

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Facility Services sp. z o.o. (lider), Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 2005/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Facility Services sp. z o.o. (lider), Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Facility Services sp. z o.o. (lider), Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Facility Services sp. z o.o. (lider), Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia na rzecz Muzeum Historii Fotografii im. W.R. w Krakowie”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 10 maja 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00318811.

W dniu 4 czerwca 2024 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Impel Facility Services sp. z o.o. (lider), Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu powziął wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider konsorcjum oraz Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwanych dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 10 czerwca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej ustawą Pzp, które ma wpływ na wynik postępowania:

1) art. 239 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej oferty

Przystępującego;

2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

3)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1)nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty Przystępującego;

2)nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp;

3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp;

4)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wskazując, że oferta wybranego Wykonawcy: Konsorcjum Ekotrade winna zostać odrzucona na podstawie w/w przepisu ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zaznaczył przy tym, że Konsorcjum Ekotrade w Załączniku nr 1A do SWZ (Formularz Ofertowy) w ramach Kryterium nr 3 „Doświadczenie zespołu Wykonawcy” – zadeklarowało 13 osób, za co otrzymało maksymalną ilość punktów. W/w Wykonawca potwierdził to również w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający w Rozdziale VIII punkt 1 Załącznika 1a OPZ oraz w Rozdziale VII punkt a Załącznika 1b OPZ, wyraźnie zaznaczył, iż: „Wszyscy pracownicy ochrony muszą być zatrudnieni u Wykonawcy na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. -Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.)”

Z powyższego wnioskował, że skoro Konsorcjum Ekotrade zadeklarowało 13 osób, które będą uczestniczyć w realizacji za co otrzymał maksymalną ilość punktów – zobowiązany jest ująć w kalkulacji koszty zatrudnienia 13 osób na pełny etat.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż Wykonawca nie może skorzystać z dotacji dla osób niepełnosprawnych, gdyż Zamawiający w Rozdziale IV pkt 7 SWZ zawarł zapis: „Zamawiający z uwagi na charakter zamówienia nie dopuszcza realizacji zamówienia przez pracowników ochrony posiadających orzeczenie o niepełnosprawności”.

Zdaniem Odwołującego - w podstawowych kosztach pracy Wykonawca zatem powinien ująć obowiązkowo dla 13 etatów, za które otrzymał punkty w kryterium oceny ofert, co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, obowiązujące na etapie składania ofert w wysokości 4 300,00 zł brutto - zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz naliczyć obowiązkowe składki od wynagrodzenia dla każdego etatu, tj.:

- składkę emerytalną (9,76%),
- składkę rentową (6,5%),
- składkę wypadkowa (1,67%),
- składkę na FP i FS (2,45%),
- składka na FGŚP (0,1%).

Według Odwołującego - wycieszenie niedoszacowania na podstawowych kosztach pracy w ofercie Konsorcjum

Ekotrade wynosi:

Podstawowe koszty pracy dla 1 etatu miesięcznie	
Rodzaj umowy	umowa o pracę
Ilość godzin	168
Minimalne wynagrodzenie brutto	4 300,00 zł
Składka emerytalna 9,76%	419,68 zł
Składka rentowa 6,5%	279,50 zł
Składka wypadkowa 1,2%	51,60 zł

Składka na FP i FGŚP 2,55%	109,65 zł
RAZEM koszty pracy dla 1 etatu	5 160,43 zł
Miesięcznie koszty dla zadeklarowanych 13 etatów	67 085,59 zł
Koszty pracy dla 13 etatów w trakcie trwania zamówienia	805 027,08 zł
Oferta konsorcjum Ekotrade brutto	788 773,44 zł
Oferta konsorcjum Ekotrade netto	641 279,22 zł
Niedoszacowanie oferty Konsorcjum Ekotrade	-163 747,86 zł

W ocenie Odwołującego - oferta złożona przez Konsorcjum Ekotrade nie pokrywa zatem nawet podstawowych kosztów pracy 13 etatów, zadeklarowanych do realizacji zamówienia, nie wspominając już o dodatkowych kosztach, jakie w/w wykonawca winien jeszcze uwzględnić w kalkulacji:

- wyposażenia,
- umundurowania,
- marża.

Wywodził, że jeśli oferta wykonawcy nie pokrywa nawet obowiązkowych kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem personelu, to winna wzbudzić w Zamawiającym wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia i w związku z tym Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider konsorcjum oraz Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwany dalej Przystępującym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 27 czerwca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 27 czerwca 2024 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 27 czerwca 2024 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, art. 226 ust.1 pkt 8 oraz 239 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający powinien przeprowadzić obowiązkowo postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę i odrzucić ofertę Przystępującego z powodu istnienia rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w informacji z otwarcia ofert z dnia 20 maja 2024 r. działając na podstawie 222 ust. 5 ustawy Pzp poinformował wykonawców o ofertach złożonych w postępowaniu w następujący sposób: „...Liczba złożonych ofert: 2. W tym:

- złożonych w terminie: 2
- wycofanych: 0
- Oferta 1.
- Konsorcjum firm:

Ekotrade sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa, NIP: 5260207887 – Lider konsorcjum, Silesia Services Sp. z o.o., ul. Pawła Śmiłowskiego 2, 41-100 Siemianowice Śląskie, NIP: 643177695 - Partner Konsorcjum, cena za cały przedmiot zamówienia: **788.773,44 PLN**; w tym:

ZADANIE 1

Cena ryczałtowa za przedmiot zamówienia objęty zadaniem 1 wynosi: **392.246,40 zł** Przy czym:

a) Ryczałtowa stawka godzinowa za świadczenie usługi ochrony przez 1 osobę (osobo godzina), wynosi brutto: **44,90 zł**;

ZADANIE 2

Cena ryczałtowa za przedmiot zamówienia objęty zadaniem 2 wynosi: **396.527,04 zł**; Przy czym:

a) Ryczałtowa stawka godzinowa za świadczenie usługi ochrony przez 1 osobę (osobo godzina), wynosi brutto: **45,39 zł**;

Oferta 2.

Konsorcjum firm: Impel Facility Services sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, NIP: 9542250979 – Lider konsorcjum, Impel Safety Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, NIP: 8992786975 - Partner Konsorcjum, Impel Defender Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, NIP: 8992786834 - Partner Konsorcjum, Impel Provider Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, NIP: 5221045593 - Partner Konsorcjum, Impel Technical Security Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, NIP: 5631743635 - Partner Konsorcjum, cena za cały przedmiot zamówienia: **772.113,60 PLN**; w tym:

ZADANIE 1

Cena ryczałtowa za przedmiot zamówienia objęty zadaniem 1 wynosi: **386.056,80 zł** Przy czym:

a) Ryczałtowa stawka godzinowa za świadczenie usługi ochrony przez 1 osobę (osobo godzina), wynosi brutto: **43,95 zł**;

ZADANIE 2

Cena ryczałtowa za przedmiot zamówienia objęty zadaniem 2 wynosi: **386.056,80 zł**; Przy czym:

a) Ryczałtowa stawka godzinowa za świadczenie usługi ochrony przez 1 osobę (osobo godzina), wynosi brutto: **43,95 zł;...".**

Ponadto, Izba stwierdziła, że w formularzu ofertowym Odwołujący podał w pkt 5 w ramach Kryterium nr 3 Doświadczenie zespołu Wykonawcy 10 osób, zaś Przystępujący zadeklarował osób 13.

W związku z powyższym należy wskazać, że stosownie do art.224 ust.1 ustawy Pzp 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.

Jednocześnie w ust.2 tego przepisu ustawodawca przewidział, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

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

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

W ocenie Izby - biorąc pod uwagę, że nie wystąpiły przesłanki określone w powołanym wyżej przepisie art.224 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp Zamawiający nie miał obowiązku wszczynać postępowania wyjaśniającego możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Według zapatrywania Izby - zaoferowane przez wykonawców powyższe ceny ofertowe były zbliżone, a cena oferty Odwołującego była nawet niższa w stosunku do oferty Przystępującego, wobec tego Zamawiający nie miał żadnych podstaw do wnioskowania, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe oferty Przystępującego z wyższą ceną w odniesieniu do oferty Odwołującego mogły być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ten stan rzeczy zaś nie mógł w żaden sposób wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów

Na tle rozpoznawanej sprawy wymaga wskazania, że Zamawiający postanowił w rozdziale VI. ust.1 załącznika 1a. i rozdziale V.1b. Opisu Przedmiotu Zamówienia (SWZ), że usługa będzie świadczona, w sposób ciągły tj całodobowo 24 godziny, 7 dni w tygodniu, a także w dni świąteczne i wolne od pracy. Pełnienie ochrony odbywać się będzie przez **jednego pracownika**.

W świetle powyższego za gołosłowne należało uznać twierdzenia Odwołującego, że jeżeli w formularzach ofertowych wykonawcy podali w ramach kryterium nr 3 doświadczenie zespołu wykonawcy, to że w tym samym czasie na obiekcie powinno być **10 pracowników** (Odwołujący) i **13 pracowników** (Przystępujący).

Przekonanie Odwołującego w tym względzie pozostaje w jawnej sprzeczności z wymaganiem pełnienia ochrony na obiekcie przez 1 pracownika, co wpływa na prawie identyczny szacunek kosztów, zarówno przez samego Odwołującego, jak i Przystępującego.

Podobnie Odwołujący nie dowiódł, że Przystępujący nie będzie miał prawa do korzystania z zadeklarowanego zasobu osobowego stosownie do powołanych wyżej wymagań OPZ.

Biorąc pod uwagę ciągły sposób świadczenia usługi przy rotacyjnym charakterze pracy pracowników pełniących określone dyżury służbowe w danym przedziale czasowym Przystępujący będzie mógł według własnego uznania skorzystać ze wskazanego personelu. Przy czy czym istotne jest, aby osoby świadczące usługi były objęte umową o pracę.

W przekonaniu Izby – Przystępujący wykazując koszty za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie jest zobowiązany do wliczenia wszystkich kosztów poszczególnych umów o pracę w zakres zadania u tego Zamawiającego, bowiem jest on uprawniony do skorzystania z części tego zasobu przy innych realizacjach i wtedy część tych kosztów będzie przypisana do tych innych zadań.

Natomiast irrelevantna i nie wpływająca na zakres kosztów przedmiotowego zadania jest okoliczność w jakim czasie zgodnie z prawem pracy osoby te będą świadczyć usługi na obiekcie Zamawiającego, bowiem te koszty będą takie same wynikające z zadeklarowanych wyżej stawek jednostkowych.

Z tych wszystkich powodów, Izba doszła do wniosku, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.224 ust.1 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie są trafne.

W konsekwencji, jako wynikowy nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.239 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....