

WYROK

Warszawa, dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę SOLD S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Sąd Rejonowy w Rzeszowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego SOLD S.A. łącznie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

Sygn. akt: KIO 3874/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Sąd Rejonowy w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Usługa ochrony osób i mienia dla Sądu Rejonowego w Rzeszowie”, numer referencyjny: G-2510-1/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00516839. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 27 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SOLD S.A. w Krakowie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: VICTOR Sp. z o.o. Sp.k. w Niepołomicach oraz VICTOR Sp. z o.o. w Niepołomicach oraz zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie SOLID Sp. z o.o. w Krakowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej „PZP”), które jego zdaniem ma wpływ na wynik sprawy, tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na fakt, iż:
 - oferta jest sprzeczna z przepisami ustawy,
 - oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia,
 - oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 95 ust. 1 PZP poprzez uniemożliwienie jego faktycznego działania w drodze prawidłowej realizacji klauzuli pracowniczej zgodnie z ratio legis przepisu.

W ramach zarzutów Odwołujący wskazał również na wadliwy wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty, bez przytoczenia przepisów, które w ten sposób zostały naruszone przez Zamawiającego.

W związku z powyższymi zarzutami, SOLD S.A. wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy,
2. nakazanie Zamawiającemu na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 3, 5, 8 PZP odrzucenia:
 - oferty konsorcjum VICTOR Sp. z o.o. Sp. k. oraz VICTOR Sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum 1”),
 - oferty konsorcjum SOLID SECURITY Sp. z o.o. oraz SOLID Sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum 2”),
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty zgodnej z SWZ.

Jak podniósł Odwołujący na uzasadnienie ww. zarzutów, ceny oferty konsorcjum VICTOR Sp. z o.o. Sp. k. oraz VICTOR Sp. z o.o. (ze stawką godzinową 35,11 zł netto) i oferty konsorcjum SOLID SECURITY Sp. z o.o. oraz SOLID Sp. z o.o.

(ze stawką godzinową 35,18 zł netto) są zaniżone, a pierwszą w kolejności co do punktacji ofertą z prawidłowo skalkulowaną ceną jest oferta cenowa Odwołującego (ze stawką godzinową 36,45 zł netto). Odwołujący przedstawił ww. stawki godzinowe zatrudnienia pracowników ochrony przy założeniu, że od cen ofertowych brutto został odjęty podatek VAT, a następnie uzyskana wartość została podzielona przez 17 568 godzin pracy (RBG) w okresie realizacji zamówienia.

Zgodnie bowiem z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), na które powołał się SOLD S.A. w odwołaniu, usługa ochrony fizycznej świadczona ma być przez okres 12 miesięcy od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. w obsadzie: dwóch pracowników całodobowo (1 464 RBG/m-c tj. 8 etatów + godziny nadliczbowe lub dodatkowy pracownik na $\frac{3}{4}$ etatu). Co istotne, wg Odwołującego, pracownicy ochrony skierowani do realizacji zadania muszą posiadać wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, a także nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej. SOLD S.A. podniósł również, że Zamawiający wymaga także, aby wszyscy pracownicy skierowani do ochrony sądu byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Dodatkowo Zamawiający rekomenduje, aby w cenie oferty „uwzględnić zmiany wynagrodzenia, które określone zostały w opublikowanym w dniu 15-09-2023 r. Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. 2023 r. poz. 1893).” Według SOLD S.A., uwzględniając te wymagania, uśredniona stawka godzinowa bez marży, czyli uwzględniająca jedynie wszystkie koszty zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę nie może być niższa niż 35,91 zł netto (bez podatku VAT), zaś wykonawcy w zaskarżonych ofertach wskazali na stawki niższe. Odwołujący obliczył ww. minimalną stawkę godzinową 35,91 zł, uśredniając roczne koszty netto 2 pracowników na posterunku całodobowym z godzinami nocnymi, bez uwzględnienia kosztów grupy interwencyjnej, monitorowania systemu p.poż, ewentualnych zastępstw chorobowych i marży oraz podatku VAT, tj. łącznie koszty te stanowią kwotę 630.779,04 zł, obejmując:

A.kwotę 5.990,95 zł (ze stawką godzinową 35,66 zł) stanowiącą sumę kosztów netto jednego pracownika (168 roboczogodzin) w okresie 1 stycznia – 30 czerwca 2024 r., w tym koszt:

- 1.wynagrodzenia minimalnego: 4 242,00 zł,
- 2.dodatku za godziny nocne: 282,80 zł,
- 3.ubezpieczenia emerytalnego: 441,62 zł,
- 4.ubezpieczenia rentowego: 294,11 zł,
- 5.ubezpieczenia wypadkowego: 42,08 zł,
- 6.Funduszu Pracy: 110,86 zł,
- 7.FGŚP: 4,52 zł,
- 8.dodatku na pranie odzieży służbowej: 10,50 zł,
- 9.urlopu: 562,46 zł;

B.kwotę 6.072,73 zł (ze stawką godzinową 36,15 zł) stanowiącą sumę kosztów netto jednego pracownika (168 roboczogodzin) w okresie 1 lipca – 31 grudnia 2024 r.:

- 1.wynagrodzenia minimalnego: 4 300,00 zł,
- 2.dodatku za godziny nocne: 286,72 zł,
- 3.ubezpieczenia emerytalnego: 447,66 zł,
- 4.ubezpieczenia rentowego: 298,14 zł,
- 5.ubezpieczenia wypadkowego: 42,66 zł,
- 6.Funduszu Pracy: 112,37 zł,
- 7.FGŚP: 4,59 zł,
- 8.dodatku na pranie odzieży służbowej: 10,50 zł,
- 9.urlopu: 570,09 zł.

oraz dzieląc te roczne koszty netto jednego pracownika na posterunku całodobowym przez 17.568 roboczogodzin.

Jak wynika z powyższego, w ocenie SOLD S.A., ceny ofertowe w przypadku Konsorcjum 1, jak też Konsorcjum 2 są skalkulowane poniżej zgodnych z prawem kosztów zatrudnienia pełnosprawnych pracowników na podstawie umów o pracę w wymiarze pełnego etatu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy ocenie oferty wykonawcy nie uwzględnił obligatoryjnych kosztów zatrudnienia leżących po stronie pracodawcy gwarantujących realizację rekomendacji zawartej w SWZ - aby w cenie oferty „uwzględnić zmiany wynagrodzenia, które określone zostały w opublikowanym w dniu 15-09-2023 r. Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. 2023 r. poz. 1893). Dowodu wadliwego podejścia do oceny ofert Odwołujący upatruje w treści pisma Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r. Tak skalkulowana cena, według Odwołującego, jest też ofertą niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż nie zawiera stawek gwarantujących zatrudnienie w ramach umowy o pracę zgodnie z SWZ. Z tego powodu oferty te winny zostać odrzucone.

Nadto, skoro wykonawcy ci zaoferowali cenę nie zawierającą wszystkich niezbędnych i wymaganych przepisami prawa

kosztów, w tym kosztów urlopu, które winny być uwzględnione podczas zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z SWZ, oznacza to, że oferty te zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i z tego też powodu powinny zostać odrzucone. Jak twierdzi Odwołujący, „Jest to bowiem cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne, jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia strat lub otrzymania dodatkowego finansowania.”

Jak wskazano w odwołaniu, Odwołujący pismem z dnia 11 grudnia 2023 r. informował Zamawiającego, iż ceny zawarte w ofercie nr 1 i 5 nie pozwalają na zatrudnienie pracowników zgodnie z zachowaniem przepisów prawa.

W odpowiedzi z dnia 8 stycznia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, zostało wniesione w terminie oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba stwierdziła ponadto, że odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu – Odwołujący posiada bowiem interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, w którym kryterium oceny ofert była cena (60%) oraz doświadczenie pracowników (40%), przy czym Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego przyznając jej 97,78 pkt. Oferta najkorzystniejsza - konsorcjum VICTOR Sp. z o.o. Sp. k. oraz VICTOR Sp. z o.o. uzyskała 100 pkt, zaś oferta konsorcjum SOLID SECURITY Sp. z o.o. oraz SOLID Sp. z o.o. – 99,87 pkt. Tak słusznie podniósł Odwołujący, w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego (po odrzuceniu ofert ww. wykonawców) będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wskazał również, że szkoda Odwołującego polega na pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia wskutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, czym potwierdził spełnienie przesłanek materialnoprawnych skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikających z art. 505 PZP.

Przedmiotem zamówienia jest stała bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia a także obsługa istniejących systemów: System Alarmu Pożarów, SAWiN, System Telewizji Dozorowej, System Obsługi Stanów Alarmowych, System Oświetlenia Obiektu Sądu Rejonowego w Rzeszowie przy ul. gen. J. Kustronia 4 realizowana przez pracowników Wykonawcy posiadających licencję kwalifikowanego pracownika ochrony (pkt IV.1 SWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku Nr 1 do SWZ.

Wg Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, do realizacji zamówienia nie zostały dopuszczone osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności.

W pkt 4 OPZ, Zamawiający wymienił obowiązki Wykonawcy w zakresie całodobowej świadczonej przez siedem dni w tygodniu ochrony fizycznej osób i mienia, w tym:

- 1) Stała całodobowa bezpośrednia fizyczna ochrona osób i mienia świadczona w budynku Sądu Rejonowego w Rzeszowie i terenie przyległym do budynku (parking wewnętrzny-ogrodzony oraz zewnętrzny), realizowana również poprzez prowadzenie obserwacji wzrokowej oraz poprzez system telewizji dozorowej (obrazy z kamer umieszczonych wewnątrz i na zewnątrz budynku Sądu).
- 2) Realizacja zamówienia będzie wykonywana w systemie 24 godzinnym na dobę poprzez skierowanie pracowników posiadających niezbędne przygotowanie zawodowe wyposażonych w ubranie służbowe z logo firmy i imienny identyfikator w następujących liczbach:
 - a) dwóch pracowników od poniedziałku do piątku zaczynających zmianę od godziny 6:00,
 - b) dwóch pracowników w dni wolne od pracy zamawiającego oraz święta i dni ustawowo wolne zaczynających zmianę od godz. 6:00.
- 3) Na zmianie dziennej w dni robocze Wykonawca skieruje w razie potrzeby do pracy jedną osobę na portiernię zewnętrzną przy parkingu, osoba ta będzie odpowiedzialna za kontrolę nad ruchem osobowym (nie dopuszczanie osób postronnych do wchodzenia i przebywania na terenie parkingu zamkniętego) i towarowym oraz kontrolę wjazdu na teren Zamawiającego zgodnie z wydanymi zezwoleniami, drugą osobę na portiernię wewnętrzną, gdzie będzie prowadzić obserwację za pośrednictwem systemu telewizji dozorowej oraz w razie potrzeby obsługiwać pozostałe systemy. Pracownicy ochrony w przypadku zauważenia zagrożenia wobec pracowników sądu lub innych osób przebywających na terenie Zamawiającego zareagują w ramach obowiązujących ich uprawnień. Po godzinach urzędowania sądu oraz zakończeniu prac przez osoby sprzątające obiekt, ochrona zobowiązana będzie do gaszenia świateł przy pomocy systemu sterowania oświetlenia oraz podczas obchodu we wszystkich pomieszczeniach oraz sanitariatach. Po stronie Wykonawcy jest zatrudnienie takiej ilości osób do wykonywania umowy tak aby było to zgodne z obowiązującymi w tym względzie przepisami prawa.

Jak wynika z pkt 21 OPZ, Zamawiający wymaga od Wykonawcy zatrudnienia na umowę o pracę osób wykonujących

czynności związane z ochroną fizyczną osób i mienia. Wykonawca Jest zobowiązany zapewnić odpowiedni stan etatowy, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy, gdyż wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. Co najmniej taka sama liczba osób, która zostanie wykazana przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia będzie uczestniczyła w wykonaniu usługi ochrony przez cały okres realizacji zamówienia.

W postępowaniu, zgodnie z art. 95 PZP, Zamawiający określił wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r. i), tj. wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności związane z usługą dozoru i ochrony osób i mienia (pkt III.7 SWZ), czyli wszelkie czynności związane z przedmiotem zamówienia (pkt IV.6 SWZ).

Zamawiający wymaga, aby ochrona obiektu była wykonywana równocześnie przez dwóch pracowników ochrony, wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (pkt IV.9 SWZ). Co istotne, świadczenie usług na rzecz Sądu Rejonowego ma odbywać się przez 24 godziny na dobę, we wszystkie dni tygodnia, łącznie z dniami wolnymi od pracy i świętami (§ 7 ust. 2 wzoru umowy), zaś „Zamawiający pozostawia Wykonawcy zagadnienia dotyczące czasu pracy pracowników realizujących postanowienia umowy mając na względzie czas pracy wynikający z ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy” (§ 7 ust. 3 wzoru umowy).

Powyższe wymagania opisu przedmiotu zamówienia zostały przeniesione również do wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SWZ), m.in. w § 2. Nadto, zgodnie z § 5 ust. 1 i 2 wzoru umowy, „Wykonawca zapewni w celu realizacji niniejszej umowy personel w liczbie osób gwarantującej należyte wykonanie umowy oraz zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ.” oraz „(...) dostosuje liczbę osób wykonujących przedmiot umowy do zakresu wymaganego SWZ stanowiącym Załącznik nr 5 do umowy.”

Wynagrodzenie na rzecz wykonawcy ma być rozliczane miesięcznie. Na wynagrodzenie składa się ilość przepracowanych godzin w miesiącu pomnożona przez cenę jednej roboczogodziny brutto, miesięczny koszt nadzoru, miesięczny koszt administracyjny oraz miesięczny koszt wykonywania monitoringu sygnału alarmu pożaru z powiadomieniem Państwowej Straży Pożarnej (w tym dzierżawa nadajnika certyfikowanego SAP) (§ 8 wzoru umowy). W § 8 ust. 3 wzoru umowy zastrzeżono, że wynagrodzenie wykonawcy zawiera wszelkie koszty Wykonawcy związane z realizacją przedmiotu umowy co oznacza, iż Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne dodatkowe roszczenia z tego tytułu.

Zamawiający dopuszcza zlecenie podwykonawcy tylko części usług w zakresie działania monitoringu sygnału alarmu pożaru z powiadomieniem Państwowej Straży Pożarnej, pozostałe usługi ochrony osób i mienia Wykonawca wykona samodzielnie (pkt V.2 SWZ).

Umowa realizowana będzie w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, lecz nie wcześniej niż od dnia 01.01.2024 r. (pkt VI SWZ).

W ramach warunków udziału w postępowaniu (pkt VII.A.4 tiret drugie SWZ), Sąd Rejonowy w Rzeszowie zastrzegł, że wykonawca powinien dysponować co najmniej dziesięcioma osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. pracownikami ochrony, spełniającymi wymagania określone ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1995 ze zm.) tj. wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i wykonującymi zadania ochrony na rzecz Wykonawcy, posiadającymi min. 2 – letnie doświadczenie w zakresie ochrony obiektów użyteczności publicznej, nie karanych i takich, wobec których nie toczy się żadne postępowanie karne (brak wpisów w KRK).

Na etapie przed upływem terminu składania ofert, dnia 30 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści SWZ w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy:

Odpowiedź na pytanie nr 1 i 2: „Zamawiający wyjaśnia, iż na Wykonawcy ciąży obowiązek poprawnego skalkulowania ceny oferty, wobec czego jeżeli Wykonawca na etapie przygotowania i złożenia oferty posiada wiedzę o przewidywanej wysokości wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2024 roku, to w cenie ofertowej może ewentualnie ten wzrost uwzględnić.”

Odpowiedź na pytanie 4: „Zamawiający wyjaśnia, iż w § 5 ust. 4 Wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ, Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca zobowiązuje się, że usługi składające się na przedmiot umowy, będą w okresie realizacji umowy wykonywane wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.”

Odpowiedź na pytanie 5: „Zamawiający wyjaśnia, iż w budynku Sądu Rejonowego w Rzeszowie na jednej zmianie zachodzi konieczność obecności 2 pracowników świadczącej usługi ochrony osób i mienia, całodobowo. Mając na uwadze charakter instytucji i konieczność zapewnienia ciągłości ochrony obiektu Zamawiający wyznaczył warunek dysponowania dziesięcioma osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający zabezpiecza

w ten sposób ciągłość wykonywania usługi przez wykonawcę a także nienaruszanie wszelkich norm przewidzianych przepisami prawa m.in. wymiar czasu pracy.”

Odpowiedź na pytanie 6, 7 i 8: „Zamawiający nie wyraża zgody na realizację zamówienia przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie innej, niż na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku – Kodeks pracy. Zgodnie z § 5 ust. 4 Wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ „Wykonawca zobowiązuje się, że usługi składające się na przedmiot umowy, będą w okresie realizacji umowy wykonywane wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.”

Odpowiedź na pytanie 9: „Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu Zamówienia” realizacja zamówienia będzie wykonywana w systemie 24 godzinnym na dobę, poprzez skierowanie pracowników posiadających niezbędne przygotowanie zawodowe wyposażonych w ubranie służbowe z logo firmy i imienny identyfikator w następujących liczbach:

a) dwóch pracowników od poniedziałku do piątku zaczynających zmianę od godziny 6:00

b) dwóch pracowników w dni wolne od pracy zamawiającego oraz święta i dni ustawowo wolne zaczynających zmianę od godz. 6:00.

Zamawiający wyjaśnia, iż sformułowanie „w razie potrzeby” dotyczy sytuacji, w której po dokonaniu planowanej modernizacji infrastruktury technicznej budynku Sądu nie będzie konieczność stałego przebywania na zmianie dziennej 1 pracownika ochrony w portierni zewnętrznej Sądu. Powyższe nie wpływa na liczbę roboczogodzin oraz na liczbę pracowników na zmianie.”

Formularz cenowy (Załącznik nr 2 do SWZ), stanowiący załącznik do oferty podlegający wypełnieniu przez wykonawców zawierał w pkt 1) Cena usługi w zakresie ochrony fizycznej tabelę, w której wskazano na następujące pozycje:

–Nazwa usługi – „Usługa ochrony osób i mienia Sądu Rejonowego w Rzeszowie, realizowana przez 2 pracowników od godz. 6:00, całodobowo od poniedziałku do piątku oraz w dniach wolnych od pracy w sposób określony w SWZ”;

–Liczba pracowników na zmianie – „2”;

–Jednostka miary – „Godzina (60 min)”;

–Ilość jednostek – „8784”;

–Cena jednostkowa netto – puste pole;

–% VAT – puste pole;

–Cena jednostkowa brutto – puste pole ;

–Wartość netto (PLN) – puste pole;

–Wartość brutto (PLN) – puste pole.

Pod tabelą znajduje się wzmianka: „Sposób obliczenia: Cena jednostkowa brutto = cena jednostkowa netto powiększona o właściwą dla przedmiotu zamówienia stawkę podatku VAT. Wartość netto = cena jednostkowa netto x ilość jednostek (kol. 5) x liczba pracowników na zmianie (kol. 3) Wartość brutto = cena jednostkowa brutto x ilość jednostek (kol. 5) x liczba pracowników na zmianie (kol. 3).”

W złożonych ofertach następujący wykonawcy wskazali na podane niżej ceny jednostkowe netto (Kolumna nr 6 ww. tabeli Formularza cenowego) za usługę w zakresie ochrony fizycznej:

1.SOLD S.A.: 35,91 zł

2.Konsorcjum 1: 33,06 zł

3.Konsorcjum 2: 33,73 zł

4.Konsorcjum: Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel FM Partner Sp. z o.o., Impel FM Contractor Sp. z o.o.: 37,67 zł

5.Fosal Sp. z o.o.: 39,08 zł

6.Konsorcjum: Karabela – Serwis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Spz o.o. i Przedsiębiorstwo Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych Seciurity Office Sp. z o.o.: 38,70 zł

W dniu 8 grudnia 2023 r. w Informacji o Wykonawcach i ofertach złożonych w postępowaniu Zamawiający podał, że wpłynęły m.in. oferty:

1.Konsorcjum 2 z ceną brutto 760.223,40 zł, przy czym Zamawiający w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP poprawił oczywistą omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny na kwotę 760.260,24 zł,

2.SOLD S.A. z ceną brutto 787.727,52 zł,

3.Konsorcjum 1 z ceną brutto 758.594,88 zł.

Odwołujący pismem z dnia 11 grudnia 2023 r. zwrócił uwagę Zamawiającego „(...) na fakt, że oferty złożone przez Konsorcjum firm: Solid Security Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Solid Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm: Victor Sp. z o.o. Sp.k. (Lider konsorcjum) i Victor Sp. z o.o. zawierają ceny, które nie pozwalają na zatrudnienie pracowników zgodne z

zachowaniem przepisów prawa pracy w przedmiocie zasad wynagradzania oraz z wymaganiami SWZ." Odwołujący – na uzasadnienie swojego stanowiska – podał, że obliczona przez niego uśredniona stawka godzinowa bez marży, czyli uwzględniająca jedynie wszystkie koszty zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę nie może być niższa niż 35,91 zł netto (bez podatku VAT), zaś ww. wykonawcy w ofertach wskazali na stawki niższe niż koszt zatrudnienia pełnosprawnych pracowników na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu.

W dniu 19 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – Konsorcjum 1.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2024 r., w tym w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00516839 z dnia 27 listopada 2023 r.
- SWZ wraz z załącznikami
- Odpowiedzi na zapytania z dnia 30 listopada 2023 r.
- Odpowiedzi na pytania do SWZ
- Odpowiedzi na pytania do SWZ
- Oferty Wykonawców
- KRS Wykonawców
- Informacja o Wykonawcach i ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu
- Protokół Komisji przetargowej z dnia 11 grudnia 2023 r.
- Pismo Wykonawcy Sold S.A. wraz z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r.
- Informacja o wyborze oferty
- Informacja o wyborze oferty do Wykonawców

2) złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- kalkulacja z dnia 26 września 2023 roku z Polskiej Izby Ochrony;

3) złożone przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie:

- umowa na świadczenie usług ochrony i mienia z dnia 23 czerwca 2022 roku wraz z aneksem nr 1.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu w stosunku do ofert Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 a dotyczące ich sprzeczności z przepisami ustawy, niezgodności z warunkami zamówienia oraz tego, by zawierały one rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 PZP oraz art. 95 ust. 1 PZP).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy pamiętać przy tym, iż w świetle art. 224 ust. 1 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. Oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy Zamawiający nabierze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez siebie wymaganiami lub wymaganiami przepisów prawa – ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie.

Jakkolwiek rację ma Odwołujący, iż Zamawiający jest zobowiązany nie tylko wymagać, aby osoby wykonujące czynności polegające na świadczeniu pracy w trakcie realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie umowy o pracę, ale również weryfikować, czy oferta wykonawcy została skalkulowana zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, to jednak nie wykazał, by Zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości co do możliwości wykonania przez Konsorcjum 1 czy też Konsorcjum 2 przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z przepisów, w szczególności prawa pracy, oferując wykonanie zamówienia za ceny wskazane w ofertach tych wykonawców.

Odwołujący oparł zarzuty i całą argumentację odwołania na twierdzeniu, że całkowity minimalny koszt realizacji usługi bez uwzględnienia kosztów grupy interwencyjnej, monitorowania systemu p.poż., ewentualnych zastępstw chorobowych i marży oraz podatku VAT wynosi 630.779,04 zł, w tym uśredniona stawka godzinowa – 35,91 zł. Według niego, skoro stawki godzinowe wskazane przez Konsorcjum 1 i Konsorcjum 2 w ich ofertach są niższe niż 35,91 zł, oznacza to, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną oraz niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia, a ponadto z przepisami ustawy.

Niemniej, SOLD S.A. nie wykazał, że ta stawka uśredniona 35,91 zł, czy też jej składowe – stawka 35,66 zł aktualna w pierwszym półroczu 2024 r. świadczenia usługi, czy też stawka 36,15 zł aktualna w drugim półroczu 2024 r. – są stawkami minimalnymi, poniżej których nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia na warunkach wskazanych przez

Zamawiającego w dokumentacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawił szczegółowych wyliczeń ani dowodów na okoliczność minimalnych kosztów realizacji usługi. Jedyne przedstawione w sprawie dowody – kalkulacja Polskiej Izby Ochrony nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, tj. nie przedstawia kalkulacji, która odpowiadałaby wymaganemu opisowi przedmiotu zamówienia.

Odwołujący błędnie podnosił, iż wszystkie uwzględnione przez niego koszty zatrudnienia są obligatoryjne oraz, że nie jest możliwe obniżenie tych kosztów poniżej uśrednionej stawki godzinowej – 35,91 zł. W szczególności, jak słusznie wskazał Zamawiający, nie w każdym przypadku pracodawca zobowiązany jest wypłacać ekwiwalent pieniężny związany z zapewnieniem prania odzieży roboczej (art. 237⁹ § 3 Kodeksu pracy). W tym zakresie, bezzasadne było uwzględnienie przez Odwołującego kwoty 10,50 z tytułu dodatku na pranie odzieży służbowej w jego obliczeniach dotyczących minimalnego kosztu zatrudnienia pracowników w ramach wykonywania przedmiotowego zamówienia. Jakkolwiek, w tym wypadku pominięcie tej kwoty pozostaje bez istotnego wpływu na wysokość ogólnego kosztu zatrudnienia (w tym stawki godzinowej), to jednak nie jest to jedyny składnik kalkulacji tych kosztów, który nie w każdym przypadku, tj. nie przez każdego wykonawcę musi być uwzględniany.

Odwołujący zdaje się pomijać bowiem, że składki ZUS na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie są obligatoryjnymi elementami kosztów zatrudnienia, tj. nie istnieje obowiązek uiszczania tych składek w przypadku zatrudniania pracowników w wieku powyżej 55 lat w odniesieniu do kobiet i 60 lat w odniesieniu do mężczyzn (art. 104b ust. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 735 ze zm. oraz art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1087 ze zm.). Zamawiający nie zastrzegł zaś żadnego progu wiekowego zatrudnienia pracowników ochrony Sądu. W tym wypadku mowa zaś o kwotach łącznie: 115,38 zł w przypadku pierwszego półrocza 2024 r. oraz 116,96 zł w przypadku drugiego półrocza 2024 r. – które w kalkulował Odwołujący obliczając stawkę godzinową, która jego zdaniem jest minimalna. Przepisy prawa zawierają również inne regulacje dotyczące zwolnień lub ulg w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał, że każdy z wykonawców winien uwzględniać ww. koszt w swojej kalkulacji.

Skoro Odwołujący nie wykazał, że zaoferowanie stawki niższej niż 35,91 zł świadczy o tym, że dany wykonawca nie uwzględnił obligatoryjnych kosztów zatrudnienia leżących po stronie pracodawcy, to tym samym nie wykazał zasadności twierdzeń jakoby Konsorcjum 1 i Konsorcjum złożyli oferty niezgodne w treści z warunkami zamówienia, z przepisami ustawy czy też z rażąco niską ceną. W szczególności, oceniając twierdzenia i dowody złożone przez Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że wskutek zaoferowania ww. stawek przez Konsorcjum 1 i Konsorcjum – w razie wyboru oferty któregośkolwiek z tych wykonawców, dojdzie do uszczerbku w zakresie obowiązków zatrudnienia pracowników na umowę o pracę w ramach wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Jak słusznie wskazał Zamawiający nie miał obowiązku wzywać ww. wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż cena całkowita oferty Konsorcjum 1, jak też oferty Konsorcjum 2 nie tylko nie były niższe o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert, ale nawet były wyższe (art. 224 ust. 2 PZP). Jak wyjaśniono wyżej, Odwołujący nie podał również przekonujących argumentów co do tego, że zaoferowane ceny lub ich istotne części, w tym np. stawki godzinowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów – toteż Zamawiający nie był zobligowany do wezwania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny również na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, a co za tym idzie – do odrzucenia ofert tych wykonawców z tego powodu, że zaoferowane ceny są rażąco niskie. Przy czym Odwołujący, zdaje się zapominać, iż przed odrzuceniem ofert – Zamawiający jest zobligowany do wyjaśnienia, czy rzeczywiście mamy do czynienia z rażąco niską ceną w drodze wystosowania odpowiedniego wezwania do wykonawcy. Biorąc to pod uwagę, nie może być również mowy o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia lub przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 PZP), skoro brak dowodów na to, by Konsorcjum 1 lub Konsorcjum 2 zaoferowało wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia lub przepisami ustawy.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 554 ust. 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). W szczególności, w świetle § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Zamawiający nie przedstawił ani rachunku ani spisu kosztów toteż Izba nie mogła uwzględnić wniosku Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania.

Przewodnicząca: