrodzeń dla pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności. Skoro w zamówieniu brak możliwości skierowania do realizacji zamówienia osób z niepełnosprawnościami to tym samym brak możliwości uwzględnienia przez wykonawcę w kalkulacji stawki godzinowej dofinansowania dla takich osób.

Tymczasem wykonawca Guard w przedstawionej w ramach wyjaśnień kalkulacji, w każdym miesiącu uwzględniał zwrot PFRON w wysokości 7053, 80 zł, co wynika zarówno z opisu sposobu kalkulacji na stronie 1 - „7053,80 zł - zwrot z PFRON (65%) przeznaczony na wykonanie zamówienia”, jak i „uwzględnieniu” tej właśnie kwoty w wycenieniach dotyczących wszystkich miesięcy realizacji zamówienia.

Błędny jest wobec tego wniosek zamawiającego, że „wykonawca w ramach wyjaśnień wskazał na dofinansowanie z PFRON „jedynie jako element składający się ogólnie na kondycję finansową firmy” (str. 4 trzy ostatnie wiersze oraz str. 5 dwa pierwsze wiersze Odpowiedzi na odwołanie). Wykonawca Guard ewidentnie wskazał, że dofinansowanie w konkretnej wysokości - zwrot z PFRON jest „przeznaczony na wykonanie zamówienia”.

Porównując wskazywany przez wykonawcę Guard w każdym z 12 miesięcy realizacji zamówienia „dochód Firmy” wraz z „pozostałymi kosztami” na poziomie około 5000 zł do uwzględnionego w kalkulacji miesięcznego, nie mogącego mieć zastosowanie w tym przypadku dofinansowania w wysokości ponad 7000 zł, stwierdzić należy, że wykonawca Guard nie jest w stanie zrealizować zamówienia za stawkę 19,20 zł (nie jest w stanie pokryć co najmniej pozostałych kosztów realizacji zamówienia i wygenerować zysku).

Powyższe przesądziło o uznaniu przez skład orzekający Izby, że zarzut się potwierdził i przypisaniu zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie uznał natomiast wątpliwości odwołującego, co do możliwości samodzielnego obsadzania nocnego posterunku w każdym miesiącu przez wspólnika - współwłaściciela, za wystarczające do kwestionowania „oszczędności” wykonawcy Guard z tego tytułu przy kalkulacji stawki godzinowej, ponieważ decyzja co do udziału współwłaściciela firmy i „skali” tego udziału w świadczeniu usług objętych zakresem działalności firmy należy do wspólników. Brak jest także podstaw, aby ingerować w podział pomiędzy współwłaścicielami obowiązków, jak ujął to odwołujący, „związanych z prowadzeniem biznesu”.

Biorąc pod uwagę potwierdzenie się zarzutu, skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu - co znalazło odzwierciedlenie w sentencji wyroku - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Guard, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy.

Zarzut drugi - zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty
złożonej przez wykonawcę Warta, czym zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 1 ustawy
Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Ustalenia poczynione przez skład orzekający Izby w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne także w odniesieniu do zarzutu drugiego.

Skład orzekający zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, zwłaszcza w kontekście zakazu z art. 555 ustawy Pzp („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”) i niedopuszczalności „wyręczania” odwołującego w formułowaniu zarzutów odwołania - wskazywania okoliczności faktycznych i prawnych oraz adekwatnej, opartej na okolicznościach faktycznych argumentacji, że prezentacja stanowiska odwołującego w przypadku zarzutu drugiego została ujęta w jednym zdaniu: „Odnosząc się do wyliczeń dotyczących realnej ceny za jedną roboczogodzinę uwzględniając wymagania określone w SWZ, należy wskazać, że Zamawiający winien zbadać również cenę oferty Wykonawcy Agencja Ochrony Warta Sp. z o.o., której stawka za 1 rbg wynosi 20,79 zł.” (str. 8 drugi akapit odwołania).

Podkreślić w dalszej kolejności należy, że wykonawca Warta nie zaoferował stawki godzinowej w wysokości wskazanej przez odwołującego w odwołaniu, tj. 20,79 zł.

Wykonawca ten, inaczej niż wykonawca Guard, zaoferował różne stawki, żadnej jednak w wysokości wskazanej przez odwołującego. Niewiadomym zatem pozostaje, która w ogóle stawka z oferty wykonawcy Warta budzi wątpliwości odwołującego oraz dlaczego stawki wykonawcy Warta (skoro były różne) należy porównywać do wskazanego przez odwołującego „uśrednionego poziomu kosztów” (23,88 zł).

Odwołujący, choć odwołał się do swoich wyliczeń poczynionych w odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Guard, to w odniesieniu do oferty wykonawcy Warta ani nie zaprezentował jakichkolwiek zastrzeżeń (w przypadku wykonawcy Guard - niemożność zatrudnienia osób z niepełnosprawnościami oraz niewiarygodność świadczenia pracy w porze nocnej przez współnika - współwłaściciela), ani nawet nie odesłał - jako do adekwatnych - do okoliczności podnoszonych w przypadku oferty wykonawcy Guard.

Podnieść także należy, że wykonawca Warta nie był wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień (zastosowania nie znajduje przepis art. 224 ust. 5 ustawy Pzp) toteż to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru ceny tegoż wykonawcy.

Cena ofertowa wykonawcy Warta - zaoferowane stawki godzinowe nie są niższe od minimalnej stawki godzinowej w wysokości 19,70 zł obowiązującej od 1 stycznia 2022 r. zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1690), co stało się podstawą wezwania do złożenia wyjaśnień innego wykonawcy (Guard oraz konsorcjum Makropol).

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że odwołujący nie udowodnił iżby wskazana przez niego „uśredniona” stawka w wysokości 23,88 zł była „minimalną ceną jednostkową netto za 1 rbg pozwalającą na realizację przedmiotu zamówienia umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego” dla pracy całodobowej i pracy „bez pory nocnej”. Wskazał choćby można to, że odwołujący nie udowodnił, iż przyjęte przez niego założenie wypracowania przez każdego pracownika 48 rbg w porze nocnej było jedynym możliwym. Dostrzec należy, że choć zamawiający przewidział, iż każdy z posterunków ma być „jednoosobowy” oraz, że wykonawca ma do pełnienia służby wyznaczać tych samych pracowników to jednocześnie nie zakazał, aby jeden posterunek był „obsadzany” przez więcej niż jedna osobę - np. dwie osoby zamiennie.

Nie sposób wreszcie pominąć, że odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, iż w przypadku wykonawcy Warta nie mogą zachodzić jakiejkolwiek okoliczności korygujące przyjęte przez odwołującego do kalkulacji własnej założenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 i § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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:

KIO 3744/21

22