Sygn. akt KIO 2668/22

WYROK

z dnia 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114,

62-065 Grodzisk Wielkopolski (lider konsorcjum); GREEN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolsk; HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K.
z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi, ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź
przy udziale wykonawcy ATOS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 204 ust. 1, art. 239 ust. 2 w związku z art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp i nakazuje: ponowne badanie i ocenę ofert, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowną ocenę ofert w

kryterium „Jakość - wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony".

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski (lider konsorcjum); GREEN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolsk; HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Sulejowska 45, 97 300 Piotrków Trybunalski w części 2/3 i zamawiającego „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi, ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź w części 1/3 i:

3.1 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, tj.: HOLDING HUNTERS Sp. z

o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065

Grodzisk Wielkopolski (lider konsorcjum); GREEN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z

siedzibą

w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; BLUE

HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku

Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolsk; HUMAN

HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski (lider konsorcjum); GREEN HUNTERS Sp.
z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie,

Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolsk; HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

3.2 zasądza od zamawiającego „EC1 Łódź - Miasto Kultury" z siedzibą w Łodzi, ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski (lider konsorcjum); GREEN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa; BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326

Warszawa; HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolsk; HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 151 lok. 4U, 02-326 Warszawa i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski kwotę 3 712 złotych 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwanaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem 1/3 wpisu oraz 1/3 wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2668/22

Uzasadnienie

„EC1 Łódź - Miasto Kultury” z siedzibą w Łodzi, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową, stałą, całodobową ochronę osób i mienia „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi oraz obsługę szatni i konwojowanie gotówki ".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 sierpnia 2022 r, 2022/BZP 00324990.

W dniu 10 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (lider konsorcjum), GREEN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie i HUNTERS OCHRONA PLUS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wadliwym wyborze oferty pozornie uznanej jako najkorzystniejsza, złożoną przez wykonawcę „Atos” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „wykonawcą Atos”,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Atos pod zarzutem rażąco niskiej ceny zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

3. zaniechaniu poprzez błędne przyznanie 40 punktów wykonawcy Atos w kryterium oceny ofert pn. „Jakość- wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony” w sytuacji, w której wykonawca ten nie powinien ich otrzymać na podstawie przedłożonego przedmiotowego środka dowodowego,

4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu z punktu 1 naruszenie art.204 ust.1 w związku z art. 226 ust.1 pkt

5), art.226 ust.1 pkt 8) w związku z art.16 pkt 1) i art.17 ust.2 ustawy Pzp, poprzez

wadliwy wybór oferty pozornie uznanej za najkorzystniejszą, a w rzeczywistości podlegającej odrzuceniu i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania oferty w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. odnośnie zarzutu z punktu 2 naruszenie art.226 ust.1 pkt 5), art.226 ust.1 pkt 8) w związku z art.224 ust.6 w związku z art.16 ust.1 ustawy Pzp,

3. odnośnie zarzutu z punktu 3 naruszenie art. 204 ust. 1, art. 239 ust. 2 w związku z

art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania.

2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Atos ze względu na to, iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, względnie w przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu o nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie poddał ocenie ofertę tego Wykonawcy, gdyż z przedstawionej dokumentacji wynika, iż wykonawca Atos nie powinien otrzymać dodatkowych punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert pod nazwą „Jakość wdrożenia elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony”, co doprowadziłoby do sytuacji, w której oferta Odwołującego uzyskałaby łącznie najwyższą ilość punktów w postępowaniu.

4. W przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Atos, nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w SWZ, wymaganych od oferty najwyżej ocenionej w postępowaniu.

5. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

W obszernym uzasadnieniu odwołania Odwołujący w zakresie zarzutu nr 1 i 2 podniósł m.in., że Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Atos mimo, iż oferta tego wykonawcy Atos zawiera rażąco niską cenę a realizacja zamówienia w podanej przez tego wykonawcę cenie jest niemożliwa do zrealizowania bez łamania obowiązujących przepisów Kodeksu Pracy. Wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak zatrudnienie osób realizujących zamówienie wyłącznie na podstawie umowy o pracę wraz z wymaganymi dla tych umów elementami cenotwórczymi (oprócz wynagrodzenia pracowników chociażby wymagane składki, urlopy i zastępstwa) jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak również warunków rynkowych.

Odwołujący wskazał, że dopuszczenie przez Zamawiającego oferty zawierającej rażąco niską cenę uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach. W przedmiotowym postępowaniu nie można polegać na dofinansowaniach z PFRON za zatrudnianie osób niepełnosprawnych oraz dodatkowo wykonawcy musieli uwzględnić wynagrodzenie na 2023 bez możliwości jego waloryzacji do końca trwania okresu umowy.

Zamawiający w dniu 16 września 2022 r. skierował do wykonawcy Atos wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia takie co do zasady mają obejmować elementy, o których mowa w art. 224 ust.3 ustawy Pzp (dla usług ochrony fizycznej minimum w zakresie określonym w punkcie 1, 3, 4 i 6 tegoż ustępu) oraz miały uwzględniać koszty: zatrudnienia pracowników w oparciu o Kodeks Pracy, umundurowania (w tym przypadku wykonawcy nie mogą liczyć na wykorzystanie umundurowania z innego obiektu, ponieważ Zamawiający jasno wymaga aby były to stroje dedykowane dla tego zamówienia - zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1 do SWZ), szkolenie BHP, badania lekarskie, środki łączności, koszty administracyjne, koszty wyposażenia oraz dodatkowe koszty realizacji, tj. podpięcia obiektów pod centrum monitorowania, miesięcznego monitoringu oraz wsparcia grup interwencyjnych.

Wykonawca Atos skierował do Zamawiającego w dniu 21 września 2022 r. odpowiedź w zakresie rażąco niskiej ceny, gdzie utajnia informacje dotyczące sposobu obliczenia kosztów pracowniczych. W ocenie Odwołującego sposób obliczenia tego typu kosztów winien być odtajniony, gdyż ich wysokość jest wiedzą ogólnodostępną i nie wyczerpuje przesłanek o których mowa w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art.11 ust.4). Odwołujący wniósł o odtajnienie podczas rozprawy sposobu obliczenia kosztów pracowniczych w ramach zatrudnienia na umowę o pracę zgodnie z Kodeksem Pracy. Celem odtajnienia jest możliwość wskazania przez Odwołującego możliwości błędnego obliczenia tychże kosztów. Nie została bowiem spełniona przesłanka, o której mowa w art.18 ust.3 Pzp, gdyż Wykonawca Atos w niedostateczny sposób wykazał, iż zastrzeżenie ogólnie znanych kosztów zatrudnienia w ramach umowy o pracę wpłynie na jego kondycję finansową i stanowi szczególnie istotną informację technologiczną lub tzw.”know- how”. Koszty pracownicze stanowią ok. 90,00% wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca Atos lakonicznie stwierdza, iż wartość złożonej oferty nie wypełnia przesłanek o których mowa w art.224 ust.2 Pzp.

Zamawiający miał prawo jednak wezwać tego wykonawcę na podstawie art.224 ust.1 Pzp, gdyż przedstawiona cena ofertowa wzbudziła jego wątpliwości. Sposób wytłumaczenia ceny ofertowej przez Atos również jest ogólnikowy, tj. chociażby stwierdzenie iż „cena oferty umożliwia realizację zamówienia zgodnie z SWZ oraz uwzględnia również koszty

wyposażenia i umundurowania, wyposażenia obiektów w system/oprogramowanie do kontroli pracy pracowników ochrony, obsługę tego systemu, koszty działania Grupy interwencyjnej, pozostałe koszty operacyjne oraz zysk”. Sposób obliczenia ceny ofertowej w związku z podejrzeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny powinien być sporządzony w oparciu o wymogi art.224 ust.3 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia obejmuję ochronę fizyczną wraz z konwojowaniem i podjazdem grup interwencyjnych, a sposób jego realizacji nie stanowi innowacyjnego rozwiązania technicznego ani technologicznego (opis przedmiotu zamówienia został ustalony przez Zamawiającego). Koszty zatrudnienia mają być „zgodne 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie”- rozliczanie tego typu kosztów nie może być inaczej przeprowadzane aniżeli w ramach ustawy Kodeks Pracy.

Aby rzetelnie obliczyć wartość oferty należało przedłożyć odpowiednie wyliczenia stawek netto dla posterunków dziennych (bez wymogu godzin nocnych) oraz posterunków całodobowych (z wymogiem dodatkowo płatnych godzin nocnych zgodnie z Kodeksem Pracy) w poszczególnych okresach, tj. do końca 2022 roku, od 1 stycznia 2023 do końca czerwca 2023 roku oraz od 1 lipca 2023 roku do końca trwania umowy (15.10.2023 r.) i przemnożyć przed wymaganą liczbę roboczogodzin. Umowa zgodnie z SWZ miała obowiązywać od dnia 15.10.2022 r. do 15.10.2023 r. Odrębne kalkulatory (dowody) musiały być przygotowane odrębnie, ponieważ w poszczególnych okresach występuje zmiana minimalnego wynagrodzenia w ramach umów o pracę (2022 rok - 3010,00 zł brutto, od 01.01.2023 do 30.06.2023 rok - 3490,00 zł brutto oraz od 01.07.2023 rok - 3600,00 zł brutto dla pracownika).

Poszczególne kalkulatory zawierają minimalne koszty zatrudnienia w ramach umowy o pracę oraz koszty poszczególnych elementów składowych ceny. Założony przez nas zysk wykonawcy zgodnie z wyliczeniami w dowodach 5B-5G jest to 24400,00 zł netto przez cały okres realizacji zamówienia, co jest 1,10% minimalnej kwoty netto. Nawet przy tak niskim poziomie założenia dotyczącego minimalnego zysku łącznie minimalna wartość oferty netto w

zakresie pozycji 8a i 8b formularza ofertowego (główne składniki ceny ofertowej) może wynosić 2.264.916,12 zł netto. Tymczasem wartość netto oferty wykonawcy Atos w zakresie punktu 8a i 8b formularza ofertowego (zamówienie podstawowe) wynosi: 2.225.049,55 zł netto. Nawet jeśli odejmiemy cały zakładany założony zysk wykonawcy w kwocie 24.400,00 zł netto wartość minimalna, za którą teoretycznie można zrealizować zamówienie wynosi 2.240.516,12 zł, co jest powyżej zaoferowanej przez tego wykonawcę kwoty 2.225.049,55 zł netto (punkt 8a i 8b formularza ofertowego). Przyjęta minimalna wartości: zysku (1,10%, a powinno być min. 3,00%), urlopu (jedynie 20 dni na każdego z pracowników, gdzie de facto założona średnia powinna być wyższa, gdyż nie wszyscy skierowani do realizacji pracownicy będą posiadać mniejsze niż 10 lat doświadczenie zawodowe, co ma związek z kosztem urlopu), wyposażenia (przy założeniu, iż całe wyposażenie oprócz wymaganych w punkcie 1.2.2. SOPZ - strojów, wykonawca posiada), podwykonawstwa w zakresie grup interwencyjnych, nawet jeśli wykonawca posiada własne grupy interwencyjne koszt ten musi zostać założony, koszty administracyjne, nadzoru oraz monitorowania sygnałów alarmowych. Wskazane wartości i tak są przyjęte na minimalnych poziomach. Zdaniem Odwołującego koszty nadzoru, grup interwencyjnych, monitorowania oraz koszty administracyjne powinny być wyższe. Natomiast koszty pracownicze, o których mowa w pozycji I dowodów nr 5B-5G to nie mogą być one niższe aniżeli te, które Odwołujący przedstawi. Wykonawcy nie mogą liczyć na dofinansowanie z PFRON za zatrudnienie osób niepełnosprawnych, gdyż Zamawiający zakazuje uczestnictwa takich osób przy realizacji zamówienia.

Wykonawca Atos w złożonych wyjaśnieniach z dnia 21.09.2022 r. próbuje tworzyć fikcję, gdzie twierdzi, iż założono m.in. „zatrudnienie w ramach umowy o pracę zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami". Nie wskazuje natomiast m.in. kosztu nadzoru, monitorowania, grup interwencyjnych, zastępstw pracowników oraz nie wykazuje rezerwy finansowej, dodatkowo utajniając sposób wyliczenia kosztów pracowniczych, które są powszechnie znane, a sposób ich obliczeń nie może być inny niż w ustawie Kodeks Pracy. Wykonawca Atos w dowodzie nr 3 próbuje wskazać, iż wartość oferty jest tylko o 0,8% niższa od kwoty przeznaczonej (2.888.152,00 zł brutto), tymczasem jest to 4,85%. W ocenie Odwołującego za kwotę zaoferowaną przez wykonawcę Atos nie można zrealizować zamówienia na podanych w SWZ warunkach bez łamania powszechnie obowiązujących przepisów prawa mających wpływ na realizację zamówienia. Proponowane przez tego wykonawcę warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia odbiegają

od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Niedoszacowanie oferty wynosi w zakresie punktu 8a i 8b formularza ofertowego

przynajmniej 39.866,57 zł netto, tj. 49.035,88 zł brutto. Całość złożonych przez wykonawcę Atos wyjaśnień jest lakoniczna, chaotyczna i nie potwierdza uwzględnienia wszystkich wymaganych w SWZ oraz ustawie Pzp elementów cenotwórczych.

Odnośnie zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający ustanowił w SWZ jedno z kryteriów oceny ofert jako „Jakość wdrożenia elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony". Zasady punktacji zostały opisane przez Zamawiającego w punkcie

IX.4. c) SWZ. Wykonawcy w formularzu ofertowym, chcąc zdobyć dodatkowe punkty, zobowiązani byli złożyć oświadczenie o zobowiązaniu się do wdrożenia systemu, o którym mowa w pkt 1.2.9. SOPZ oraz musieli złożyć wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w formie aktywnego, co najmniej w terminie związania ofertą, linku do filmu dokumentującego działanie

oferowanego sytemu. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie jednego z Wykonawców „Zamawiający informuje, że stawia wymóg posiadania przez Wykonawcę systemu zarządzania personelem ochrony (przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w pkt VII.1b SWZ). Zamawiający wymaga wskazania linku do filmu obrazującego faktyczne wykorzystanie systemu oferowanego przez Wykonawcę". Takowy link został złożony zarówno przez Odwołującego, jak i innych wykonawców. Przedmiotowy środek dowodowy miał posłużyć również jako weryfikacja dotycząca wymogów odnośnie tego systemu, o którym mowa w punkcie 1.2.9. SOPZ.

Zamawiający, dokonując w dniu 29 września 2022 r. ,pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie przyznał żadnemu z Wykonawców punktów w tym kryterium. Następnie anulował swój wybór, dokonał ponownej oceny ofert i ponownie wybrał ofertę wykonawcy Atos przyznając temu zarówno temu wykonawcy, Odwołującemu, jak Konsorcjum Solid po 40 punktów w ramach tego kryterium.

W dniu 10.04.2022 r. została wysłana Zamawiającemu przez Odwołującego wiadomość z wnioskiem, iż przedmiotowy środek dowodowy wskazany przez wykonawcę Atos nie zawiera wymaganych w SWZ dla tego kryterium elementów, tj.: mapy chronionego obiektu (tereny zewnętrzne) - mapa powinna odzwierciedlać rzut 2, ulic, ścieżek, budynków; markerów pozycji ochraniarzy nieniesione na mapę wraz ze śledzeniem w czasie rzeczywistym; historii przemieszczania się ochraniarzy wraz z naniesionymi ścieżkami na mapę oraz markerami czasu(dzień/godzina/minuta), mimo tego, Zamawiający podtrzymał swoją decyzję w dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy pomimo, iż podany w formularzu ofertowym przedmiotowy środek dowodowy (link:) nie zawiera wymaganych w SWZ dla tego kryterium elementów. Zamawiający przyznał w tym kryterium 40 punktów wykonawcy Atos nie mając ku temu jakiejkolwiek podstawy.

Wykonawca Atos w formularzu ofertowym twierdzi, iż oferowany system „demonstruje różne możliwości techniczne, z których korzysta spółka. W przedziale czasowym filmu od 2:00 minuty do 6:55 minuty przedstawiony został opis dotyczący łączności radiowej cyfrowej", tymczasem w przedstawionym przedmiotowym środku dowodowym mowa jest o ochronie informacji niejawnych (film nr 1, pn. „Fragment filmu tajemniczy świat informacji"), a nie o elektronicznym systemie zarządzania personelem ochrony. Z kolei drugi film obrazuje relację z „Pikniku patriotyczno- militarnego w Okręglicy „Wiosna Patriotów" organizowanego przez Atos Sp. z o.o.". Środek dowodowy nie przedstawia jakiegokolwiek elementu dotyczącego systemu o którym mowa w SOPZ punkt 1.2.9. Dodatkowo wykonawca Atos w swoim formularzu ofertowym twierdzi: „Radiotelefony ręczne posiadają odbiornik GPS, który w ramach geolokalizacji drogą radiową podaje do oprogramowania serwera bieżącą lokalizację radiotelefonu. Kwestia lokalizacji urządzeń wraz z innymi możliwościami łączności radiowej cyfrowej Motorola, wykorzystywanej przez wykonawcę Atos, może zostać przedstawiona przez Wykonawcę w formie prezentacji w dowolnym momencie". Wykonawcy mieli przedstawić w formie przedmiotowego środka dowodowego działanie oferowanego elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony, a nie przedstawiać w późniejszym terminie (dowolnym momencie) dodatkową prezentację. Dodatkowo radiotelefony i tak mają być obowiązkowo na wyposażeniu ochrony (zgodnie z SWZ), co nie jest równoznaczne z dodatkowym, oferowanym systemem, za które to wykonawcy mieli otrzymać dodatkowe punkty. Radiotelefony nie są elektronicznym systemem zarządzania personelem ochrony- nie mają takiej funkcjonalności. Dla porównania Odwołujący składa oferowany system, który zawiera wyżej wskazane funkcjonalności (aktywny link do filmu) - film dokumentujący działanie oferowanego sytemu. Z przesłanego linku jasno wynika, iż system zawiera wymagane elementy. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie Zamawiający w protokole z prac komisji przetargowej przyznał wykonawcy Atos maksymalną liczbę punktów.

Kolejnym aspektem jest prowadzenie przez Zamawiającego postępowania z naruszeniem art.16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, na dowód czego Odwołujący przedłożył korespondencję z Zamawiającym z dnia 04.10.2022 r. (odpowiedź Zam. na wniosek Konsorcjum Hunters z dnia 04.10.2022 r. dowód nr 12), gdzie Zamawiający twierdzi: „Przychylenie się do twierdzeń obecnie przez Państwa przedstawianych cofnęłoby nas do powtórnej oceny ofert, która być może skończyłaby się przyznaniem ofercie firmy Atos 0 punktów, ale wobec nieprawidłowo złożonego przedmiotowego środka dowodowego przez firmy Hunters i Solid Security, ponownie należałoby i tym wykonawcom przyznać 0 punktów. Żaden z wykonawców bowiem, zakładając nie działanie celowe, ale błędną interpretację SWZ, nie przedstawił przedmiotowego środka dowodowego odpowiadającego wymogom SWZ oraz członkom Komisji Przetargowej. Natomiast na skutek błędnej interpretacji SWZ i nie zrozumienia intencji Zamawiającego każdy z 3 wykonawców odwołuje się od przyznanych im 0 punktów, uważając zapewne, że złożyli prawidłowy przedmiotowy środek dowodowy. Naprawdę Zamawiający jest zdziwiony tak ciągłymi atakami na każdą decyzję podejmowaną przez Zamawiającego. Nieakceptowalna jest taka postawa wykonawcy, ani nie prowadzi ona do uzyskania zamówienia. Te ciągłe ataki, wręcz nękanie i zastraszanie Zamawiającego naprawdę do niczego nie prowadzą. Zamawiający nie ma żadnego interesu

w wyborze jednej czy drugiej firmy w tym postępowaniu. Do tej pory przychylał się do wszystkich Państwa wniosków mimo, że znacznie wydłużyły procedurę udzielanie tego zamówienia, ale chciał aby postępowanie było jak najbardziej przejrzyste. W ocenie Zamawiającego odwołanie do KIO nie zmieni oceny końcowej, jedynie może doprowadzić do sytuacji, że firma Atos dostanie 0 punktów w pozacenowym kryterium jakości, ale wówczas i państwa oferta otrzyma 0 punktów, gdyż również przedmiotowy środek dowodowy w postaci filmu producenta systemu a nie jak oczekiwał tego Zamawiający przedstawienia działania systemu na aktywnie chronionych obiektach zasługuje na 0 punktów".

W dniu 11 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający, poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu odwołaniu, przekazał kopię odwołania oraz przekazał informację o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 14 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Atos zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu (na adresy e-mailowe).

W dniu 18 października 2022 r. Odwołujący zgłosił opozycje co do skuteczności zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę Atos, podnosząc że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do niego w dniu 17 października 2022 r., a więc po terminie na jego zgłoszenie.

W dniu 20 października 2022 r. (pismem z dnia 19 października 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Atos do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały bowiem przekazane na adresy e-mailowe Odwołującego wskazane do kontaktu w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący potwierdził na posiedzeniu, że są to adresy, które faktycznie podał i, na które - jak wynika z dowodów załączonych do zgłoszenia przystąpienia - zostało ono przesłane w dniu 14 października 2022 r.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania

dowody, tj.:

1. Podsumowanie wyliczeń.

2. Kalkulatory dotyczące obliczenia minimalnej ceny ofertowej,

gdyż pozostałe zawnioskowane dowody wchodzą już bowiem w skład dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w poczet materiału dowodowego, tj.: screeny z filmów złożonych przez wykonawcę Konsorcjum Impel i wykonawcy Hunters (Odwołującego).

Izba nie dopuściła dowodów złożonych przez wykonawcę Atos (screenów z systemu zarządzania personelem) i dodatkowego stanowiska w sprawie z uwagi na to, że film będący podstawą do przyznania punktów w ramach kryterium JAKOŚĆ: „Wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony" powinien być złożony wraz z ofertą. W trakcie rozprawy wykonawca wnioskował o możliwość przedstawienia funkcjonalności systemu na obiekcie, w którym usługa jest obecnie realizowana, tj. u obecnego Zamawiającego w oparciu o umowę czasową. Dlatego tez jego wniosek o prezentacje tego systemu został oddalony.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenie art. 204 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie uznanej za najkorzystniejszą, a w rzeczywistości podlegającej odrzuceniu i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania oferty w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut 1 odwołania) oraz zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu złożono 6 ofert, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez: konsorcjum Impel - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 619 721,07 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 102 028,50 zł; konsorcjum Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. (lider konsorcjum - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 796 033,96 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 113 799,60 zł; konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o.o. (lider konsorcjum) - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 893 534,72 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 80 442,00 zł; Odwołujący - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 863 087,24 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 110 700,00 zł; wykonawca Atos - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 754 522,95 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 110 700,00 zł; konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. (lider konsorcjum) - cena oferty zamówienie podstawowe (brutto) - 2 915 466,21 zł, cena oferty prawo opcji (brutto) - 113 836,50 zł. Wartość szacunkową zamówienia dla Zamawiający oszacował na kwotę 2 466 651,06 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 16 września 2022 r., wezwał wykonawcę Atos do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej istotnych elementów składowych. Jednocześnie wskazał, że podstawą do jego wystosowania jest wniosek innego uczestnika postępowania, który poddał pod wątpliwość Zamawiającego możliwość wykonania, za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę, przedmiotu zamówienia (dotyczy zarówno ceny za zamówienie podstawowe, jak i ceny za prawo opcji) zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty oraz jej istotnych części składowych, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki cena oferty została skalkulowana. Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny charakter ceny złożonej oferty oraz jej istotnych części składowych, a także przedstawiać dowody wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę.

Pismem z dnia 21 września 2022 r. wykonawca Atos wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena umożliwia realizację zamówienia zgodnie z SWZ oraz uwzględnia również koszty wyposażenia i umundurowania, wyposażenia obiektów w system/oprogramowanie do kontroli pracy pracowników ochrony, obsługę tego systemu, koszty działania Grupy

Interwencyjnej, pozostałe koszty operacyjne i zysk wykonawcy. Do wyjaśnień dołączył dokumenty, których treść objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 29 września 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Atos jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, pismem z dnia 4 października 2022 r. poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty wykonawcy Atos jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wezwanie skierowane do wykonawcy, w trybie art. 224 ustawy Pzp, oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania - udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma więc obowiązek do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one bowiem składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia.

W tym stanie faktycznym podstawą wezwania wykonawcy Atos do złożenia wyjaśnień był wniosek wystosowany przez innego wykonawcę, który poddał w wątpliwość Zamawiającego możliwość wykonania, za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę, przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Podkreślić bowiem należy, że cena oferty wykonawcy Atos jest jedynie o około 0,8% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i o około 1,62 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Nie zaistniały więc przesłanki, która stanowią bezwzględną podstawę skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień a wynikającą z ustawy Pzp. U podstaw wezwania wykonawcy legł bowiem wniosek innego wykonawcy.

Tak więc dokonując analizy wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę Atos stwierdzić należy, że na dzień składania ofert, tj. na dzień 9 września 2022 r. w obrocie prawnym funkcjonował projekt rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2022 r. (numer RD 585) w sprawie ustalenia na następny rok wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej. Projekt ten ustalił wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2023 r. w wysokości 3.383,00 zł brutto a od 1 lipca 2023 r. w wysokości 3.450,00 zł brutto. Cenę oferty należało więc skalkulować w oparciu dane zawarte w tym projekcie i na tej właśnie podstawie wykonawca Atos ją skalkulował. Tymczasem Odwołujący opracowując kalkulatory załączone do odwołania oparł się na stawkach wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952), opublikowanego w dniu 15 września 2022 r. a więc opublikowanych już po terminie składania ofert. Wskazane rozporządzenie ustaliło wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 3.490,00 zł od 1 lipca 2023 r. a w wysokości 3.600,00 zł od dnia 1 stycznia 2023 r. Tym samym kalkulacja dokonana w oparciu o stawki z opublikowanego już rozporządzenia nie może być podstawą do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę Atos jest rażąco niska. Wykonawca Atos, kalkulując cenę oferty mógł i powinien był ustalić na takim poziomie jak wynikało to z projektu rozporządzenia.

Warto także zwrócić uwagę na odpowiedź Zamawiającego udzieloną na pytania wykonawców z dnia 2 września 2022 r. (odpowiedź na pytanie nr 6), gdzie Zamawiający podał nie tylko to w jaki sposób kalkulacja powinna być dokonana. Kalkulacja powinna być dokonana z uwzględnieniem ryzyk wynikających z prognozowanych zmian w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r, gdyż wiedza ta ma charakter ogólnie powszechny, odsyłając do strony internetowej, na której dostępne są informacje na temat projektowanego rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. Zamawiający wskazał także, że w przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia będzie on podlegał rozpoznaniu przez Zamawiającego na ogólnych zasadach.

Odwołujący, kwestionując cenę oferty wykonawcy Atos, zakwestionował w istocie stawki za godziny wskazane przez tego wykonawcę w Formularzu oferty - poz. 8a (usługi

stałej ochrony osób i mienia - pracownicy kwalifikowani) i 8b usługi stałej ochrony osób i mienia - pracownicy niekwalifikowani). Realną stawką - jak dalej wskazał - jest jedynie stawka podana przez wykonawcę Atos w punkcie 8c (usługi konwojowania gotówki). Przedmiotem sporu są więc stawki za godzinę pracy pracowników kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Stawki te - w ocenie Odwołującego - świadczą o rażąco niskiej cenie w ofercie wykonawcy Atos i dotyczą sposobu kalkulacji i wyceny kosztów zatrudnienia tych pracowników (kwalifikowanych i niekwalifikowanych). To te koszty, koszty zatrudnienia mają bowiem istotne znaczenie dla ceny oferty.

Tymczasem w kalkulacji sporządzonej przez wykonawcę Atos, wbrew twierdzeniom Odwołującego, uwzględnione zostały wszystkie obligatoryjne elementy wynagrodzenia.

Uwzględnia ona wszystkie obligatoryjne elementy wynagrodzenia, w tym i te, na których brak wskazuje Odwołujący. Przykładowo kwestie zastępstwa pracowników na wypadek urlopu i choroby zostały zawarte w pozycjach nr 6 złożonej kalkulacji, natomiast koszty badań lekarskich, szkoleń BHP znajdują się w pozycjach nr 7. Kalkulacja zawiera także dodatek za pracę w nocy, składki na ubezpieczenie społeczne, chorobowe i wypadkowe. Wykonawca przewidział również możliwość zwiększenia wynagrodzenia (poz. 12 kosztorysu). Różnice w stawkach wynikają natomiast z ilości godzin pracowników kwalifikowanych i niekwalifikowanych.

A ponadto w pozycjach 10-18 kalkulacji ujęte zostały koszty dodatkowe, w tym m.in. koszty wyposażenia, zysk, dofinansowanie itp.

Wykonawca Atos złożył także dokumenty potwierdzające koszty prania odzieży roboczej, wyposażenia wykonawcy w pojazdy i systemy zarządzania personelem. A ponieważ - jak wskazał - nie ponosi kosztów związanych z wynajmem pomieszczeń, leasingiem i dzierżawą urządzeń, gdyż stały się one jego własnością, wobec tego z tego tytułu nie ponosi kosztów. Korzysta także z pomocy de minimis, na co także przedłożył dowód.

Powyższe oznacza, że oferta tego wykonawcy została skalkulowana prawidłowo, co w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał wykonawca Atos, składając stosowne wyjaśnienia. Potwierdza to szczegółowa kalkulacja oraz złożone wraz z nią dowody.

Dlatego też stwierdzić należy, że zarzuty 1 i 2 odwołania nie potwierdziły.

Zarzut naruszenia art.204 ust.1, art.239 ust.2 w związku z art.16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp(zarzut 3 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział IX. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT, pkt IX.8 wskazał, że oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria:

A. Cena za zamówienie podstawowe - 55,00 pkt.

B. Cena za prawo opcji - 5,00 pkt.

C. JAKOŚĆ - „Wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony” - 40,00 pkt.

Zasady oceny kryterium JAKOŚĆ: „Wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony” (C) został określony w sposób następujący:

„Wykonawca, który w Formularzu oferty złoży oświadczenie o zobowiązaniu się do wdrożenia systemu, o którym mowa w pkt 1.2.9 SOPZ (zaznaczy odpowiedź TAK), zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w formie aktywnego, co najmniej w terminie związania ofertą, linku do filmu dokumentującego działanie oferowanego sytemu. Każdy ze złożonych przedmiotowych środków dowodowych będzie podlegał ocenie Komisji przetargowej, która w pierwszej kolejności dokona weryfikacji oświadczenia Wykonawcy złożonego na Formularzu oferty z zawartością filmu dokumentującego działanie oferowanego systemu.

Zamawiający dokona oceny niniejszego kryterium poprzez przyznanie punktów w następujący sposób: 1. Element oceny w ramach kryterium Punktacja
Jeżeli w wyniku badania przedstawionych przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych, Komisja przetargowa stwierdzi, że oferowany przez Wykonawcę system, o

którym mowa w pkt 1.2.9 SOPZ zawiera: oferta Wykonawcy otrzyma w kryterium „C”:

1)

- mapę chronionego obiektu (tereny zewnętrzne) - mapa powinna odzwierciedlać rzut 2D ulic, ścieżek, budynków;
- markery pozycji ochraniarzy nieniesione na mapę wraz ze śledzeniem w czasie rzeczywistym;
- historię przemieszczania się ochraniarzy wraz z naniesionymi ścieżkami na mapę oraz markerami czasu (dzień/godzina/minuta).

40 pkt

2)

- mapę chronionego obiektu (tereny zewnętrzne) - mapa powinna odzwierciedlać rzut 2D ulic, ścieżek, budynków;
- markery pozycji ochraniarzy nieniesione na mapę wraz ze śledzeniem w czasie rzeczywistym.

20 pkt

3)

- mapę chronionego obiektu (tereny zewnętrzne) odzwierciedlającą rzut 2D ulic, ścieżek, budynków

0 pkt 2.

Ponadto, Zamawiający zastrzega, że: 4) Jeżeli przedstawiony przez Wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy nie będzie spełniać żadnej z wymagalnych minimalnych funkcjonalności, systemu o którym mowa w pkt 1.2.9 SOPZ 0 pkt

IX.8. Zamawiający nie przewiduje przeprowadzenia dogrywki w formie aukcji elektronicznej.”.
Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, pismem z dnia 7

września 2022 r. podał:

„Pytanie Nr 6:

W Rozdziale VII pkt.1 Zamawiający wskazuje „W przypadku pozytywnej deklaracji, o której mowa w zdaniu powyżej, w pkt 11 Formularza oferty należy podać link do filmu dokumentującego działanie oferowanego systemu”- czy Zamawiający oczekuje od

Wykonawcy wskazania linku do filmu Producenta systemu czy filmu obrazującego faktyczne wykorzystanie systemu przez Wykonawcę?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że stawia wymóg posiadania przez Wykonawcę systemu zarządzania personelem ochrony (przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w pkt VII.1b SWZ). Zamawiający wymaga wskazania linku do filmu obrazującego faktyczne wykorzystanie systemu oferowanego przez Wykonawcę.”.

Zamawiający w dniu 29 września 2022 r. dokonał oceny ofert i wykonawcom Atos, Odwołującemu oraz wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ramach kryterium JAKOŚĆ: „Wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony” przyznał po „0” punktów.

W dniu 4 października 2022 r. Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert w zakresie przedmiotowego środka dowodowego stanowiącego link do filmu dokumentującego działanie oferowanego przez danego wykonawcę systemu zarządzania personelem ochrony i ofertom wszystkich wykonawców w ramach tego kryterium przyznał maksymalna ilość punktów, tj. 40. W uzasadnieniu wskazał, że „komisja dostrzegła pewne niespójności , które w efekcie mogły spowodować błędną interpretację wymogu określonego przez Zamawiającego w zakresie treści merytorycznych przedmiotowego środka dowodowego”. Dlatego też „kierując się zasadą działania na korzyść wykonawców wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp oraz jakże istotną, zasadą równego traktowania wykonawców przejrzystością postępowania”

rekomendowano przyznanie wszystkim maksymalnej ilości punktów w tym kryterium.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający podał w SWZ, iż wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w formie aktywnego, co najmniej w terminie związania ofertą, linku do filmu dokumentującego działanie oferowanego sytemu.

Niewątpliwym jest także, że Zamawiający, odpowiadając na pytanie wykonawcy czy „oczekuje od Wykonawcy wskazania linku do filmu Producenta systemu czy filmu obrazującego faktyczne wykorzystanie systemu przez Wykonawcę" podał, że ma to być film obrazujący „faktyczne wykorzystanie systemu oferowanego przez Wykonawcę".

Zamawiający wykluczył więc możliwość przedstawienia filmu producenta pokazującego możliwości prezentowanego systemu a oczekiwał złożenia filmu, który pokazuje faktyczne wykorzystanie oferowanego systemu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Podał także, że wykonawca „fakultatywnie w dniu rozpoczęcia realizacji umowy, wdroży elektroniczny system zarządzania personelem ochrony, które umożliwi Zamawiającemu kontrolę w czasie rzeczywistym aktualnej pozycji pracowników ochrony na posterunkach nr 2, 3, 11 i 12, wyposażonych w nasobne, indywidualne nadajniki GPS oraz ewentualnie pozwoli Zamawiającemu na pełny wgląd w raporty archiwalne co najmniej 30 dni wstecz**. Przez kontrolę pozycji pracownika ochrony Zamawiający rozumie wizualizację położenia jego indywidualnego nadajnika GPS na mapie cyfrowej, zarówno w czasie rzeczywistym, jak tez w zapisie archiwalnym (odtworzenia trasy przemieszczania się pracownika w czasie pełnienia służby - data, godzina, miejsce). Zamawiający wymaga, aby dostęp do systemu realizowany był za pomocą dedykowanej strony www. bądź aplikacji na telefon lub tablet. Wdrożenie tego elementu skutkować będzie dodatkowymi punktami przy ocenie oferty - max 40 pkt. W takim wypadku realizacja tego elementu wchodzi w zakres obowiązków umownych Wykonawcy, który zadeklarował wdrożenie tego elementu." (pkt 1.2.9 SOPZ - załącznik nr 1 do SWZ). W kontekście powyższego Zamawiający określił sposób oceny i przyznania punktów w kryterium JAKOŚĆ: „Wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony" podając, że oferta otrzyma maksymalną ilość punktów (40) jeśli film przedstawiony do oceny zawiera: mapę chronionego obiektu (tereny zewnętrzne) - mapa powinna odzwierciedlać rzut 2D ulic, ścieżek, budynków; markery pozycji ochraniarzy nieniesione na mapę wraz ze śledzeniem w czasie rzeczywistym oraz historię przemieszczania się ochraniarzy wraz z naniesionymi ścieżkami na mapę oraz markerami czasu (dzień/godzina/minuta). W przypadku braku jednego z wyżej wskazanych elementów wykonawca mógł otrzymać odpowiednio 20 (w przypadku przedstawienia dwóch pierwszych z wymaganych trzech elementów) lub 0 punktów (w przypadku przedstawienia pierwszego z wymaganych trzech elementów).

Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów w ramach tego kryterium wszystkim wykonawcom, których oferty podlegały ocenie, tj. trzem wykonawcom. Filmy przedstawione przez tych wykonawców (Odwołującego, wykonawcę Atos i konsorcjum SOLID) - jak podniósł Zamawiający na rozprawie - nie zawierają wymaganych przez niego elementów. Nie zawiera ich zarówno film wykonawcy Atos, jak i film Odwołującego. Wykonawca Atos w swoim filmie opowiada o działaniu na obiekcie i możliwościach zrealizowania postawionych przez Zamawiającego wymagań. Nie zawiera jednak wymaganych w SWZ elementów podlegających ocenie w ramach tego kryterium. Okoliczność tę przyznał wykonawca Atos. W filmie złożonym wraz z ofertą przedstawił bowiem posiadany system i umiejętność korzystania z tego systemu. Filmik ten nie posiada jednak tych elementów, na które wskazał Zamawiający w kryterium oceny ofert zawartym w SWZ. Tak więc nieuprawnionym działaniem Zamawiającego było przyznanie temu wykonawcy 40 punktów w ramach tego kryterium. Wykonawca ten powinien otrzymać w ramach tego kryterium 0 punktów. W taki sam sposób Zamawiający powinien ocenić oferty pozostałych wykonawców.

Nie zasługują na uwzględnienie argumenty Zamawiającego, który twierdzi, że nie określił formy prezentacji danych i struktury przedstawionego oprogramowania a co oznacza, że każda forma prezentacji żądanych informacji była dopuszczalna. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Zamawiający w SWZ wprost bowiem wskazał, że do oceny w kwestionowanym kryterium wymaga przedstawienia mapy chronionego obiektu, która powinna odzwierciedlać rzut 2D ulic, ścieżek, budynków, naniesienia na mapę markerów pozycji ochroniarzy oraz historii przemieszczania się ochraniarzy wraz z naniesionymi ścieżkami na mapę oraz markerami czasu (dzień/godzina/minuta).

Sposób przedstawienia tego elementu (dwóch pierwszych elementów) był więc jednoznaczny. Podstawą przyznania punktów w ramach tego kryterium nie może być natomiast prezentacja przez wykonawcę Atos pokazująca sposób wykorzystania systemu na obiekcie, w którym obecnie (na podstawie umowy czasowej z tym Zamawiającym) wykonawca to zadanie realizuje. Każdy potencjalny wykonawca zobowiązany był bowiem

spełnić wymogi z punktu 1.2.9 SOPZ na etapie realizacji zamówienia. Jednak brak ich przedstawienia w filmie składanym przez wykonawcę wraz z ofertą i w sposób określony w SWZ skutkował nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium. Czy innym jest bowiem wykazanie tych elementów w filmie złożonym wraz z ofertą, a czym innym w filmie prezentowanym później. W tym wypadku, w filmie pokazującym aktualny sposób działania tego wykonawcy. Bezspornym jest bowiem, że ocenie podlegał film złożony wraz z ofertą. Film ten nie daje podstawy do przyznania wykonawcy Atos maksymalnej ilości punktów w tym kryterium.

Dlatego też Zamawiający zobowiązany jest dokonać ponownej oceny ofert w kryterium „Jakość - wdrożenie elektronicznego systemu zarządzania personelem ochrony", a punkty w tym kryterium przyznać wyłącznie za film pokazujący faktyczne wykorzystanie oferowanego systemu przez wykonawcę, który składa ofertę i na obiekcie, na którym ten wykonawca realizuje usługę a nie za film reklamowy producenta systemu.

Na marginesie należy dodać, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest formalizm sam w sobie, ale wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp i treści SWZ. Skoro jednak Zamawiający określił w SWZ sposób oceny przedmiotowego środka dowodowego w formie filmu dokumentującego działanie oferowanego sytemu to nie może na etapie oceny ofert zmieniać tych zasad. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 i 3 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: .....