

WYROK

z dnia 30 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022r. przez odwołującego: A. S. SZERYF SECURITY z siedzibą w Gdyni (ul. Wiczlińska 115H, 81-578 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Okręgowy w Gdańsku (ul. Nowe Ogrody 30/34, 80-803 Gdańsk),

przy udziale wykonawcy: Biuro Ochrony Mienia S. SECURITY M. S. z siedzibą w Wejherowie (ul. Obrońców Helu 6A, 84-200 Wejherowo) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: A. S. SZERYF SECURITY z siedzibą w Gdyni (ul. Wiczlińska 115H, 81-578 Gdynia) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Sąd Okręgowy w Gdańsku (ul. Nowe Ogrody 30/34, 80-803 Gdańsk) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 518 zł 00 gr (słownie: pięćset osiemnaście złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710 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.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę A. S. SZERYF SECURITY z siedzibą w Gdyni (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sąd Okręgowy w Gdańsku na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Ochronę obiektów sądowych”. Numer referencyjny: G-260-1/22. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE z dnia 13 września 2022 r. Nr S176 498602-2022-PL.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie w zakresie dotyczącym części II i III przedmiotu zamówienia, zwanym dalej „Przetargiem”, a mianowicie odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. zakresie firmy: Biuro Ochrony Mienia „S. Security” M. S.,

adres: 84-200 Wejherowo ul. Obrońców Helu 6a („Konkurent1”), a także - od zaniechania

odrzućenia tej oferty oraz od zaniechania odrzućenia:

- a) w zakresie dotyczącym części II zamówienia - oferty Konsorcjum:
 - Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie (lider Konsorcjum), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. z/s w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie, Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. z/s w Elblągu („Konkurent2”, „Oferta nr 4”);
 - Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Poznaniu (lider Konsorcjum), Emporio Sp. z o.o. z/s w Poznaniu, Vigor Security Sp. z o.o. z/s w Poznaniu („Konkurent3”, „Oferta nr 3”) oraz
- b) w zakresie dotyczącym części III zamówienia - oferty:
 - Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie (lider Konsorcjum), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. z/s w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie, Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. z/s w Elblągu („Konkurent2”, „Oferta nr 6”);
 - HS Security Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Pruszczu Gdańskim („Konkurent4”, „Oferta nr 5”).

Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzućenia ofert złożonych na część II i III zamówienia przez Konkurenta1, zawierających rażąco niską cenę,

skalkulowaną, przy uwzględnieniu stawki za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zwaną dalej „ustawą o minimalnym wynagrodzeniu” oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zwanej dalej „ustawą o rehabilitacji”,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzućenia ofert złożonych na część II i III zamówienia przez Konkurenta2, zawierających rażąco niską cenę, skalkulowaną, przy uwzględnieniu stawki za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisów ustawy o rehabilitacji,

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej na część II zamówienia przez Konkurenta³, zawierającej rażąco niską cenę, skalkulowaną, przy uwzględnieniu stawki za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz przepisów ustawy o rehabilitacji,

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej na część III zamówienia przez Konkurenta⁴, zawierającej rażąco niską cenę, skalkulowaną, przy uwzględnieniu stawki za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz przepisów ustawy o rehabilitacji,

5) art. 16 Ustawy, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, poprzez bezkrytyczne przyjęcie zaniżonych stawek roboczogodziny kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej na podstawie których kalkulowane były ceny ofertowe przez Konkurentów, o których mowa w pkt 1 - 4 (powyżej),

a w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów - z ostrożności procesowej - podnoszę zarzut naruszenia przepisu:

1) art. 224 ust. 1 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu wystąpienia do wszystkich

Konkurentów, o których mowa w pkt 1 - 4 (powyżej) z żądaniem wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w tym kosztów zatrudnienia kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wynikających z przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz przepisów ustawy o rehabilitacji, mimo, że stawki, wskazane przez ww. Konkurentów w formularzu ofertowym tworzyły co najmniej podejrzenie, że skalkulowane ceny ofertowe nie odzwierciedlają niezbędnych kosztów realizacji zamówienia zgodnie z SWZ.

W Przetargu na część II zamówienia złożonych zostało 7 ofert, w tym trzy oferty Konkurentów, zawierające korzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert w porównaniu do oferty Odwołującego (w związku z zaoferowaniem przez wszystkich wykonawców takich samych warunków w kryterium pozacenowym, decydujące znaczenie miała wysokość ceny ofertowej). Ostatecznie, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 28.10.2022 r., Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konkurenta¹ (Oferta nr 1). W następnej kolejności najwyższej zostały ocenione oferty złożone przez Konkurenta² (Oferta nr 4) oraz Konkurenta³ (Oferta nr 3). Oferta Odwołującego (Oferta nr 5) zajęła czwarte miejsce w rankingu ofert.

W Przetargu na część III zamówienia złożonych zostało 9 ofert, w tym trzy oferty Konkurentów, zawierające korzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert w porównaniu do oferty Odwołującego (w związku z zaoferowaniem przez wszystkich wykonawców takich samych warunków w kryterium pozacenowym, również i w tym przypadku decydujące znaczenie miała wysokość ceny ofertowej). Ostatecznie, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 28.10.2022 r., Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konkurenta¹ (Oferta nr 2). W dalszej kolejności najwyższej zostały ocenione oferty złożone przez Konkurenta⁴ (Oferta nr 5) oraz Konkurenta² (Oferta nr 6). Oferta Odwołującego (Oferta nr 7) zajęła czwarte miejsce w rankingu ofert.

W takim stanie sprawy, przy uwzględnieniu treści podniesionych zarzutów, nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez Odwołującego legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący wniosł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konkurenta¹ oraz

- nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami Ustawy,
- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami Ustawy.

W uzasadnieniu Wykonawca wskazał:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy

W odniesieniu do tego zarzutu poda

Poniżej przedstawiam uzasadnienie wspólne dla wszystkich zarzutów głównych, jakie zostały podniesione w niniejszym odwołaniu. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, przygotowaną na potrzeby prowadzonego Przetargu („SWZ”), Zamawiający w pkt 2 Rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) znajduje się w III części SWZ oraz II części SWZ - projekcie umowy, odpowiednio dla Części I, II, III zamówienia. Podkreślenia wymaga oczekiwanie Zamawiającego w zakresie sposobu wykonania zamówienia, w tym zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia na zasadach i warunkach opisanych w SWZ oraz we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik do SWZ (pkt 3 Rozdz. III). Zamawiający stosownie do art. 95 Ustawy wymaga, aby wszystkie osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia były zatrudniane wyłącznie na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Kodeks pracy w wymiarze czasu pracy, pozwalającym im na realizację czynności w ramach zamówienia. Wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia wyżej wymienionej osoby na okres realizacji zamówienia.

Stosownie do § 1 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SWZ, Wykonawca w zakresie przestrzegania przepisów prawa zobowiązuje się w szczególności zapewnić wykonywanie usługi w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz.U.2021.1995 t.j.). Z kolei zgodnie z § 8 ust. 10 ww. wzoru umowy, kierowane przez wykonawcę osoby do świadczenia usługi nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej za wyjątkiem obsługi szatni, przy czym ograniczenie takie dotyczy tylko obiektów Sądów. Dodatkowo z treści formularza ofertowego właściwego dla części II i III zamówienia wynika, że w przypadku realizacji zamówienia na terenie obiektów Sądu Rejonowego w Kościerzynie i Sopocie, Zamawiający oczekuje od wykonawców skierowania osób, będących kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej. Tym samym Zamawiający wykluczył w ww. zakresie możliwość zatrudnienia przez wykonawców pracowników ochrony z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, a w konsekwencji - przy spełnieniu określonych warunków - możliwość otrzymywania przez wykonawców z tego tytułu dofinansowania do wypłacanego takim pracownikom wynagrodzenia na warunkach określonych w ustawie o rehabilitacji. Oznacza to również, że kalkulacja przez wykonawców stawki jednej roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej musi w pełni

uwzględniać wszelkie koszty pracy, wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących, w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, w szczególności okoliczność, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane w znakomitej części w okresie przypadającym na 2023 r. Każdy z wykonawców, biorących udział w Przetargu, zobowiązany był do uwzględnienia podwyższenia minimalnego wynagrodzenia, jakie zostało określone zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. Podkreślenia wymaga, że minimalne wynagrodzenie - którego wysokość od 1 stycznia do 30 czerwca 2023 roku wyniesie 3.490 zł, a od 1 lipca do 31 grudnia 2023 roku wzrośnie do kwoty 3.600 zł - nie obejmuje innych, wynikających wyraźnie zarówno z SWZ (koszty związane z PPK, koszty szkolenia, koszty administracyjne, koszty nadzoru, koszty związane z zapewnieniem odzieży roboczej, itp.), jak i przewidzianych w obowiązujących przepisach, określających dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem (składki ZUS, dodatek za pracę

w godzinach nocnych, zabezpieczenie kosztu wynagrodzenia za urlop, zabezpieczenie kosztu wynagrodzenia w związku z chorobą pracownika, itp.). Niezależnie naturalnym składnikiem ceny ofertowej jest również spodziewany zysk z tytułu realizacji zamówienia. Obowiązek uwzględnienia wszystkich składników ceny ofertowej, w tym kosztów osobowych adresowany był do wszystkich wykonawców, biorących udział w Przetargu.

Zamawiający ustalił w SWZ, że cena ofertowa będzie ceną ryczałtową, ostateczną, kompletną, jednoznaczną. Ponadto zgodnie z pkt 3 Rozdz. XII SWZ, cena musi uwzględniać wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w SWZ, wszelkie zobowiązania wykonawcy oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z przepisami realizacji całości przedmiotu zamówienia. Tymczasem

Konkurenci, o których mowa w pkt 1 - 4 (powyżej) skalkulowali stawki roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej albo na poziomie poniżej prognozowanych stawek rynkowych (30,28 zł - I półrocze, 31,24 zł - II półrocze), przewidzianych dla branży usług ochrony fizycznej w roku 2023 (tak Konkurent1, Konkurent2) lub na poziomie zbliżonym do przedstawionej perspektywy wzrostu, przy czym nie obejmującym dodatkowych kosztów, wynikających z SWZ, w tym spodziewanego zysku (tak Konkurent3 i Konkurent4). W ocenie Odwołującego, żaden z ww. Konkurentów, kalkulując własną cenę ofertową w oparciu o stawkę za jedną roboczogodzinę w oferowanej przez nich wysokości, nie wyliczył prawidłowo kosztu zatrudnienia pracowników, gdyż jest to stawka poniżej należnego, minimalnego wynagrodzenia, przy uwzględnieniu jego spodziewanego wzrostu. Poniżej przedstawione zostały zestawienia porównawcze zaoferowanych stawek

roboczogodziny oraz wyliczonych na ich podstawie cen ofertowych odpowiednio na część II i III zamówienia.

Część II	Usługa ochrony przez kwalifikowanych pracowników ochrony (wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej) budynku Sądu Rejonowego w Kościerzynie Liczba godzin: 35 712	Usługa ochrony przez niekwalifikowanych pracowników ochrony budynku Prokuratury Rejonowej w Kościerzynie Liczba godzin: 2 106	Cena ofertowa w zł (netto/brutto)		
Miejsce w rankingu	Cena jednostkowa (stawka jednej roboczogodziny) w zł (netto/ brutto)	Wartość całkowita w zł (netto/ brutto)	Cena jednostkowa (stawka jednej roboczogodziny) w zł (netto/ brutto)	Wartość całkowita w zł (netto/ brutto)	
1/ Konkurent1	24,00/ 29,52	857.088,00 1.054.218,24	24,00/ 29,52	50.544,00 62.169,12	907.632,00 1.116.387,36
2/ Konkurent2	25,95/ 31,91	926 726,40 1 139 569,92	25,95/ 31,91	54 650,70 67 202,46	981 377,10 1 206 772,38
3/ Konkurent3	28,24/ 34,74	1 008 506,88 1 240 634,88	28,24/ 34,74	59 473,44 73 162,44	1 067 980,32 1 313 797,32
4/ Odwołujący	29,79/ 36,64	1 063 860,48 1 308 487,68	16,40/ 20,17	34 538,40 42 478,02	1 098 398,88 1 350 965,70
Część III	Usługa ochrony przez kwalifikowanych pracowników ochrony (wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej) budynku Sądu Rejonowego w Sopocie Liczba godzin: 17 856	Usługa ochrony przez niekwalifikowanych pracowników ochrony budynku Prokuratury Rejonowej w Sopocie Liczba godzin: 8 928	Cena ofertowa w zł (netto/		

Miejsce w rankingu ofert/ Numer oferty	Cena jednostkowa (stawka jednej roboczogodziny) w zł (netto/ brutto)	Wartość całkowita w zł (netto/ brutto)	Cena jednostkowa (stawka jednej roboczogodziny) w zł (netto/ brutto)	Wartość całkowita w zł (netto/ brutto)	
1/ Konkurent1	24,00/ 29,52	428.544,00 527.109,12	24,00/ 29,52	214.272,00 263.554,56	642.816,00 790.663,68
2/ Konkurent4	26,80/ 32,96	478 540,80 588 533,76	18,80/ 23,12	167 846,40 206 451,07	646 387,20 794 984,83
3/ Konkurent2	25,95/ 29,92	463 363,20 534 251,20	25,95/ 29,92	231 681,60 267 125,76	695 044,80 801 376,96
4/ Odwołujący	29,79/ 36,64	531 930,24 654 243,84	17,53/ 21,56	156 507,84 192 487,68	688 438,08 846 731,52

Art. 16 Ustawy

Zamawiający, pomimo sygnalizacji ze strony Odwołującego (jeszcze przed rozstrzygnięciem Przetargu) w zakresie nieprawidłowego wyliczenia stawek roboczogodziny przez Konkurentów, nie podjął jakichkolwiek próby zbadania rzetelności takich wyliczeń. Taki brak dołożenia należytej staranności nabiera na znaczeniu, tym bardziej że również na etapie przygotowania Przetargu, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, które ostatecznie doprowadziło do podjęcia decyzji - nieprzystających do warunków rynkowych - w zakresie przeznaczenia kwoty na sfinansowanie części II i III zamówienia w wysokości odpowiednio 460 000,00 zł i 430 000,00 zł (brutto).

Art. 224 ust. 1 Ustawy

Odwołujący podnosi, że nawet jeśli podniesione przez niego zarzuty główne nie zostaną uwzględnione, Zamawiający zobowiązany był do zwrócenia się do Konkurentów z żądaniem wyjaśnień na okoliczność sposobu wyliczenia stawek godzinowych, a tym samym określenia rzetelności skalkulowanej ceny ofertowej i wyeliminowaniu ryzyka przyjęcia oferty, zawierającej rażąco niską cenę. Pomimo, że ceny ofertowe w omawianym przypadku nie odbiegały od siebie w sposób rażący, to jednak, przy uwzględnieniu specyfiki i rodzaju zaniżonych kosztów (koszty osobowe), aktualnie obowiązujące przepisy Ustawy zobowiązują Zamawiającego do podejmowania wszelkich dostępnych działań w celu stosowania zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji.

W orzecznictwie KIO wyrażany jest pogląd, że o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Biuro Ochrony Mienia S. SECURITY M. S. z siedzibą w Wejcherowie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał ponadto, że: „Informację o wniesieniu odwołania, do którego przystępuję, uzyskałem w dniu 18 listopada 2022 r. W związku z powyższym ustawowy termin do zgłoszenia przystąpienia został dochowany. Posiadam interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż - jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w prowadzonym przez Zamawiającego

postępowaniu o udzielenie zamówienia - ewentualne uwzględnienie odwołania oznacza utratę możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia oraz wymierną stratę w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłbym wykonując to zamówienie”.

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 28/11/2022) wniósł o jego oddalenie i w szczególności podał:

(...)

III. ZARZUT ODWOŁANIA DOTYCZĄCY RAŻĄCO NISKIEJ CENY

6 W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia ofert wykonawców M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Ochrony Mienia „S. Security” M. S. (dalej: Konkurent1), konsorcjum, którego liderem jest Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. (dalej: Konkurent2) oraz konsorcjum, którego liderem jest Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: Konkurent 3) - dla części II Kościerzyna oraz ofert Konkurenta1, Konkurenta 2 i HS Security Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: Konkurent4) - dla części III Sopot, ponieważ zawierały one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie kalkulacji stawki za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Z tego względu, w ocenie Odwołującego, po dokonaniu złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, oferty przewyższające ofertę Odwołującego powinny być odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.

7 W uzasadnieniu zarzutu, Odwołujący wskazał, że kalkulacja stawki jednej roboczogodziny przez Oferentów nie uwzględnia kwoty minimalnego wynagrodzenia na rok 2023 oraz pozostałych kosztów, które wykonawca zobowiązany jest ponieść, aby spełnić wymagania postawione w SWZ. Podkreślić jednakże należy, że istota sprawy nie polega na weryfikacji istnienia rażąco niskiej ceny, a weryfikacji, czy istniały podstawy do wezwania wykonawców w trybie art. 224 ust. 1 PZP.

8 Zamawiający przed dokonaniem merytorycznej oceny ofert, celem weryfikacji podstaw do ewentualnego wezwania, dokonał szacunkowej analizy obejmującej porównanie stosunku ceny ofert zaproponowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu do tych zaoferowanych rok wcześniej (za rok 2022 - oferty składane we wrześniu 2021 roku), a następnie odniósł te dane do zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę rok do roku. Powyższe wyliczenia prezentują się następująco:

	2022	2023
Minimalne wynagrodzenie za rac	3010 zł brutto	3490/3600 zł brutto 1.01.2023/1.07.2023)
Stawka jednostkowa za godz. w ofercie najkorzystniejszej (Kościerzyna)	22,03 zł brutto	29,52 zł brutto
Stawka jednostkowa za godz. w ofercie najkorzystniejszej (Sopot)	21,88 zł brutto	29,52 zł brutto
	Wzrost minimalnego wynagrodzenia rok do roku	15,94%/ 19,6%
	wzrost stawki jednostkowej rok do roku (Kościerzyna)	34%
	wzrost stawki jednostkowej rok do roku (Sopot)	34,9 %
Przeciętne wyn. mies. w sektorze przed. bez wypłat z zysku	IX.2021 5.839,28 PLN	X.2022 6.687,75 PLN
		=14,5% wzrost

Dodatkowo, w w/w tabeli zamieszczono również porównanie wzrostu przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat z zysku, który wyniósł c.a. 14,5%. Dowód: zał. 1 wydruki najkorzystniejszych ofert Postępowaniu na świadczenie usług ochrony dla SR Kościerzyna i SR Sopot z września 2021 roku.

Powyższe prowadzi do wniosku, że oferty Wykonawców zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu zawierają stawki uwzględniające wzrost minimalnego wynagrodzenia w stopniu niebudzącym wątpliwości.

9 Ponownie zwrócić należy uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą ustawowe przesłanki do obligatoryjnego wezwania (art. 224 ust. 2 PZP); ocena Zamawiającego ograniczona jest do przesłanek wyrażonych w sformułowaniach z art. 224 ust. 1 PZP: „wydają się rażąco niskie” oraz „budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia”.

Mając na względzie okoliczność, że koszty osobowe w tego rodzaju zamówieniach stanowią zasadniczy element ceny oferty (pozostałe koszty są w zasadzie pomijalne), to zważywszy, że wzrost cen ofertowych w stosunku do aktualnie prawidłowo wykonywanych zamówień jest znacząco wyższy, jak wzrost wynagrodzenia minimalnego i wzrost wynagrodzenia rynkowego (w sektorze przedsiębiorstw), uznaniowo określone przesłanki do wezwania do wyjaśnień w zakresie RNC nie zachodzą.

Zwrócić należy uwagę, choć w orzecznictwie Izby podkreśla się, że wszelkie zestawienia statystyczne nie stanowią dowodu w sprawie, że mediana siedmiu ofert dla części II obejmującej SR Kościerzyna to oferta odwołującego, a dla SR Sopot, dla ośmiu ofert - oferta w kwocie 911.280,96 PLN (Maxus) - przy ofercie Odwołującego 846,731,52 PLN. Świadczy to po prostu o tym, że Odwołujący posiada średnie ceny na rynku, a nie o tym, że wszystkie oferty poniżej ceny Odwołującego są rażąco niskie, a Odwołujący jako jedyny potrafi je prawidłowo kalkulować. Różnice cenowe w ofertach są wyrazem gry rynkowej i sytuacją całkowicie normalną, a w zamówieniach publicznych wręcz pożądaną.

10 Odnosząc się do argumentu Odwołującego dotyczącego wykluczenia możliwości zatrudnienia przez wykonawców pracowników ochrony z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Zgodnie z pkt 7.8 Opisu przedmiotu zamówienia wspólnego dla Części I, Części II i Części III (analogicznie § 8 ust. 10 Projektu Umowy): Kierowane przez Wykonawcę osoby do świadczenia usługi nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej z wyjątkiem obsługi szatni. Dotyczy tylko obiektów Sądów. A contrario możliwe jest zatrudnienie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w jednostkach prokuratury, gdzie dopuszczeni są niekwalifikowani pracownicy ochrony, a tym samym Wykonawca ma możliwość wkalkulowania dofinansowania do wypłacanego takim pracownikom wynagrodzenia na warunkach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w oferowaną cenę za całość zamówienia oraz wkalkulowania tego w globalną kwotę oferty.

11 Jeśli chodzi o pozostałe koszty ponoszone przez wykonawcę, w tym podkreślane przez Odwołującego wymagania Zamawiającego (sprowadzające się do zapewnienia odzieży, ekwipunku oraz stosownego przeszkolenia) w związku z realizacją zamówienia na usługę ochrony oraz spodziewany zysk z tytułu realizacji zamówienia są to elementy, których poziom kształtowany jest indywidualnie przez każdego wykonawcę w odniesieniu do konkretnych pracowników przeznaczonych do realizacji usługi i uwarunkowań konkretnego wykonawcy. Wykonawcy z reguły dysponują pracownikami przeszkolonymi oraz posiadają własne sorty mundurów, zatem koszty z tego tytułu w ofercie są niewielkie. Obowiązek ponoszenia tych kosztów, o ile w ogóle istnieje, nie budzi wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

12 Zatrudnianie pracowników z orzeczoną niepełnosprawnością na stanowiskach niekwalifikowanych pracowników ochrony, co implikuje dofinansowanie do ich wynagrodzenia, jest powszechnym zjawiskiem w branży usług ochrony. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że ostateczna wysokość ofert składanych łącznie na ochronę sądów oraz prokuratury nie przekracza kwoty wynikającej z oszacowania w przedmiocie zatrudnienia pracownika na umowie o pracę w roku 2023 roku, a wzrost cen oferty najkorzystniejszej w stosunku do cen w bieżących, prawidłowo wykonywanych zamówieniach, jest znacząco wyższy, jak wzrost najniższego wynagrodzenia czy wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, po stronie Zamawiającego nie powstały wątpliwości odnośnie ryzyka zawarcia rażąco niskich cen w kwestionowanych ofertach. Powyższe dodatkowo uzasadnia fakt, że oferty złożone przez wykonawców były do siebie bardzo zbliżone, co wskazuje na pewien standard rynkowy w zakresie kalkulacji cen ofert.

Trudno bowiem zakładać, że aż tylu (7 i 8) całkowicie niezależnie występujących wykonawców, zaoferowało realizację zamówienia za cenę rażąco zaniżoną. Przeciwnie, złożenie szeregu ofert zbliżonych cenowo wskazuje na prawidłowość kalkulacji. Na marginesie wskazuje, że sam Odwołujący w swojej ofercie zawarł cenę niższą niż wynika z zaprezentowanej przez niego kalkulacji zawierającej wyliczenie kosztu zatrudnienia pracownika na umowie o pracę w roku 2023, gdzie jako ostateczny koszt wskazana jest kwota 30,28 zł. Cena jednostkowa netto w PLN wskazana przez Odwołującego w swojej ofercie zarówno dla części II Kościerzyna i dla części III Sopot to 29,79 zł dla pracowników kwalifikowanych. Wskazuje to na nieprzydatność tego rodzaju zestawień dla poparcia prezentowanych w odwołaniu tez.

13 Czynność odrzucenia oferty musi być każdorazowo poprzedzona wyjaśnieniami

wykonawcy. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień zostało uregulowane w art. 224 pzp. Celem omawianego przepisu jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie zaofერuje cenę lub koszt lub ich istotne części składowe, za które nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisach. (Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV). W wyroku z dnia 15 października 2018 roku, sygn. akt: KIO 1946/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p., ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tą kwestię badać ad casum.

14 W kontekście wywodu prawnego przywołać można choćby następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (aktualne również w obecnym stanie prawnym): (...) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r. KIO 266/18. (...) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1391/17 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2019 roku, KIO 2648/18 (.)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 roku KIO 367/17 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 roku KIO 2516/18 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 roku KIO 507/19 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2018 roku, KIO 860/18 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2017 roku, KIO 958/17 (.) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2018 roku, KIO 2264/18

Zarzut naruszenia art. 16 pzp

15 Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ponadto naruszenie zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia określonych w art. 16 Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny pomimo zgłoszenia takiego żądania przez

Odwołującego po otwarciu ofert oraz na skutek dokonania nieprawidłowego oszacowania wartości przedmiotowego zamówienia. W tym miejscu Zamawiający pragnę zauważyć, że Odwołujący mylnie utożsamia kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wskazaną w informacji z otwarcia ofert) z kwotą oszacowania wartości przedmiotu zamówienia (znajdującą się w protokole.

Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia na kwoty 1 150 000 zł brutto dla części II (Kościerzyna) i 800 000 zł brutto dla części III (Sopot). Natomiast zawarte w informacji z otwarcia ofert kwoty odpowiednio 460 000 zł brutto dla części II (Kościerzyna) oraz 430 000 zł brutto dla części III (Sopot) wynikają z aktualnych na dzień otwarcia ofert możliwości finansowych Zamawiającego. Nie istnieje przepis nakazujący Zamawiającemu, aby wysokość kwoty, jaką dysponuje, odpowiadała wartości szacunkowej zamówienia. Przeciwnie

Dowód: protokół zamówienia w aktach postępowania (kwoty należy ubruttować) szacowanie wartości zamówienia - aktach postępowania (we wniosku o wszczęcie postępowania)

16 Brak wezwania do wyjaśnień wynikał z okoliczności wskazanych w pkt III i IV uzasadnienia.

ZARZUT ODWOŁANIA DOTYCZĄCY ZANIECHANIA WYSTĄPIENIA Z ŻĄDANIEM WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RNC

17 Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ponadto brak wezwania Oferentów do wyjaśnień na okoliczność sposobu wyliczenia stawek godzinowych, a tym samym określenia rzetelności skalkulowanej ceny ofertowej. Wyjaśnienie zawarte w paragrafach poprzedzających odnoszące się do braku wątpliwości Zamawiającego uzasadniających odrzucenie oferty pozostaje aktualne również na gruncie niniejszego zarzutu.

18 Zgodnie z art. 224 ust. 4 PZP w przypadku zamówień na usługi, zamawiający jest obowiązany żądać, aby wyjaśnienia zawierały informacje w zakresie 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 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Najpierw jednak muszą zaistnieć przesłanki do wezwania wykonawcy, co jak wykazano nie miało miejsca.

Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się o udzielenie wyjaśnień także w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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, chyba że rozbieżność

wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ta okoliczność również nie miała miejsca.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy wyboru w części II i w części III najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego: Biuro Ochrony Mienia „S. Security” M. S. z/s w Wejherowie i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz zaniechania odrzucenia:

- w części II oferty Konsorcjum: a) Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie (lider Konsorcjum), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. z/s w

Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o. o.

z/s w Warszawie, Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. z/s w Elblągu („Konkurent2”, „Oferta nr 4”); b) Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Poznaniu (lider Konsorcjum), Emporio Sp. z o.o. z/s w Poznaniu, Vigor Security Sp. z o.o. z/s w Poznaniu („Konkurent3”, „Oferta nr 3”)

- w części III zamówienia - oferty: a) Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie (lider Konsorcjum), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. z/s w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o. o. z/s w Warszawie, Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. z/s w Elblągu („Konkurent2”, „Oferta nr 6”); b) wykonawcy HS Security Sp. z o.o. Sp.k. z/s w Pruszczu Gdańskim („Konkurent4”, „Oferta nr 5”).

Zgodnie z rozdziałem III SWZ Przedmiot zamówienia dotyczy:

- w części II - pkt 1.2. - Ochrona fizyczna budynków Sądu Rejonowego w Kościerzynie oraz Prokuratury Rejonowej w Kościerzynie
- w części III - pkt 1.3. - Ochrona fizyczna budynków Sądu Rejonowego w Sopocie oraz Prokuratury Rejonowej w Sopocie

W punkcie z kolei 2 wskazano: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w III Części SWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz części II SWZ — projekcie umowy, odpowiednio dla Części I, II III”.

W rozdziale XIII wskazano m.in.:

„ 2. Cena oferty jest ceną ryczałtową, obejmującą całość zamówienia.

3. Cena podana w ofercie musi być ceną ostateczną, kompletną, jednoznaczną, nadto musi uwzględniać: wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w niniejszej SWZ, wszelkie zobowiązania Wykonawcy oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całości przedmiotu zamówienia.”

W ust. 4 wskazano na ustawową definicję ceny, z kolei w ust.5 podano: „Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SWZ, tj. w Projekcie Umowy”.

Na wymagany w tym postępowaniu formularz oferty (zał. 1) - lit. B. wykonawca był zobowiązany podać: przykładowo dla części II

B. ŁĄCZNA CENA OFERTOWA I DOŚWIADCZENIE (osób skierowanych do realizacji zamówienia):

1) Niniejszym oferuję realizację przedmiotu zamówienia na poniższych warunkach

cenowych:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Ilość godzin	Cena jednostkowa netto w PLN	Cena jednostkowa brutto w PLN	Wartość netto w PLN kolumna	Wartość brutto w PLN kolumna
1	2.	3.	4.	5.	6.	7.
1	Usługa ochrony przez kwalifikowanych pracowników ochrony (wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej) SR Kościerzyna	35 712				
3.	Usługa ochrony przez niekwalifikowanych pracowników ochrony Prok. Rej. w Kościerzynie	2 106				
RAZEM						

Podobne dane na formularzu wymagane były dla części III: Usługa ochrony przez kwalifikowanych pracowników ochrony (wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej) SR Sopot oraz Usługa ochrony przez niekwalifikowanych pracowników ochrony Prokuratura Rej. w Sopocie, z tym że różnica dotyczyła liczby godzin: odpowiednio

zaznaczono: 17 856 i 8 928 w kolumnie 3.

Szacunkowa wartość zamówienia (pkt 3 Protokołu) została ustalona na kwotę:

(...)

2) część II: 1 121 951,22 zł, co stanowi równowartość 251 920,07 euro

3) część III: 780 487,80 zł, co stanowi równowartość 175 248,74 euro (...)

W ofertach kwestionowanych w odwołaniu wskazano (pkt 13 Protokołu) na ceny łączne brutto:

Część II

„ 1) Biuro Ochrony Mienia „S. Security” M. S., (...) - cena brutto: 1 116 387,36 zł,

(■)

3) Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp.k. (Lider), (.), Emporio Sp. z o.o. (...), Vigor Security Sp. z o.o.(.) - cena brutto: 1 313 797,32 zł,

4) Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT So. Z o.o. (Lider), (.), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K..., (.) BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o., (...), D&S DOGMAT Sp. z o.o., (...), Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o., (.) - cena brutto: 1 206 772,38 zł,

(.)

Z kolei w ofercie Odwołującego opisanej w punkcie 5) Protokołu cena łączna w części II stanowi kwotę brutto: 1 350 965,70 zł.

Część III:

(.)

2) Biuro Ochrony Mienia „S. Security” M. S., (.) - cena brutto: 790 663,68 zł,

3) (.)

4) (.)

5) HS Security Sp. z o.o. Sp.k. (.) - cena brutto: 794 984,83 zł,

6) Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. Z o.o. (Lider), (.), Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K..., (.) BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o., (.), D&S DOGMAT Sp. z o.o., (.), Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o., (.) - cena brutto: 801 376,96 zł,,

Z kolei w ofercie Odwołującego opisanej w punkcie 5) Protokołu cena łączna w części III stanowi kwotę brutto: 846 731,52 zł.,

Wykonawca zarzut zaniechania odrzucenia wskazanych ofert z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, podobnie jak i zarzut alternatywny zaniechania wezwania do wyjaśnień z naruszeniem art. 224 ust.1 Pzp - oparł na twierdzeniu, że: „Konkurenci, (.) skalkulowali stawki roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej albo na poziomie poniżej prognozowanych stawek rynkowych (30,28 zł - I półrocze, 31,24 zł - II półrocze), przewidzianych dla branży usług ochrony fizycznej w roku 2023 (tak Konkurent1, Konkurent2) lub na poziomie zbliżonym do przedstawionej perspektywy wzrostu, przy czym nie obejmującym dodatkowych kosztów, wynikających z SWZ, w tym spodziewanego zysku (tak Konkurent3 i Konkurent4). W ocenie Odwołującego, żaden z ww. Konkurentów, kalkulując własną cenę ofertową w oparciu o stawkę za jedną roboczogodzinę w oferowanej przez nich wysokości, nie wyliczył prawidłowo kosztu zatrudnienia pracowników, gdyż jest to stawka poniżej należnego, minimalnego wynagrodzenia, przy uwzględnieniu jego spodziewanego wzrostu”.

Izba zwraca uwagę, że ceny łączne brutto nie były przedmiotem zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Natomiast zdaniem Izby, co do cytowanego z odwołania twierdzenia Odwołującego, argumentacja podniesiona w odwołaniu w tym przedstawione zestawienie porównawcze zaoferowanych stawek roboczogodziny oraz wyliczonych na ich podstawie cen ofertowych odpowiednio na część II i III zamówienia, nie dowodzą jego słuszności. Zamawiający bowiem w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie przedstawił rzeczową argumentację przeciwko tezom Odwołującego. W tym przypadku Zamawiający odnosząc się do kalkulacji stawki jednej roboczogodziny Oferentów i zarzutu Odwołującego podał, że celem weryfikacji podstaw do ewentualnego wezwania, dokonał szacunkowej analizy obejmującej porównanie stosunku ceny ofert zaproponowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu do tych zaoferowanych rok wcześniej (za rok 2022 - oferty składane we wrześniu 2021 roku), a następnie odniósł te dane do zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę rok do roku. Z wyliczenia jakie przedstawił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wynika, że ceny zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców zawierają stawki uwzględniające wzrost minimalnego wynagrodzenia w stopniu niebudzącym wątpliwości. Natomiast, co do argumentu Odwołującego dotyczącego wykluczenia możliwości zatrudnienia przez wykonawców pracowników ochrony z orzeczonym stopniem niepełnosprawności i tym samym braku możliwości wpływu na cenę tej okoliczności, Izba zwraca uwagę, że SWZ w tym postępowaniu - pkt 7.8 OPZ oraz § 8 ust. 10 Projektu Umowy - nie pozwala, co podkreślał Zamawiający, aby w grupie pracowników kwalifikowanych do świadczenia usług ochrony w Sądzie (z wyjątkiem obsługi szatni) uwzględniane były przez wykonawcę osoby posiadające status osoby niepełnosprawnej. Dowodów na zatrudnienie takich osób także nie przedstawił Odwołujący. Zatrudnienie pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności możliwe jest tylko w jednostkach prokuratury, gdzie dopuszczeni są niekwalifikowani pracownicy ochrony, a tym samym wykonawca ma możliwość - tylko w takim przypadku - w kalkulowania dofinansowania do wypłacanego takim pracownikom wynagrodzenia na warunkach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 roku o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w oferowaną cenę za całość zamówienia oraz w kalkulowania tego w globalną kwotę oferty. Takie ograniczenie dla pracowników ochrony wynika przede wszystkim z ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r. m.in. z jej art. 33 ust.2, na co zwracał uwagę Zamawiający w toku rozprawy, wskazując że to ustawowe wymaganie musiało być uwzględnione także w postępowaniu prowadzonym m.in. w roku ubiegłym.

W konkluzji Izba stwierdza, że nie jest zasadny zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jak również zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 tej ustawy. W tym stanie faktycznym ani formalne przesłanki ani faktyczne nie zobowiązywały Zamawiającego do wezwania wykonawców w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do składania wyjaśnień, celem

weryfikacji podanych w formularzu ofertowym cen jednostkowych w kontekście rażąco niskiej ceny. Tym samym także nie podlega uwzględnieniu wskazany w odwołaniu zarzut niezastosowania art. 16 Pzp, albowiem dokonana ocena nie naruszyła zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Także nie utrudniła uczciwej konkurencji, albowiem Izba mając na uwadze argumentację odwołania nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, co do zaniżenia stawek roboczogodziny kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej na podstawie których kalkulowane były ceny w kwestionowanych ofertach.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.