

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,**

ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Uczestnik konsorcjum)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni m. st. Warszawy, ul. Hoża 13a,**

00-528 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **TBW Sp. z o.o. z siedzibą**

w Pionkach, ul. Żurawia 8, 26-670 Pionki

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Uczestnik konsorcjum)** 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 **MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Uczestnik konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zarząd Zieleni m. st. Warszawy, ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź (Uczestnik konsorcjum)** na rzecz **Zarządu Zieleni m. st. Warszawy, ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa** 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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni m. st. Warszawy, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Ochronę obiektów przy ul. Bartyckiej 175 paw. 6 i Hożej 13 A, będących w administrowaniu ZZW”. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 marca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00258927/01.

W dniu 23 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą Łodzi (Uczestnik konsorcjum)**, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy

czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechania czynności do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.:

1. zaniechania badania ceny oferty wykonawcy TBW Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach, zwanego dalej „wykonawcą TBW”, w zakresie części 1 i części 2 przedmiotu zamówienia, co do której istnieje podejrzenie, że jest rażąco niska;
2. udzielenia zamówienia wykonawcy TBW bez uprzedniego badania rażąco niskiej ceny w zakresie części 1 i części 2 przedmiotu zamówienia;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. odnośnie pkt 1) odwołania - naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,
2. odnośnie pkt 2) odwołania - naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy TBW w zakresie części 1 i części 2 przedmiotu zamówienia;
2. wezwania wykonawcy TBW do przedstawienia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofert na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie części 1 i części 2 przedmiotu zamówienia;
3. ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem przedmiotowych wyjaśnień, tj. dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że przedmiotem tego zamówienia jest wykonywanie usługi ochrony osób i mienia w obiektach Zamawiającego zlokalizowanych odpowiednio pod adresami: Warszawa ul. Hoża 13 A – Część 1 przedmiotu zamówienia oraz Warszawa ul. Bartycka 175 paw. 6 – Część 2 przedmiotu zamówienia.

Usługa winna być realizowana w okresie od 1 maja 2024 do 31 grudnia 2024 w wymiarze 5 880 rbh dla każdej z części przedmiotu zamówienia.

Wykonawca TBW zaoferował realizację każdej z części przedmiotu zamówienia za kwotę 196 721,88 zł brutto przy stawce jednostkowej 1 roboczogodziny na poziomie 33,46 zł brutto tj. 27,20 zł netto. Cena oferty tego wykonawcy jest istotnie niższa od kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 233 259,60 zł brutto, co oznacza, iż cena oferty wykonawcy TBW jest niższa od tej kwoty aż o 15,66 %. Powyższa różnica powinna skłonić Zamawiającego do skierowania wezwania do wykonawcy TBW na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp celem zweryfikowania poprawności kalkulacji ceny oferty.

Odwolujący przed wyborem najkorzystniejszej oferty w dniu 5 kwietnia 2024 r. lutego złożył Zamawiającemu informację o możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny odnośnie wykonawcy TBW.

Zamawiający nie zakazywał wprost realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale pracowników niepełnosprawnych jednakże zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 25 marca 2024 r. wskazał wyraźnie, iż nie rekomenduje realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale pracowników, wobec których orzeczono tzw. schorzenia szczególne uprawniające do dodatkowego dofinansowania do wynagrodzenia w wysokości: 900 zł dla stopnia umiarkowanego oraz 1200 zł dla stopnia znacznego.

Odwolujący przedstawił kalkulację kosztów 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie zakazywał realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych w kalkulacji ujął pozyskanie dofinansowania w wysokości 1350 zł do każdego etatu przy założeniu realizacji usługi przy pomocy osób z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności bez schorzeń szczególnych. Zamawiający nie dysponuje przy tym wiedzą odnośnie tego, czy wykonawca TBW faktycznie zatrudnia takie osoby i nie może takiego założenia przyjąć z automatu. Jednakże jak wynika z wyliczeń Odwołującego nawet przyjęcie tak optymistycznego założenia nie pozwala wykonawcy TBW na wygenerowanie zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na treść artykułu 19 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych Odwołujący w kalkulacji założył 36 -cio dniowy wymiar urlop wypoczynkowy (26 dni urlopu podstawowego oraz dodatkowo obowiązkowo 10 dni na podstawie ustawy o rehabilitacji).

W kalkulacji Odwołujący uwzględnił minimalny poziom składek ZUS emerytalna – 9,76%, rentowa – 6,5%, wypadkowa – 0,93 %. Poziom składek ZUS faktyczny może być wyższy w przypadku obowiązku zapłaty za pracowników składek ZUS na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W kalkulacji Odwołujący nie uwzględnił także absencji chorobowej, które to założenie jest mało realne z uwagi na realizację osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Uwzględnienie kosztów tejże absencji spowodowałoby zwiększenie kosztów jednostkowych 1 roboczogodziny.

Usługa ochrony winna być realizowana w okresie od 1 maja 2024 do 31 grudnia 2024 r. W umowie nie przewidziano możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia. Tym samym wykonawca kalkulując koszty realizacji usługi winien uwzględnić minimalne wynagrodzenie obowiązujące przez

cały okres realizacji usługi. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024, wynagrodzenie minimalne wynosi: 4242 zł brutto w I półroczu 2024 r. oraz 4300 zł brutto w II półroczu 2024 r. Tym samym uśrednione wynagrodzenie minimalne obowiązujące w trakcie realizacji usługi wyniesie 4285,50 zł brutto co wynika z następującego działania arytmetycznego: $(2 \text{ miesiące} \times 4242,00 \text{ zł brutto} + 6 \text{ miesięcy} \times 4300,00 \text{ zł brutto}) / 8 \text{ miesięcy} = 4285,50 \text{ zł}$

Usługa winna być realizowana w okresie od 23 marca 2023 przez okres 12 miesięcy. Oznacza to, że usługa będzie realizowana przez 3,29 miesiąca przy minimalnym wynagrodzeniu na poziomie 3490 zł oraz 8,71 miesiąca przy minimalnym wynagrodzeniu na poziomie 3600 zł. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do SWZ waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmiany minimalnego wynagrodzenia może się odbyć dopiero od 2024 roku. Uśrednione wynagrodzenie zasadnicze wyniesie tym samym $(3490 \times 3,29 + 3600 \times 8,71) / 12 \text{ miesięcy} = 3569,84 \text{ zł}$. Tak więc wyliczony koszt jednostkowy 1 roboczogodziny jest najniższy z możliwych i zakłada połączenie trzech wyjątkowo sprzyjających okoliczności, których wystąpienie jednocześnie jest bardzo mało realne, tj. braku jakichkolwiek zwolnień lekarskich (co wydaje się mało realne z uwagi na realizację usługi przy pomocy osób z dość istotnymi problemami zdrowotnymi); rezygnacji wszystkich pracowników z uczestnictwa w Pracowniczych Programach Kapitałowych oraz zatrudnienia pracowników w wieku powyżej 55 lat (kobiety)/60 lat (mężczyźni) odnośnie których nie istnieje obowiązek uiszczania składek ZUS na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Odwolujący przedstawił w odwołaniu tabelę zawierającą Kalkulację wynagrodzeń na 2024 rok. Z wyliczeń tych wynika wprost, iż nawet zatrudnienie 100% obsady kadrowej w postaci pracowników z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności oznacza, iż wykonawca TBW tylko z tytułu kosztów wynagrodzeń pracowników odnotuje stratę w wysokości 1,20 zł na każdej roboczogodzinie. W skali całości kontraktu strata wyłącznie z tytułu niedoszacowanych kosztów wynagrodzeń wyniesie 7056 zł dla każdej z części przedmiotu zamówienia.

Odwolujący podkreślił, iż koszty wynagrodzeń nie są jedynymi kosztami jakie winien ponieść Wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu umowy. W cenę usługi należy także wliczyć koszty umundurowania, bieżącego nadzoru, wsparcia grup interwencyjnych, monitoringu sygnałów alarmowych, koszty artykułów biurowych i piśmiennych, środków łączności itp.

Reasumując Odwołujący wskazał, że za cenę określoną w ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami w tym Kodeksu Pracy.

Cena oferty powinna bowiem obligatoryjnie uwzględniać: koszt zatrudnienia wszystkich pracowników na umowę o pracę oraz związane z zatrudnieniem szeroko rozumiane koszty na ubezpieczenia społeczne, dodatki do pracy w porze nocnej z uwzględnieniem ilości roboczogodzin ustalonych w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, absencje urlopowo-zdrowotne i związana z tym konieczność zapewnienia zastępstwa pracowników nieobecnych, co ma bardzo istotne znaczenie w kształtowaniu się ceny oferty. Zasadnym jest więc wezwanie w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący przywołał orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt KIO 3201/2020 oraz KIO 211/21, wskazując że, odnosząc się konkretnego zamówienia jakim jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia należy mieć na uwadze, że głównym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony oddelegowanych na obiekt Zamawiającego. Zamawiający oceniając ofertę pod względem realności jej ceny powinien przede wszystkim mieć na uwadze koszty osobowe związane z realizacją usługi ochrony z uwzględnieniem określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań mających wpływ na cenę oferty, takich jak wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a także realizacja usługi w porze nocnej. Zamawiający powinien mieć na uwadze, że może zachodzić w tym wypadku zjawisko rażąco niskiej ceny. Niezrozumiałe jest więc zaniechanie badania ofert pod tym względem.

Obowiązek badania rażąco niskiej ceny po stronie Zamawiającego aktualizuje się zawsze, kiedy istnieją co do niej wątpliwości, a nie jedynie w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności w sytuacji kiedy stawki za usługę ochrony są niższe niż wynikają z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Powyższą tezę potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2022 r., sygn. KIO 599/22.

Konsekwencją braku badania oferty wykonawcy TBW w kontekście rażąco niskiej ceny jest jej uwzględnienie podczas oceny ofert, przyznanie punktacji na zasadach określonych w SWZ oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy istniały wiarygodne przesłanki, że oferta wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższa czynność stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp.

Tym samym Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, bez jej wnikliwego badania, do czego był zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów. W konsekwencji wybrał ofertę zawierającą zobowiązanie Wykonawcy do zrealizowania zamówienia za cenę, która może być rażąco niska, co oznacza de facto brak możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie.

Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia - działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji - musieli określić znacznie wyższą cenę oferty, ufając jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 ustawy Pzp, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która nie została w sposób należyty zbadana i mogła podlegać odrzuceniu. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Odwołujący przytoczył wyrok Izby z dnia 17 września 2019 r. o sygn. akt KIO 1716/19.

Zamawiający przekazał kopię odwołania w dniu 24 kwietnia 2024 r. za pomocą Platformy e-Zamowienia innym Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TBW Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach, zwany dalej „wykonawcą TBW”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

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

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

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy TBW Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zawnioskowany przez Odwołującego i złożony na rozprawie dowód – opracowanie własne „Poziom składek ZUS pracodawcy”, uznała złożone opracowanie za stanowisko je składającego.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Tym samym zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania) a także art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny tożsamy dla obydwu zarzutów:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 379 283,90 zł, co stanowi równowartość 81 793,34 euro, w tym odpowiednio dla części:

1) część 1 - 189 641,95 zł, co stanowi równowartość 40 896,67 euro,

2) część 2 - 189 641,95 zł, co stanowi równowartość 40 896,67 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości w wysokości 466 519,20 zł. brutto, w tym dla części:

1) część 1 w wysokości 233 259,60 zł

2) część 2 w wysokości 233 259,60 zł

W postępowaniu do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

1) Konsorcjum Firm: AM OCHRONA ZBIGNIEW KŁYS z siedzibą w Sieradzu (Lider konsorcjum) i Biuro Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu (Partner konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 216 972,00 zł; część II – 216 972,00 zł;

2) Konsorcjum Firm: GrupaAlfa Sp. z o.o. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim (Lider konsorcjum) i Alfa Guard Security Sp. z o.o. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim (Członek konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 231 201,60 zł; część II – 240 668,40 zł.

- 3)TBW Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach. Cena oferty brutto: część I – 196 721,28 zł; część II – 196 721,28 zł.
- 4)Multi Security Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi Cena oferty brutto: część I – 216 560,40 zł.
- 5)Konsorcjum Firm: TIME GROUP POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (Lider konsorcjum) i SKY ONE S z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (Partner konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 222 910,80 zł; część II – 222 910,80 zł.
- 6)Konsorcjum Firm: MAXUS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Lider konsorcjum) i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Uczestnik konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 203 683,20 zł; część II – 204 388,80 zł.
- 7)Agencja Ochrony – GOT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Cena oferty brutto: część I – 245 196,00 zł; część II – 245 196,00 zł.
- 8)Konsorcjum Firm: „STEKOP” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek Konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 249 429,60 zł; część II – 249 429,60 zł.
- 9)Grupa Oktagon Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Cena oferty brutto: część I – 216 384,00 zł; część II – 216 384,00 zł.
- 10) Konsorcjum firm: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (Lider konsorcjum), Emporio Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Członek konsorcjum) i Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Członek konsorcjum). Cena oferty brutto: część I – 217 324,80 zł; część II – 217 324,80zł.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy TBW jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i części 2 postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„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.”.*

Zastosowanie tego przepisu ma miejsce wówczas gdy cena oferowana przez wykonawcę lub proponowany przez niego koszt lub ich istotne części składowe wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wówczas gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o wymogi Zamawiającego wyspecyfikowane w dokumentach zamówienia.

Zamawiający, dokonując oceny ofert, powinien je odnieść do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, ale i w oparciu o posiadaną wiedzę, doświadczenie i rozeznanie warunków rynkowych.

Zwrot „wydaje się” jest bowiem kierowany do Zamawiającego, który jest podmiotem zobowiązanym do badania i oceny ofert.

Z kolei obowiązek badania czy cena oferowana przez wykonawcę lub proponowany przez niego koszt nie zostały zaniżone, ma miejsce wówczas gdy Zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości te muszą powstać, gdy cena całkowita oferty jest niższa niż 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że cena kwestionowanej przez Odwołującego oferty, tj. cena oferty wykonawcy TBW nie jest niższa niż 30% od wartości zamówienia ani też nie jest niższa niż 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Cena oferty wykonawcy TBW – jak wskazał Odwołujący – jest

nieco o 15,66% od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Co więcej cena oferty tego wykonawcy jest niższa od ceny oferty Odwołującego – na co wskazał Zamawiający – jedynie o około 7 000,00 zł. Oznacza to, że oferta Odwołującego jest wyższa cenowo od oferty wykonawcy TBW tylko o 3,75 %. Tym samym różnice pomiędzy ceną oferty wykonawcy TBW a wartością przedmiotu zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert nie nakładały na Zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy TBW do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wobec tego nie było podstawy do powstania wątpliwości w tym zakresie po stronie Zamawiającego, tj. w odniesieniu do wskazanych już wyżej elementów. Tymczasem to dopiero w przypadku, gdy zachodzi podejrzenie, że cena oferty wykonawcy lub proponowany przez niego koszt lub ich istotne części składowe są rażąco niskie aktualizuje się obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących okoliczności i czynników, które mają wpływ na kalkulację ceny oferty.

Wobec tego rozważyć należy czy w sytuacji gdy nie zaistniały obligatoryjne okoliczności do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej w tym postępowaniu cena lub koszt mogły budzić wątpliwości Zamawiającego. Wątpliwości takich Zamawiający zarówno co do ceny oferty wykonawcy TBW, jak i ceny

oferty Odwołującego – jak oświadczył na rozprawie – nie miał. Zamawiający nie żądał bowiem od wykonawców poza wypełnieniem formularza ofertowego i wskazaniem ceny jednostkowej oraz ceny zamówienia złożenia kalkulacji czy też innych dokumentów, z których sposób kalkulacji by wynikał.

Wykonawca TBW wskazał w formularzu ofertowym cenę 1 Rob/h w kwocie 33,46 zł oraz cenę oferty w kwocie 196 721,28 zł brutto, co w ocenie Odwołującego, miałoby wskazywać na to, że za tę ceną nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami kodeksu pracy.

Niemniej jednak „Kalkulacja wynagrodzeń na 2024 rok” przedstawiona przez Odwołującego jest kalkulacją opartą wyłącznie na jego własnych założeniach. Nie oznacza to jednak, że takie same założenia dla kalkulacji swojej oferty przyjął wykonawca TBW. Wykonawca ten bowiem – jak oświadczył na rozprawie – sporządzając kalkulację założył m.in. zatrudnienie kobiet powyżej 55 roku życia i mężczyzn powyżej 60 roku życia. A ponadto część pracowników, którzy zostaną zatrudnieni do realizacji tego zamówienia to osoby posiadające orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności i, które nie posiadają udokumentowanego stażu pracy powyżej 10 lat. Okoliczności te przełożyły się więc na cenę jego oferty. Osoby zatrudnione do realizacji tego zamówienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, mogą być osobami posiadającymi orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności. Zamawiający nie wykluczył bowiem zatrudnienia na terenie obiektów, w których obowiązuje wykonywanie zadań związanych z ochroną mienia osób obarczonych schorzeniami specjalnymi, które to schorzenia wskazano w zapytaniu skierowanym do Zamawiającego. Zamawiający, udzielając odpowiedzi wskazał jedynie, że może to uniemożliwić lub utrudnić należyte wykonywanie przedmiotu zamówienia. Takie rozwiązanie nie było jednak zakazane.

Wykonawca, co jest bezsporne, z tytułu zatrudnienia osób z orzeczeniem o niepełnosprawności pracodawca może uzyskać dofinansowanie z PEFRON. Oznacza to więc, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia poza dofinansowaniem na pracownika z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w kwocie 1350,00 zł i na pracownika ze znacznym stopniem niepełnosprawności w kwocie 2400,00 zł może uzyskać dodatkowo dofinansowanie na choroby, które wskazano w przywołanym pytaniu i udzielonej odpowiedzi, odpowiednio w wysokości 900,00 zł w przypadku orzeczenia o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności i 1200,00 zł w przypadku orzeczenia o znacznym stopniu niepełnosprawności. Tak więc wykonawca tylko z tego tytułu, jak podkreślił Zamawiający, może uzyskać wyższe dofinansowanie z PEFRON niż założone przez Odwołującego w przygotowanej przez niego kalkulacji. Tymczasem Odwołujący dla potrzeb kalkulacji uwzględnił jedynie – jak przyznał w treści odwołania – osoby z orzeczoną umiarkowanym stopniem niepełnosprawności bez schorzeń szczególnych.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego w zakresie dotyczącym wyliczenia kosztów urlopu. Przedmiotowa umowa ma być bowiem zawarta jedynie na 8 miesięcy i to tylko ten okres powinien być uwzględniany w określonych konfiguracjach (w odniesieniu do sytuacji prawnej konkretnego pracownika). Co więcej uprawnienie do dodatkowo płatnego urlopu osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nabywane jest po przepracowaniu co najmniej jednego roku od dnia zaliczenia do jednego ze stopni niepełnosprawności. A brak jest informacji na temat stażu zatrudnianych pracowników. Wykonawca TBW nie przedstawił kalkulacji ceny jednostkowej i ceny oferty, jak i innych informacji, na które wskazywał Odwołujący, gdyż nie były one wymagane. Wobec tego wszelkie wyliczenia Odwołującego to jedynie przypuszczenia oparte wyłącznie na jego własnych założeniach, które – jak słusznie podkreślił Przystępujący – nie uwzględniają jego założeń zresztą odmiennych od założeń Odwołującego. Sam Odwołujący dla potrzeb odwołania przygotował kalkulację, w której uwzględnił dla potrzeb kalkulacji „składki ZUS z PPK – 17,19%”, natomiast w opracowaniu przedłożonym na rozprawie wskazał „składki ZUS nie ujęte w kalkulacji”, tj. „Fundusz Pracy 2,45%”, „Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 0,1% i PPK Pracodawcy minimalna 1,5%”, co wskazuje że już w takim zakresie może istnieć różnica w kalkulacjach. Nie oznacza to jednak, że kalkulacja wykonawcy TBW jest w tym zakresie błędna.

Reasumując stwierdzić należy, że zarówno ceny jednostkowe, jak i ceny ofert wykonawcy TBW i Odwołującego były zbliżone. Nie może być więc mowy o jakichś rażących różnicach, które uzasadniałyby wzywanie wykonawców do składania wyjaśnień (wykonawcy TBW i Odwołującego). Dlatego też Izba uznała, że zarzut 1 odwołania nie potwierdził się.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, który stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.”,*

oraz zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp, który stanowi, że:

„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 myśl przywołanego wyżej przepisu Zamawiający uznaje za najkorzystniejszą taką ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu albo ofertę z najniższą ceną lub kosztem. Przepis ten dopuszcza także możliwość zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. I w tym stanie faktycznym jedynym kryterium oceny ofert była „Cena („C”) – 100 pkt”. A ponieważ ofertę z najkorzystniejszą ceną dla obydwu kwestionowanych części złożył wykonawca TBW, cena oferty którego nie została uznana za rażąco niska, jak również brak było podstaw do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można uznać, że doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Tym samym nie doszło do naruszenia przywołanych zasad udzielania zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: