

Sygn. akt: KIO 1107/23

WYROK

z dnia 9 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 4 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 kwietnia 2023 roku przez odwołującego Agencję Ochrony Eskort spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejską Arenę Kultury i Sportu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum Odwołania i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z 14 kwietnia 2023 r., wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Security Emporio spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Poznaniu, Emporio spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia całkowitej ceny oferty, w tym zaoferowanej stawki za roboczogodzinę 27,62 zł wraz z dowodami oraz ponowne badanie i ocenę ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w 2/3 i Zamawiającego w 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

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1107/23

UZASADNIENIE

Miejska Arena Kultury i Sportu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi ochrony fizycznej Stadionu Miejskiego w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej 2, Stadionu Miejskiego w Łodzi przy al. Piłsudskiego 138, Hali Sport Arena w Łodzi przy al. Unii Lubelskiej 2 oraz obiektu Moto Arena w Łodzi przy ul. 6-go Sierpnia 71”, nr postępowania: MAKIS/U/2/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 14 marca 2023 r., nr 2023/BZP 00134044.

W postępowaniu tym wykonawca Agencja Ochrony Eskort spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”) 19 kwietnia 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. oraz Vigor Security Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Emporio”),

- 2) zaniechania wezwania Konsorcjum Emporio do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie,
- 3) zaniechanie wezwania Konsorcjum Emporio na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wskazania jaki podmiot będzie podwykonawcą w ramach obsługi grupy interwencyjnej oraz monitorowania systemów alarmowych,
- 4) przyznania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia MJK Sp. z o.o., Matpol Grupa Sp. z o.o. oraz Matpol Grupa Bis Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum MJK”) w zakresie oceny ofert 10 punktów w kryterium „czasu reakcji grupy interwencyjnej”,
- 5) przyznania Konsorcjum MJK w zakresie oceny ofert w „kryterium kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” 20 punktów.
- 6) przyznania Odwołującemu w zakresie oceny ofert w kryterium kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 16 punktów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Emporio z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dot. ceny oferty w sytuacji gdy cena całkowita oraz cena jednostkowa za roboczogodzinę zaoferowane przez Wykonawcę wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego,
- 2) art. 128 ust 4 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 462 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Emporio do wskazania jaki podmiot będzie podwykonawcą w ramach obsługi grupy interwencyjnej oraz monitorowania systemów alarmowych pomimo wskazania, że wskazane usługi będą wykonywane przez podwykonawcę przy jednoczesnym braku wskazania podwykonawcy oraz zaniechanie wezwania Konsorcjum Emporio do przedstawienia dowodów potwierdzających zapewnienie przez podwykonawcę czasu dojazdu grupy interwencyjnej wskazanego przez Konsorcjum w ofercie,
- 3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie Konsorcjum MJK zakresie oceny ofert 10 punktów w kryterium „czasu reakcji grupy interwencyjnej”, przy jednoczesnym wskazaniu, że usługę w zakresie grupy interwencyjnej będzie wykonywała Spółka Solid Group Sp. z o.o. tj. (w ofercie Konsorcjum wskazano, że czas dojazdu grupy interwencyjnej wyniesie 5 minut) tj. podmiot, który na terenie miasta Łodzi zapewnia dojazd grupy interwencyjnej w czasie 10-15 min, ewentualnie naruszenie art. 128 ust 4 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 462 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum MJK do przedstawienia dowodów potwierdzających zapewnienie przez podwykonawcę czasu dojazdu wskazanego przez Konsorcjum w ofercie.
- 4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie Konsorcjum MJK 20 punktów w zakresie oceny ofert w „kryterium kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”,
- 5) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie Odwołującemu w zakresie oceny ofert w kryterium „kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” 16 punktów.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Emporio jako najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 2) wezwanie Konsorcjum Emporio do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dot. oferty w szczególności w zakresie wykazania realności ceny jednostkowej za roboczogodzinę oraz całkowitej ceny oferty;
- 3) wezwanie Konsorcjum Emporio w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp w związku z art.

462 ustawy Pzp do wskazania jaki podmiot będzie podwykonawcą w ramach obsługi grupy interwencyjnej oraz monitorowania systemów alarmowych oraz wezwanie Konsorcjum Emporio do przedstawienia dowodów potwierdzających zapewnienie przez podwykonawcę czasu dojazdu wskazanego przez Konsorcjum w ofercie;

- 4) przyznanie Konsorcjum MJK w zakresie oceny ofert w kryterium „czasu reakcji grupy interwencyjnej” 3,3 punktów zamiast 10 punktów;
- 5) przyznanie Konsorcjum MJK w zakresie oceny ofert w kryterium „kryterium kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” 12 punktów zamiast 20;
- 6) przyznanie Odwołującemu w zakresie oceny ofert w kryterium „kwalifikacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” 20 punktów zamiast 16 punktów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku

naruszenia przepisów przez Zamawiającego, gdyż skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę w sposób prawidłowy, która stanowi ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego z ceną gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta zajęła trzecie miejsce w zestawieniu ofert. Pierwsze miejsce zajęła oferta Konsorcjum Emporio, a drugie Konsorcjum MJL. Konsorcjum Emporio założyło wykonanie usługi przy stawce wynoszącej mniej niż minimalny koszt placowy. W ofercie wskazanego podmiotu nie uwzględniono też kosztów ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, kosztów umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników, kosztów administracyjnych, kosztów wyposażenia technicznego obiektów, kosztów paliwa związanych z wykonywaniem umowy. Wskazana oferta nie zakładała więc, zdaniem Odwołującego, osiągnięcia zysku. W związku z powyższym w/w Wykonawca powinien zostać wezwany do wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie. W/w Wykonawca zajął pierwsze miejsce rankingowe w związku ze złożeniem oferty, która przewiduje wykonanie usługi za cenę, która zakłada poniesienie kosztów wykonania usługi poniżej możliwych kosztów minimalnych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania usługi. Wskazany Wykonawca powinien więc wykazać możliwość realizacji zamówienia za cenę wskazaną w

ofercie. Wskazanie przez wskazanego wykonawcę zaniżonej ceny uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie pierwszego miejsca rankingowego.

Zdaniem Odwołującego, wskazana oferta mogłaby zostać wybrana jedynie w przypadku wyjaśnienia przez Wykonawcę wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Należy więc uznać, że powyższe uniemożliwia wybór oferty Odwołującego i realizacji zamówienia z zakresu usług ochrony tj. przedmiotu działalności Odwołującego.

Natomiast, zdaniem Odwołującego, w zakresie oferty MJL oraz Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowego przyznania punktów w zakresie oceny ofert. Zarzuty wskazane w odwołaniu (szczegółowo uzasadnione w dalszej części odwołania) potwierdzają, że Zamawiający powinien był przyznać Konsorcjum MJL 79,90 punktów a Odwołującemu 94,55 punktów. Nieprawidłowa punktacja spowodowała więc, że oferta Konsorcjum MJL została wyżej oceniona niż Oferta Odwołującego.

Ad zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w toku postępowania za najkorzystniejszą uznał ofertę w/w Konsorcjum Emporio (dalej Wykonawca). Wykonawca zaoferował stawkę za roboczogodzinę świadczenia usług ochrony w kwocie 27,62 zł. W związku z powyższym Odwołujący przedstawił kalkulator kosztów placowych roboczogodziny pracownika ochrony na rok 2023 r. sporządzony przez Polski Związek Pracodawców Ochrona. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zachowując należyta staranność powinien brać pod uwagę kalkulatory i stawki wynikające z dokumentów przygotowanych przez wskazaną organizację lub ewentualnie inne organizacje branżowe. Zamawiający powinien dokonać analiz, których wyniki powinny prowadzić do weryfikacji konieczności wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia ceny, a także prawidłowości zaoferowanej ceny. Ze wskazanego dokumentu (kalkulator sporządzony przez Związek Pracodawców Ochrona) wynika, że w 2023 minimalna stawka roboczogodziny pracownika ochrony będzie wynosić od 1 stycznia 2023 r. 30,28 zł, a od 31 lipca 2023 r. 31,24 zł. Odwołujący podkreślił, że wskazana kalkulacja Związku Pracodawców Ochrona zawiera jedynie koszty placowe pracownika, ale nie uwzględnia kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia takich jak koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, koszty umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników, koszty administracyjne, koszty wyposażenia technicznego obiektów, koszty paliwa związane z wykonywaniem umowy. Cena oferty Wykonawcy Emporio nie byłaby rażąco niska jedynie w przypadku możliwości osiągnięcia choćby minimalnego zysku przy założeniu poniesienia w/w kosztów. Możliwość wykonania usługi za ceny wskazane w w/w ofercie budzi więc wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Emporio wskazał w ofercie ceny przy założeniu wykonania usługi wg. stawki godzinowej, która nie pokrywa nawet minimalnych kosztów roboczogodziny pracownika – tym bardziej wskazana stawka

zaoferowana przez Wykonawcę Emporio nie pokrywa pozostałych kosztów wykonania usługi. W/w wykonawca wskazał bowiem stawkę godzinową wynoszącą 27,62 zł za usługi ochrony fizycznej tj. mniej niż 30,28 zł/31,24 zł. Cena zaoferowana przez Wykonawcę nie pokrywa więc minimalnych kosztów roboczogodziny pracownika oraz kosztów niezbędnych do wykonywania

umowy takich jak np.: koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, koszty umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników, koszty administracyjne, koszty wyposażenia technicznego obiektów, koszty paliwa związane z wykonywaniem umowy.

Odwołujący przypomniał, że w piśmie z 29 marca 2023 r. wskazał Zamawiającemu, że stawka Wykonawcy za roboczogodzinę jest zaniżona. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenie wskazujące, że minimalna stawka za roboczogodzinę pracownika ochrony od 1 stycznia 2023 r. wynosi 28,72 zł, a od 1 lipca 2023 r. 29,62 zł tj. co oznacza, że koszty wykonania usługi przewyższają stawkę za roboczogodzinę zaoferowaną przez Konsorcjum Emporio. Kalkulacja Odwołującego nie zawierała kosztów takich jak: koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, koszty umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników, koszty administracyjne, koszty wyposażenia technicznego obiektów, koszty paliwa związane z wykonywaniem umowy. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego cena wskazana w ofercie Konsorcjum Emporio powinna więc budzić wątpliwości. Zamawiający na podstawie kalkulacji ze Związku Pracodawców Ochrona powinien był ocenić, że zaoferowana cena nie pokrywa kosztów pracowniczych planów kapitałowych, wynagrodzenia urlopowego, wynagrodzenia chorobowego, kosztów dodatku za pracę w porze nocnej, oraz innych kosztów wykonywania usługi tj. kosztów, które nie są objęte wynagrodzeniem minimalnym ustalonym przez Prezesa Rady Ministrów. Odwołujący zauważył, że wątpliwości co do ceny zgłaszał Odwołujący, a także inne podmioty. Całokształt okoliczności sprawy wskazuje na zasadność uznania, że Zamawiający

powinien mieć wątpliwości co do ceny ofertowej Konsorcjum Emporio.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać do wyjaśnień ceny Wykonawców, którzy zaoferowali ceny, które zakładały wykonanie usługi poniżej minimalnych kosztów pracowniczych. W przypadku zastosowania minimalnej stawki za roboczogodzinę (wg. wyliczeń Odwołującego 28,72 zł z pisma z 29 marca 2023 r. – stawka od 1 stycznia 2023 r.): Koszt roboczogodzin za ochronę fizyczną (liczony tak jak w formularzu cenowym Wykonawcy) wyniósłby miesięcznie 91.904,00 zł netto (3200 h x 28,72 zł) tj. w przeliczeniu na wynagrodzenie Wykonawcy Emporio brutto 113.041,92 zł. Wykonawca wskazał w ofercie wynagrodzenie za jeden miesiąc świadczenia usług na kwotę 108.712,32 zł. Należy więc uznać, że Wykonawca Emporio założył na wykonywaniu usługi

poniesienie miesięcznie straty wynoszącej co najmniej 4.329,60 zł (108.712,32 zł minus 113.041,92 zł) miesięcznie. Wskazana strata jest zaniżona, ponieważ koszty od 1 lipca 2023 r. wzrosną w związku ze wzrostem wynagrodzenia minimalnego. Ponadto wyliczenie Odwołującego nie zawiera kosztów dodatkowych takich jak np. koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, koszty umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników, koszty administracyjne, koszty wyposażenia technicznego obiektów, koszty paliwa związane z wykonywaniem umowy.

Zdaniem Odwołującego, w związku z treścią kalkulatora kosztów płacowych roboczogodziny sporządzonego przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, a także pisma Odwołującego Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania usługi za cenę wskazaną w wybranej ofercie. Oferta złożona przez Wykonawcę powinna zakładać poniesienie kosztów płacowych, pozapłacowych (np. koszty umundurowania, administracyjne, obsługi pracowników) oraz osiągnięcie zysku.

Ad zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Emporio do wyjaśnienia w zakresie podwykonawcy

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wskazał w SWZ na konieczność wskazania przez Wykonawców jaka część zamówienia będzie powierzona podwykonawcom. Konsorcjum Emporio w ofercie wskazało, że podwykonawcy wykonają w imieniu Spółki usługi w zakresie grupy interwencyjnej oraz monitorowania. Jednakże Wykonawca w ofercie nie wskazał (brak odpowiedzi pod postem) nazwy podwykonawcy. Jednocześnie Wykonawca zaoferował czas dojazdu grupy interwencyjnej wynoszący 7 minut – czas dojazdu grupy interwencyjnej był jednym z kryteriów oceny ofert.

Takie działanie Wykonawcy Emporio powinno, zdaniem Odwołującego, budzić wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca Emporio wskazał, że czas dojazdu grupy interwencyjnej wyniesie 7 minut i następnie wskazał, że usługę w zakresie grupy interwencyjnej wykona podwykonawca, który nie został ujawniony. Jednakże, jak podkreślił Odwołujący, treść SWZ oraz formularza ofertowego wymagała ujawnienia danych podwykonawcy. Wykonawca zostawił wolne pole w zakresie nazwy podwykonawcy. Jeśli podwykonawca ma wykonywać usługi w zakresie grupy interwencyjnej i jednocześnie Wykonawca oświadcza w jakim czasie będzie następowała reakcja grupy interwencyjnej należy uznać, że podwykonawca musi być znany Wykonawcy. Kwestia podwykonawstwa ma w tym przypadku duże znaczenie, ponieważ według Wykonawcy podwykonawca ma wykonać usługi (podjazd grupy interwencyjnej), których jakość wykonania (czas reakcji) jest jednym z kryteriów oceny ofert. W związku z w/w działaniami Wykonawcy Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia kwestii podwykonawcy oraz przedstawienia

dowodów potwierdzających, że podwykonawca zapewni czas reakcji grupy interwencyjnej wskazany w ofercie.

Odwołujący wskazał, że choć w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (a wcześniej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp2004 r.) mowa jest o „wyjaśnieniach”, nigdy nie zaistniały poważne wątpliwości proceduralne, że wyjaśnienia te jak najbardziej mogą być poparte dowodami, czyli – najczęściej – dodatkowymi dokumentami (wyrok KIO z 9 czerwca 2022 r., KIO 1410/22). Konieczność przedstawienia w/w dowodów wynika z w/w działań Wykonawcy, które powinny budzić wątpliwości.

Ad zarzutów dotyczących oceny oferty Konsorcjum MJK w zakresie kryteriów oceny ofert i przyznanej punktacji

Konsorcjum MJK w ofercie wskazało, że zapewnia czas dojazdu grupy interwencyjnej wynoszący 5 minut. Jednocześnie w ofercie wskazano, że usługa w zakresie dojazdu grupy interwencyjnej będzie realizowana przez podwykonawcę Solid Group Sp. z o.o. W tym miejscu należy wskazać, że Wykonawca w tym zakresie zgłosił nieprawdziwe oświadczenie. Zgodnie z korespondencją mailową z 13 i 17 kwietnia 2023 r. firma Solid Group ma możliwość zapewnienia dojazdu grupy interwencyjnej w czasie 10 lub 15 min. Zgodnie z SWZ (rozdział XIX ust. 2 pkt 3) Wykonawcy w zakresie czasu reakcji grupy interwencyjnej powinny więc zostać przyznane (5/15 x 10) 3,3 punktów, a nie 10 punktów.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ i OPZ wszyscy pracownicy świadczący usługę mieli być kwalifikowanymi pracownikami ochrony. W SWZ wskazano, że przedmiotem zamówienia jest stała, bezpośrednia ochrona fizyczna mienia Obiektów oraz osób na nich przebywających (usługi ochrony wykonywane przez 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu przez kwalifikowanych pracowników ochrony) na obiektach dzierżawionych przez Miejską Arenę Kultury i Sportu sp. z o.o. Natomiast w OPZ wskazano, że zakres usług to: Stała, bezpośrednia ochrona fizyczna mienia Obiektów oraz osób na nich przebywających (usługi ochrony wykonywane przez 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu przez kwalifikowanych pracowników ochrony). Wykonawcy składając ofertę kalkulują koszty w oparciu o wynagrodzenie wskazanych pracowników – wskazani pracownicy wykonują czynności dotyczące ochrony bezpośredniej oraz wszelkie pozostałe czynności. Wynagrodzenie Wykonawcy jest liczone w oparciu o roboczogodziny dotyczące ochrony bezpośredniej. Dokumenty przetargowe uniemożliwiają więc wykonywanie usługi przez pracowników, którzy nie są kwalifikowanymi pracownikami ochrony. W związku z powyższym należy zdaniem Odwołującego uznać, że Zamawiający zawyżył punktację Konsorcjum MJK w zakresie kryterium „kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. W SWZ wskazano: 2) Kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji

zamówienia – waga 20 % Liczba przyznanych punktów za to kryterium będzie liczona w następujący sposób:

- a) Zamawiający przyzna 2 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą kwalifikacje pracownika ochrony fizycznej, wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników;
- b) Zamawiający przyzna 1 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej;

Odwołujący wyjaśnił, że w załączniku nr 1 do oferty Konsorcjum MJK wskazało 16 pracowników. Z tego przy 12 pracownikach wskazano, że nie są kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Należy więc zdaniem Odwołującego uznać, że wskazane osoby są nieuprawnione do wykonywania usługi i tym samym ich udział w wykonywaniu zamówienia nie

może być punktowany np. z tytułu doświadczenia w obiektach użyteczności publicznej. Konsorcjum MJK w zakresie jedynie 4 pracowników wskazało na posiadanie uprawnień kwalifikowanego pracownika ochrony oraz ponad 12 miesięczne doświadczenie. Powyższe uzasadnia więc przyznanie Konsorcjum MJK w zakresie kryterium doświadczenia 12 punktów (4 x 3) zamiast 20. Odwołującemu Zamawiający przyznał 90,55 punktów. W przypadku przyznania Konsorcjum MJK 8 punktów mniej Wykonawca ten uzyskałby 84,60 punktów tj. oferta Odwołującego byłaby uznana za korzystniejszą niż oferta Konsorcjum MJK.

Odwołujący wskazał też, że przyznano mu 16 punktów w zakresie „kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” zamiast 20 (maksymalna możliwa ilość punktów w tym kryterium).

Odwołujący wskazał w załączniku nr 1 do oferty 8 pracowników, którzy są kwalifikowanymi pracownikami ochrony oraz posiadają ponad 12 miesięczne doświadczenie w zakresie ochrony obiektów użyteczności publicznej. Odwołujący uważa, że powinien więc uzyskać 20 punktów (8 x 3) zamiast 16.

Reasumując powyższe stanowisko Odwołujący uważa, że:

- 1) Odwołujący powinien mieć przyznane łącznie 94,55 (90,55 + 4 punkty kryterium doświadczenie pracowników) punktów.
- 2) Konsorcjum MJK powinno mieć przyznane łącznie 79,90 (94,60 minus 8 kryterium doświadczenia minus 6,7 kryterium czas reakcji grupy interwencyjnej) punktów.

W złożonej pismem z 27 kwietnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne i może ponieść szkodę.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestników postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Izba ustaliła, że:

- Przedmiotem zamówienia jest stała, bezpośrednia ochrona fizyczna mienia Obiektów oraz osób na nich przebywających (usługi ochrony wykonywane przez 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu przez kwalifikowanych pracowników ochrony) na obiektach dzierżawionych przez Miejską Arénę Kultury i Sportu sp. z o.o., w które wchodzi:
 - a) Stadion Miejski przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi,
 - b) Hala Sport Arena przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi,
 - c) Stadion Miejski przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi,
 - d) Obiekt Moto Arena przy ul. 6-go Sierpnia 71 w Łodzi.

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 4 do SWZ.

(vide Rozdział IV „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1 SWZ)

- Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom). Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców. (vide rozdział VI „Podwykonawcy” SWZ)

- Kryteria oceny ofert były następujące:

- 1) Cena (C) – waga kryterium 70 %;
- 2) Kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – waga kryterium 20 %;
- 3) Czas reakcji grupy interwencyjnej na sygnał włamania i napadu – waga kryterium 10%.

W treści odwołania Odwołujący nie kwestionował oceny w ramach kryterium cena, przedmiotem zarzutu jest punktacja przyznana zarówno Odwołującemu jak i Konsorcjum MJK w kryterium nr 2 i 3.

Kryterium nr 2 „Kwalifikacje osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – waga 20 %” miało następujący opis:

„Liczba przyznanych punktów za to kryterium będzie liczona w następujący sposób:

- a) Zamawiający przyzna 2 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą kwalifikacje pracownika ochrony fizycznej, wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników;
- b) Zamawiający przyzna 1 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej;
- c) Zamawiający przyzna 0 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia, która nie spełnia żadnego z powyższych warunków.

Wykonawca w niniejszym kryterium może uzyskać maksymalnie 20 pkt. W przypadku wskazania przez Wykonawcę osób, których łączna punktacja przekroczy maksymalne 20 pkt, Zamawiający przy ocenie uwzględni tylko i wyłącznie maksymalną liczbę punktów równą 20. W przypadku otrzymania maksymalnej liczby punktów zgodnie z opisem zawartym w ppkt a), nie będą już przyznawane punkty w sytuacji opisanej w ppkt b).

Zamawiający wymaga osobistego świadczenia usług całodobowej ochrony obiektów, osób i mienia oraz monitoringu przez osoby wskazane w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego, które podlegają ocenie w ramach niniejszego kryterium.”

W ramach kryterium nr 3 „Czas reakcji grupy interwencyjnej na sygnał włamania i napadu – waga 10 %”, Zamawiający wskazał:

„Liczba przyznanych punktów zostanie określona wg wzoru: najkrótszy czas reakcji spośród badanych ofert

CR =

x 10 pkt.

czas reakcji z badanej oferty

3. Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki.
4. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.
5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.”

(vide rozdział XIX „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny oferty” SWZ)

Na podstawie projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) stanowiących załącznik nr 5 do SWZ, Izba ustaliła, że:

- Wykonawca ma zapewnić ochronę całodobową w okresie trwania umowy, pełnioną przez wszystkie dni tygodnia, przez własnych kwalifikowanych pracowników ochrony (vide §1 ust. 4 PPU).
- Przed przystąpieniem do realizacji usługi wykonawca na własny koszt ma zainstalować urządzenia rejestrujące obchody pracowników ochrony umieszczone w strategicznych punktach wskazanych przez Zamawiającego (vide §2 ust. 5 PPU).

- Zasady obliczenia wynagrodzenia są następujące: stawka za roboczogodzinę pracownika kwalifikowanego x liczba pracowników kwalifikowanych x ilość roboczogodzin wykonanych w okresie objętym rozliczeniem (raportem miesięcznym). Wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z przedstawionego zakresy obowiązków wynikającego z OPZ i wszelkich warunków określonych w umowie, a także inne koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia jak: koszty wszystkich materiałów i sprzętu niezbędnych do realizacji zamówienia, koszty każdorazowych dojazdów patroli interwencyjnych do budynków (vide §5 ust. 1 i 2 PPU).

- Została przewidziana zmiana wynagrodzenia maksymalnie o 20% wynagrodzenia

wskazanego w §5 ust. 1 PPU (vide §5a PPU).

- Zamawiający przewidział kary umowne, w tym m.in. za brak reakcji grupy

interwencyjnej w określonym w ofercie czasie w wysokości 1000 zł za każdy tego rodzaju przypadek (vide §10 ust. 4 PPU).

- Zamawiający przewidział obowiązek zatrudniania przez wykonawcę i podwykonawców i ich dalszych podwykonawców w okresie realizacji umowy kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę w rozumieniu

art. 22 ust. 1 ustawy Kodeks pracy. Zamawiający wskazał, że dotyczy to osób, które będą skierowane do wykonywania czynności ochrony na terenie obiektów objętych przedmiotem umowy. Dodatkowo, w dniu zawarcia umowy wykonawca ma przedłożyć Zamawiającemu wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które będą skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia, które będą wchodzić w skład obsady personalnej poszczególnych zmian ochrony (vide §13 ust. 1 i 2 PPU).

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 23 marca 2023 r., Izba ustaliła, że w postępowaniu złożonych zostało 8 ofert:

1. Konsorcjum Impel - 1.521.342,72 zł brutto,
2. Odwołujący - 1.414.598,40 zł brutto,
3. Konsorcjum STEKOP - 1.463.719,68 zł brutto,
4. Konsorcjum Agencja Ochrony MK - 1.503.866,88 zł brutto,
5. Koncesjonowane Biuro Ochrony Magnum J. S. - 1.418.376,96 zł brutto,
6. Agencja Ochrony ARGUS - 1.858.579,20 zł brutto,
7. Konsorcjum MJK - 1.413.653,76 zł brutto,
8. Konsorcjum Emporio - 1.304.547,84 zł brutto.

Pismem z 29 marca 2023 r., Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o „sprawdzenie możliwości wykonania zamówienia” podając że Konsorcjum Emporio zaferowało stawkę za roboczogodzinę o 2 zł niższą od kosztów godziny pracy. Odwołujący wskazał, że jedyną możliwość optymalizacji kosztów daje zatrudnienie pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Ponadto Odwołujący załączył kalkulację własną oraz zawniósł o weryfikację oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Emporio i Konsorcjum MJK w zakresie oferowanego czasu dojazdu grupy interwencyjnej, a ponadto zwrócił uwagę na wykaz osób złożony na potrzeby kryterium oceny ofert i przedstawił swoją opinię na temat prawidłowego sposobu oceny w tym zakresie.

W toku badania ofert Zamawiający ustalił, że oferta Konsorcjum Emporio przedstawia różnicę wobec wartości zamówienia na poziomie 348 572,16 zł (21,09%), a wobec średniej arytmetycznej złożonych ofert na poziomie 182 787,84 zł (12,29%) (vide plik „02.ocena ofert – rażąco niska cena”).

Jak wynika z treści informacji o wyniku postępowania z 14 kwietnia 2023 r.,

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Emporio. Oferta wykonawcy Konsorcjum MJK została sklasyfikowana z punktacją 94,60 pkt, a oferta

Odwołującego została oceniona na 90,55 pkt. Zamawiający poinformował też o odrzuceniu oferty wykonawcy Agencja Ochrony ARGUS.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

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

art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ocenie Izby odwołanie częściowo, tj. w zakresie zarzutu nr 1 petitum odwołania zasługiwało na uwzględnienie, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały oddalone z uwagi na ich bezzasadność.

Ad zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Emporio do wyjaśnienia ceny.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu zostaje odwrócony. Oznacza to, że spoczywa on na odwołującym i obciąża go co do obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą takiego zarzutu,

zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

W ocenie Izby Odwołujący zdołał wykazać, że cena Konsorcjum Emporio powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. Trzeba zauważyć, że choć znaczenie ma przekonanie zamawiającego, to powinno ono wynikać z obiektywnych czynników, w tym realiów rynkowych i sytuacji danego wykonawcy. W tym miejscu przypomnieć należy, że Izba orzeka w granicy zarzutu, na treść którego oprócz wskazania podstawy prawnej składa się też przytoczenie okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne. Zarzucając Zamawiającemu, że powinien być on powzięć wątpliwości co do ceny, Odwołujący powinien te okoliczności wykazać i uzasadnić. W ocenie Izby w tym zakresie Odwołujący sprostął ciężarowi dowodu.

Odwołujący upatruje bowiem podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny w tym, że wydaje się ona rażąco niska oraz nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia, które należało uwzględnić w cenie, czego dowodem mają być: kalkulator kosztów placowych roboczogodziny pracy pracownika PZPO na rok 2023, z którego wynika, iż stawka roboczogodziny w pierwszej połowie 2023 r. to 30,28 zł, a od 31 lipca 2023 r., wyniesie ona 31,24 zł. Odwołujący podkreślił, że kalkulacja ta zawiera tylko koszty placowe pracownika, nie uwzględnia natomiast kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia jak: koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia wykonania umowy, koszty umundurowania, wyposażenia, sprzętu, badań lekarskich i szkoleń pracowników koszty administracyjne, koszty wyposażenia technicznego obiektów, koszty paliwa związane w wykonaniem umowy.

Dodatkowo w piśmie z 29 marca 2023 r., Odwołujący wskazywał (mając za punkt odniesienia minimalne wynagrodzenie za pracę w pierwszej połowie 2023 r. na poziomie 3490 zł oraz od lipca 2023 r. na poziomie 3600 zł), że stawka roboczogodziny za pierwszą połowę 2023 r. to 28,92 zł a od lipca 2023 r. przedstawił ją na poziomie 29,62 zł.

Zamawiający podniósł natomiast, że Konsorcjum Emporio realizuje aktualnie usługę ochrony na podstawie umowy MAKIS/U/8/2022 z 7 października 2022 r. ze stawką roboczogodziny na poziomie 25,47 zł, gdzie warunki realizacji są tożsame z tą różnicą, że to postępowanie obejmuje dwa zamówienia z 2022 r., które zostały połączone w jedno zamówienie. Zamawiający podkreślił, że Konsorcjum Emporio podniosło cenę z umowy z 2020 r. o 2 zł w tym postępowaniu co sprawiło, że Zamawiający nie miał wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Emporio dotychczas nie zwróciło się do Zamawiającego z wnioskiem o waloryzację ceny umowy z 2022 r.

Mając na uwadze, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wątpliwości muszą wystąpić po stronie zamawiającego, istotne dla oceny zarzutu zaniechania wezwania

do wyjaśnienia ceny jest to, czy Zamawiający potrafi w sposób wiarygodny wykazać dlaczego takich wątpliwości nie miał. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, choć Zamawiający takie powody próbował wykazać, to jego stanowisko nie było przekonujące. Odwołujący natomiast powołał się na kalkulację PZPO na rok 2023 uwzględniające stawki podstawowe i stawki zwiększone o koszty PPK. W piśmie z 29 marca 2023 r. Odwołujący nie powoływał się na to źródło,

lecz za punkt odniesienia przyjął stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę na 2023 w wysokości 3490 zł (28,72 zł roboczogodzina) i 3600 zł (29,62 zł roboczogodzina) i na podstawie tych danych przedstawił kalkulację własną. Jednocześnie sam Odwołujący przyznał, że istnieje możliwość optymalizacji kosztów, co zresztą wynika wprost z dokumentacji postępowania, gdzie w wyniku odpowiedzi na pytania do SWZ z 20 i 21 marca 2023 r. Zamawiający wprost potwierdził możliwość zatrudnienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności.

Słuszne jest stanowisko Odwołującego zgodnie z którym jeśli cena odbiega od wartości rynkowych to powinna zostać wyjaśniona celem ustalenia czy dokonano jej ewentualnej optymalizacji i na czym ona polegała. Dostrzec należy, że Konsorcjum Emporio zaoferowało stawkę roboczogodziny na poziomie 27,62 zł, co odbiega od ceny Odwołującego o 2,33 zł a od ceny Konsorcjum MJK (którego oferta znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert) o 2,31 zł. Różnica między ceną Konsorcjum Emporio a pozostałymi cenami jednostkowymi jest jeszcze większa. Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony, gdzie głównym czynnikiem kosztotwórczym (ale nie jedynym) są koszty pracy, zasadnym jest zbadanie ceny oferty gdyż budzi ona wątpliwości. Powyższe jest zasadne nie tylko wobec powszechnego w ostatnim czasie znacznego wzrostu cen, ale także mając na uwadze że obok kosztów pracy wykonawca powinien uwzględnić szereg innych kosztów jak te dotyczące instalacji urządzeń rejestrujących (vide §2 ust. 5 PPU, który to koszt nie był przewidziany w umowie MAKiS/U/8/2022 z 7 października 2022 r.), koszty materiałów sprzętu, niezbędnego do wykonania zamówienia (a opisanego szczegółowo w OPZ), w tym koszt umundurowania, które zostało w OPZ opisane na dużym poziomie szczegółowości, koszty każdorazowych dojazdów patroli interwencyjnych (w szczególności, że w tym zakresie Konsorcjum Emporio polega na podwykonawcy) (vide §5 ust. 2 PPU), koszty ubezpieczenia, w szczególności że w tym postępowaniu kwota ubezpieczenia wynosi 2.000.000,00 zł a w postępowaniu z 2022 r, które Konsorcjum Emporio realizuje była to wartość 1.000.000,00 zł (vide §6 PPU). Z tych względów Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała wezwanie Konsorcjum Emporio w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny oferty, w tym stawki za roboczogodzinę wraz z dowodami. Argumentacja Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że według PZPO koszty na pierwsze półrocze tego roku wynoszą od 27,64 zł do 30,28 zł nie zasługuje na uwzględnienie w okolicznościach tej sprawy. Przypomnieć należy, że Zamawiający wymaga zatrudnienia

kwalifikowanych pracowników ochrony na umowę o pracę (vide §13 PPU), natomiast kwota 27,64 zł na którą powołuje się Zamawiający dotyczy kosztów przy umowie zlecenie. Dodatkowo Izba miała na uwadze, że poza stwierdzeniem, że realizowana aktualnie umowa jest wykonywana prawidłowo a Konsorcjum Emporio nie zwróciło się do Zamawiającego o waloryzację wynagrodzenia w trakcie jej trwania, Zamawiający nie przedstawił żadnych innych argumentów, w tym nie wskazał aby korzystał z uprawnień w zakresie weryfikacji czy osoby za pomocą których Konsorcjum Emporio realizuje tą umowę są zatrudnione na umowy o pracę.

Ad zarzutu zaniechania wezwania do złożenia dowodów potwierdzających zapewnienie przez podwykonawcę czasu dojazdu grupy interwencyjnej wskazanego przez Konsorcjum Emporio.

Odwołujący prezentuje stanowisko, zgodnie z którym skoro Konsorcjum Emporio na potrzeby spełnienia kryterium nr 3 „Czas reakcji grupy interwencyjnej na sygnał włamania i napadu – waga 10 %” zadeklarowało czas dojazdu wynoszący 7 min i oświadczyło w treści formularza oferty w pkt 14, że zleci podwykonawcy następujący zakres zamówienia: „Grupa interwencyjna, monitorowanie sygnałów alarmowych”, to nazwa podwykonawcy powinna być na tym etapie znana i powinna zostać podana przez Konsorcjum Emporio. Odwołujący uważa, że wobec zaniechania powyższego przez Konsorcjum Emporio, Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Emporio w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie nazwy podwykonawcy wraz z dowodami w postaci jego oświadczenia co do oferowanego 7 min czasu reakcji.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że treść SWZ od momentu publikacji stanowi źródło zasad według których prowadzone jest postępowanie i obowiązuje w równym stopniu wszystkich jego uczestników. Ustawa Pzp przewiduje możliwość interwencji wykonawców w zakresie treści dokumentów zamówienia przyznając wykonawcom takie narzędzia jak np. prawo zadania pytań do treści SWZ, czy złożenia środka ochrony prawnej celem wprowadzenia modyfikacji treści dokumentów zamówienia. Powyższe jednak odbywa się na ściśle określonych w treści ustawy zasadach, w szczególności w określonych tam terminach. Po ich bezskutecznym upływie nie jest możliwe modyfikowanie postanowień dokumentów zamówienia, w tym postanowień SWZ. Zasady ustalone ostatecznym brzmieniem dokumentów zamówienia są obowiązujące na równi uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy po terminie składania i otwarcia oferty nie ma możliwości wprowadzenia zmian do treści SWZ i obowiązuje ona w równym stopniu zarówno zamawiającego jak i wykonawców.

W treści SWZ Zamawiający ustalił m.in. określone zasady oceny złożonych ofert. Termin na ich kwestionowanie upłynął i aktualnie zasady te nie mogą podlegać żadnej

modyfikacji, w tym modyfikacji w drodze ich wykładni. Zgodnie z zasadami wykładni postanowień SWZ, w pierwszej kolejności należy stosować wykładnię literalną, chyba że prowadzi ona do błędnych wniosków. W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy nie ma przeszkód do zastosowania wykładni literalnej kryterium nr 3. Zgodnie z opisem tego kryterium i opisem sposobu jego oceny wykonawcy mieli podać czas reakcji a ocena odbywała się przy zastosowaniu wskazanego w SWZ wzoru. Odwołujący nie podnosi w treści zarzutu że Zamawiający na etapie oceny oferty Emporio nie zastosował powyższych zasad czy też zastosował je błędnie. Istotą zarzutu jest to, że zdaniem Odwołującego w sytuacji gdy wykonawca w celu zapewnienia czasu reakcji podanego w omawianym kryterium będzie posługiwać się podwykonawcą, to Zamawiający powinien był to oświadczenie zweryfikować w celu ustalenia czy jest ono prawdziwe czy wiarygodne. Odwołujący wskazał też, że gdyby Konsorcjum Emporio podało w ofercie nazwę podwykonawcy, to Zamawiający sam mógłby zwrócić się do tego podmiotu celem dokonania weryfikacji złożonego na potrzeby kryterium oświadczenia.

Powyższe stanowisko nie jest trafne. Po pierwsze, jak wskazano wcześniej kryterium było znane i czas na jego kwestionowanie upłynął. Na tym etapie postanowienia SWZ są wiążące dla uczestników postępowania o zamówienie. Oznacza to, że skoro Zamawiający w treści SWZ podał tylko, że należy wskazać oferowany czas reakcji bez żadnych innych zastrzeżeń, w tym zaniechał określenia sposobu weryfikacji takiego oświadczenia, to na tym etapie nie ma podstaw do podejmowania czynności o które wnioskuje Odwołujący. Po drugie, uwzględnienie zarzutu byłoby naruszeniem zasady równego traktowania ponieważ zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego badaniu podlegać powinno jedynie oświadczenie tego wykonawcy, który zleci ten zakres zamówienia podwykonawcy. Podczas gdy pozostali wykonawcy również złożyli jedynie oświadczenia co do czasu reakcji i nie poparli ich żadnymi dowodami. Innymi słowy Odwołujący uważa, że oświadczenie wykonawcy który wykona zakres prac objęty zarzutem nie musi być weryfikowane w odróżnieniu od oświadczenia wykonawcy, który ten zakres prac zleci podwykonawcy.

Z tych względów zarzut został oddalony.

Ad zarzutów dotyczących oceny oferty Konsorcjum MJK i oferty Odwołującego.

Zarzut dotyczy kwestii oceny przyznanej Konsorcjum MJK w kryterium nr 3 oraz punktacji przyznanej Konsorcjum MJK i Odwołującemu w kryterium nr 2.

W ocenie Odwołującego w kryterium nr 3 dotyczącym czasu reakcji grupy interwencyjnej Konsorcjum MJK nie powinno mieć przyznanej maksymalnej liczby punktów 10, lecz powinno otrzymać 3,3 pkt. Odwołujący argumentował, że Konsorcjum MJK przedstawiło nieprawdziwe oświadczenie co do czasu reakcji na poziomie 5 min, powyższe zostało przez Odwołującego wywiedzione z dowodu w postaci korespondencji z podmiotem

Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący wskazał w zarzucie, że Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostało wskazane przez Konsorcjum MJK jako podwykonawca. Jednak Odwołujący w toku korespondencji ustalił, że podmiot ten na terenie miasta Łodzi gwarantuje reakcję w czasie do 10 min w godzinach nocnych od 20:00 do 6:00 oraz do 15 min w godzinach od 6:00 do 20:00.

Zamawiający słusznie zauważył, że korespondencja nie była przez Odwołującego prowadzona z podmiotem wskazanym jako podwykonawca w treści oferty Konsorcjum MJK, gdyż podmiotem tym jest Solid Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, tj. inny podmiot z grupy Solid. Niemniej jednak nawet gdyby przyjąć, że nie ma to większego znaczenia ze względów podanych na rozprawie przez Odwołującego, to dowód ten nie mógł przesądzić o uwzględnieniu zarzutu. Przede wszystkim dowód ten nie odnosi się bezpośrednio do sytuacji Konsorcjum MJK. Udzielona informacja co do czasu dojazdu stanowi odpowiedź na pytanie zadane przez Odwołującego dotyczące czasu dojazdu grupy interwencyjnej na terenie miasta Łodzi w godzinach dziennych i nocnych wraz z kosztem usługi i byłoby w ocenie Izby zbyt daleko idące, aby udzieloną odpowiedź na takie zapytanie odnosić do Konsorcjum MJK. Innymi słowy Odwołujący dowodem tym wykazał jedynie, że firma Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferowała Odwołującemu czasy dojazdu do 10 min i do 15 min w zależności od pory, a nie, że nie zaoferowała Konsorcjum MJK czasu dojazdu zadeklarowanego w ramach kryterium nr 3. Z tych względów zarzut co do tego zakresu podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu oceny kryterium nr 2 stanowisko Odwołującego również nie zasługiwało na uwzględnienie. Przede wszystkim jak już wskazano wcześniej, SWZ podlega w pierwszej kolejności wykładni literalnej, chyba że prowadzi ona do błędnych rezultatów. Treść kryterium nr 2 i opisu sposobu jego oceny jest zrozumiała, aczkolwiek nie koresponduje z wymogiem skierowania do realizacji zamówienia tylko osób będących kwalifikowanymi pracownikami ochrony, wpisanymi na stosowną listę. Wymogi w tym zakresie zostały zawarte przede wszystkim w PPU. Rzeczywiście jest tak, że opis kryterium odnosi się również do osób niebędących kwalifikowanymi pracownikami ochrony. Jednak kwestionowanie opisu kryterium i dokonanej na jego podstawie oceny na tym etapie uznać należy za spóźnione. Podobnie jak nie ma podstaw do interpretowania kryterium przez pryzmat innych postanowień dokumentacji postępowania. Na etapie po otwarciu ofert należy zastosować kryterium w sposób wynikający z jego brzmienia, jeśli jest to możliwe, a w tym postępowaniu nie ma ku temu przeszkód. Zgodnie z opisem wskazanym w literze a) Zamawiający przyzna 2 pkt za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą kwalifikację pracownika ochrony fizycznej, wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników. Zatem wg tego opisu za każdą osobę będącą parowkiem kwalifikowanym posiadającym odpowiedni wpis zarówno Odwołującemu jak i Konsorcjum

MJK należało się 2 pkt. Jak natomiast wynika z opisu wskazanego w lit b) za każdą osobę wyznaczoną do realizacji zamówienia posiadającą co najmniej 12 – miesięczne doświadczenie w ochronie obiektów użyteczności publicznej Zamawiający przyznawał 1 pkt. W tym miejscu zwrócić należy uwagę na brak zastrzeżenia, że opis ten odnosi się tylko do pracowników kwalifikowanych. Natomiast w tabeli należało podać przy każdej osobie informację, czy posiada wpis na listę pracowników kwalifikowanych czy nie. Oznacza to w ocenie Izby, że Zamawiający słusznie przyznał Konsorcjum MJK po 1 punkcie za każdą osobę spełniającą opis z lit b) nawet jeśli nie była ona kwalifikowanym pracownikiem ochrony. Ustalenia wymagało, czy zasadnie Zamawiający odstąpił od przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w spornym kryterium za pracowników kwalifikowanych, którzy jednocześnie spełniali opis z lit b). W ocenie Izby literalna wykładnia zastrzeżenia „W przypadku otrzymania maksymalnej liczby punktów zgodnie z opisem zawartym w ppkt a), nie będą już przyznawane punkty w sytuacji opisanej w ppkt b)” prowadzi do wniosku, że Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego w tym kryterium.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz §7 ust. 2 pkt 1 związku z §2 ust. 1 pkt 1 i §5 pkt 1) i 2) lit a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba uznała, że w sprawie zgłoszone zostały trzy główne zarzuty i dokonała wobec tego

podziału kosztów stosownie do wyniku sprawy (§7 ust. 3 rozporządzenia).

Przewodnicząca: