Sygn. akt: KIO 3632/23

WYROK
z dnia 19 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GRUPA KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, „DERSŁAW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza Spółka akcyjna w Katowicach – Oddział KWK ROW w Rybniku**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Seris Konsalnet Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Seris Konsalnet Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GRUPA KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, „DERSŁAW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GRUPA KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, „DERSŁAW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **GRUPA KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, „DERSŁAW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu** na rzecz zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza Spółka akcyjna w Katowicach – Oddział KWK ROW w Rybniku**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące ;sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 3632/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza Spółka akcyjna w Katowicach – Oddział KWK ROW w Rybniku – prowadz postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony osób i mienia w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK ROW.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: GRUPA KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu, DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, „DERSŁAW" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Seris Konsalnet Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „wykonawca" lub „przystępujący"),
2. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez wykonawcę i błędnym uznaniu, że oferta nie zawiera ceny

rażąco niskiej,
3. zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśniania ceny usługi, w tym złożenia dowodów, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny usługi w stosunku do przedmiotu zamówienia, która budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów,
4. przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jest ofertą z rażąco niską ceną.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:
1) art. 224 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 i art. 17 w zw. z art. 239 w zw. z art. 362 ustawy P.z.p. poprzez:
a. błędną ocenę treści oferty złożonej przez wykonawcę i uznanie, iż spełnia ona wymagania określone w ustawie P.z.p. oraz warunki zamówienia, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), podczas gdy cena zaoferowana w treści oferty jest rażąco niska, cena budzi uzasadnione wątpliwości, czy wykonawca skalkulował pełny zakres przedmiotu zamówienia i czy jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych oraz innych kosztów realizacji zamówienia,
b. zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśniania ceny usługi, w tym złożenia dowodów, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę ww. usługi w stosunku do przedmiotu zamówienia, która budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, a w konsekwencji:
− wybór oferty wykonawcy, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
− przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym:
a. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do wyjaśniania ceny usługi, w tym złożenia dowodów, w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, która budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podniósł, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej określone w Dziale IX ustawy Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko prezentowane w orzecznictwie i doktrynie zamówień publicznych, przesłanki określone w przytoczonym wyżej przepisie muszą zostać spełnione łącznie. Jednocześnie interes w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych definiuje się jako obiektywną, a więc wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia odnoszącą się do postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łącznie z interesem w uzyskaniu zamówienia powinna zostać wykazana szkoda, która zasadniczo ma charakter szkody majątkowej wskutek utraty możliwości uzyskania zamówienia, przy czym szkoda ta musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. W ocenie odwołującego ma on interes w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą, jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą", w znaczeniu określonym przez ustawę P.z.p. oraz zamawiającego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy P.z.p. - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym, z odwołującym

nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkoda ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy P.z.p., bowiem gdyby te przepisy nie zostały naruszone, oferta wykonawcy, która aktualnie sklasyfikowana jest na pierwszym miejscu, zostałaby odrzucona (po wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień ceny, z uwagi na fakt, iż są ofertą z rażąco niską ceną). W konsekwencji oferta odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas odwołujący zawarłby z zamawiającym umowę o zamówienie publiczne. Wobec zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny po ich odrzuceniu), oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15 grudnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. XV SWZ:

1. Wykonawca podaje cenę oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi z Formularza ofertowego.

2. Cena całkowita oferty musi wynikać z sumy wartości wszystkich pozycji Formularza ofertowego, powiększonej o podatek VAT.

3. Ceny należy podać w złotych polskich z dokładnością co do grosza.

4. Cena obejmuje wszelkie należności Wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem opłat i podatków.

Zgodnie z SWZ (załącznik nr 1 – szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) rozdział XI): „Forma zatrudnienia osób realizujących zamówienie:

Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności ochrony w ramach realizacji niniejszej umowy (w tym grupy interwencyjnej)"

W części XVII pkt. 19. Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający określił sposób wyliczenia cen jednostkowych oraz ogólnej wartości umowy po przeprowadzeniu aukcji. Zgodnie z nim:

„W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, po zakończeniu aukcji, Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczania umowy oraz wartości zamówienia w następujący sposób:

1. w pierwszej kolejności wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej (złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie), uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony w górę do dwóch miejsc po przecinku procenta. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

$$U = \frac{W\,\text{oferty (bez wynagrodzenia dodatkowego)} - W\,\text{aukcji (bez wynagrodzenia dodatkowego)}}{W\,\text{oferty (bez wynagrodzenia dodatkowego)}} \times 100\ [\%]$$

2. następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych z oferty pierwotnej o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone w dół do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

C aukcji = C oferty – (C oferty x U)

gdzie:

U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej uzyskanego w wyniku akcji elektronicznej

W oferty – wartość oferty pierwotnej

W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej

C aukcji – cena jednostkowa netto przyjęta do umowy

C oferty – cena jednostkowa netto oferty pierwotnej

3. wartość umowy netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto wyliczonych w sposób określony w pkt 2) oraz szacunkowych ilości w poszczególnych pozycji zamówienia określonych w Formularzu Ofertowym."

Zgodnie z zapisami umowy (§ 15) Zamawiający przewiduje:

„1. Zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia Wykonawcy w przypadkach określonych ustawie Prawo zamówień publicznych w przypadku zmiany:

1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Jeżeli Wykonawca na dzień składania oferty mógł się zapoznać (na podstawie opublikowanego Rozporządzenia Rady Ministrów zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę), z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokością minimalnej stawki godzinowej, obowiązujących w okresie realizacji zamówienia, to za ten okres waloryzacja nie przysługuje."

Dowód: SWZ

Wartość zamówienia wynosi 35 483 263,44 zł, co stanowi równowartość 7 967 321,59 euro.

Dowód: protokół postępowania

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 9 października 2023 roku. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający udostępniła kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 37 097 751,93 zł.

Dowód: protokół postepowania

W postępowaniu złożono oferty:

Lp.	Firma (nazwa) oraz adres Wykonawcy	Łączna wartość oferty brutto razem z uwzględnieniem wynagrodzenia dodatkowego w przypadku ujawnienia lub udaremnienia oszustwa lub kradzieży mienia (ww. wynagrodzenie dodatkowe wynosi 787 200 zł brutto)
1.	Konsorcjum firm: lider: ERA Spółka z o.o., ul. Katowicka 16 B, 41-500, Chorzów członek: NOVIA Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 34, 41-500, Chorzów	**61 225 946,16 zł (wartość oferty brutto bez wynagrodzenia dodatkowego: 60 438 746,16 zł)**
2.	Konsorcjum firm: lider: Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676, Warszawa członek: Solid Sp. z o.o., ul. Walerego Sławka 3, 30-633, Kraków	**73 472 744,73 zł (wartość oferty brutto bez wynagrodzenia dodatkowego: 72 685 544,73 zł)**
3.	Konsorcjum firm: lider: Grupa KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806, Zabrze członek: DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23, 01-014, Warszawa członek: Dersław Sp. z o.o., ul. Zawada 26, 28-230, Połaniec członek: Kopalnie Rudzkie Sp. z o.o., ul. Lompy 11 41-806 Zabrze	**60 165 617,28 zł (wartość oferty brutto bez wynagrodzenia dodatkowego: 59 378 417,28 zł)**
4.	Konsorcjum firm: lider: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267, Warszawa członek: Seris Konsalnet Security sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa	**51 808 651,79 (wartość oferty brutto bez wynagrodzenia dodatkowego: 51 021 451,79 zł)**
5.	Konsorcjum firm: lider: Impel Security Solutions Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław członek: Impel Defender Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław członek: Impel Safety Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław Uczestnik: Impel Provider Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1 50-304, Wrocław Uczestnik: Impel Safety Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1 50-304 Wrocław	**60 165 617,28 (wartość oferty brutto bez wynagrodzenia dodatkowego: 59 378 417,28 zł)**

Dowód: pismo z 9 października 2023 roku

W dniu 17 października 2023 r. odbyła się aukcja elektroniczna, w wyniku której uzyskano następujący ranking ofert opublikowany na stronie Zamawiającego w dniu 17.10.2023 r.:

Lp.	Nazwa Wykonawcy	ilość uzyskanych punktów (OLP)
1	Konsorcjum firm: lider: Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267, Warszawa członek: Seris Konsalnet Security sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa	100,00000000
2	Konsorcjum firm: lider: Grupa KOK Sp. z o.o., ul. Lompy 11, 41-806, Zabrze członek: DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23, 01-014, Warszawa członek: Dersław Sp. z o.o., ul. Zawada 26, 28-230, Połaniec członek: Kopalnie Rudzkie Sp. z o.o., ul. Lompy 11 41-806 Zabrze	99,77488531
3	Konsorcjum firm: lider: Solid Security Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676, Warszawa członek: Solid Sp. z o.o., ul. Walerego Sławka 3, 30-633, Kraków	89,35776571

4	Konsorcjum firm: lider: Impel Security Solutions Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław członek: Impel Defender Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław członek: Impel Safety Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304, Wrocław Uczestnik: Impel Provider Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1 50-304, Wrocław Uczestnik: Impel Safety Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1 50-304 Wrocław	76,31311917
5	Konsorcjum firm: lider: ERA Spółka z o.o., ul. Katowicka 16 B, 41-500, Chorzów członek: NOVIA Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 34, 41-500, Chorzów	73,33284458

W formularzu ofertowym przystępujący zaoferował następujące ceny i wartości:

Część zamówienia nr 1		**Ilość**	**Cena jedn. netto**	**VAT**	**Wartość netto**	**Wartość brutto**
1.1	Ochrona fizyczna osób i mienia / Kwalifikowany pracownik ochrony fizycznej - KPOF	858 064,000 rbh	48,13 zł	23%	41 298 620,32 zł	50 797 302,99 zł
1.2	Ochrona fizyczna osób i mienia/ Pracownik ochrony fizycznej – POF	3 992,000 rbh	45,65 zł	23%	182 234,80 zł	224 148,80 zł
Razem wartość części nr 1				**51 021 451,79 zł**		
Część zamówienia nr 2						
2.1			Przez pojęcie „wg cennika dołączonego do oferty" należy rozumieć dodatkowe wynagrodzenie Wykonawcy określone przez Zamawiającego w treści zał. nr 1 do SWZ – 80 000,00 zł netto, na każdy z Ruchów KWK ROW / 12 miesięcy		wg cennika dołączonego do oferty	
Łączna wartość oferty brutto				**51 021 451,79 zł**		

Dowód: formularz ofertowy przystępującego

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej ceny przystępującego kształtowały się następująco:

Poz. 1.1 formularza- stawka 1 rbg Kwalifikowany Pracownik ochrony fizycznej (KPOF) – 41,80 zł netto

Poz. 1.2 formularza- stawka 1 rbg Pracownik ochrony fizycznej (POF) – 39,65 zł netto

Wartość ostateczna oferty uzyskana przez przystępującego po aukcji elektronicznej wynosi w związku z powyższym:

41,80 zł netto x 858 064 rbg = 35 867 075,20 zł netto

39,65 zł netto x 3992 rbg = 158 282,80 zł netto

Czyli łącznie: 36 025 358,00 zł netto

a powiększona o należny podatek VAT w wysokości 23%

wynosi 44 311 190,34 zł brutto.

Dowód: obliczenia odwołującego zawarte w odwołaniu

Cena oferty odwołującego wynosi 44 421 451,00 zł, co oznacza, że oferta przystępującego jest niższa o 0,23 % od oferty złożonej przez odwołującego.

Dowód: protokół postępowania

Pismem z dnia 22 listopada 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego.

Dowód: pismo z 22 listopada 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwołujący oparł zarzuty odwołania na następujących argumentach: przedmiot zamówienia jest realizowany głównie przez pracowników posiadających odpowiednie uprawnienia – bo aż 99,54 % wszystkich roboczogodzin jest wypracowywana przez osoby z odpowiednimi kwalifikacjami. Ze względu na rodzaj obiektów – obiekty obowiązkowej

ochrony, praca z bronią, praca w szczególnych warunkach, charakter wykonywanej pracy oraz wymagane kwalifikacje pracowników, osoby realizujące zamówienie mają znacząco wyższe oczekiwania płacowe niż wysokość minimalnej płacy krajowej. Średnie oczekiwane wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego o około 15%. Wykazany poniżej koszt 1 rbg pracownika zatrudnionego w oparciu o umowę o pracę na poziomie minimalnego wynagrodzenia, który wynosi 36,08 zł netto należy podnieść o ok 15%, co daje poziom samych kosztów pracowniczych na poziomie 41,49 zł netto za 1 rbg. Biorąc pod uwagę oczekiwania płacowe pracowników kwalifikowanych przystępujący powinien przewidzieć następujące minimalne koszty wynagrodzeń:

– 858 064 roboczogodziny pracowników posiadających wpis na listę pracowników kwalifikowanych x 41,49 zł (wyliczenia zgodne z tabelą nr 3 – zgodnie z oczekiwaniami płacowymi pracowników kwalifikowanych powiększone o 15 %) = 35 601 075,36 zł netto

– 3992 roboczogodziny pracowników nieposiadających wpisu na listę pracowników kwalifikowanych x 36,08 zł (zgodnie z tabelą nr 3)= 144 031,36 zł

Co łącznie daje: 35 745 106,72 zł netto

Wartość oferty przystępującego wynosi: 36 025 358,00 zł netto a powiększona o należny podatek VAT w wysokości 23% wynosi 44 311 190,34 zł brutto. Na same wynagrodzenia przystępujący powinien przewidzieć 35 745 106,72; biorąc pod uwagę wartość oferty przystępującego i różnicę jaka pozostaje tj. 280 251,28 zł netto na okres 24 miesięcy powyższa kwota jest niewystarczająca na pokrycie pozostałych kosztów jak np.: koszt sprzętu, umundurowania itp. W skali miesiąca kwota ta wynosi 280 251,28 zł netto : 24 miesiące = 11 677,14 zł netto – biorąc pod uwagę tylko koszt paliwa, jaki przystępujący zobowiązany będzie ponosić miesięcznie w związku z użytkowaniem wymaganych pojazdów, albo koszt miesięczny związany np. z wynajmowaniem toalet przenośnych typu toi- toi, jest to już niewystarczające do realizacji usługi.

Odwołujący przedstawił samą tabelę wymaganego sprzętu i urządzeń niezbędnych do realizacji kontraktu, przygotowaną na podstawie OPZ:

Lp	**Sprzęt**	**Minimalna ilość sprzętu wymagana przez Zamawiającego**
1	Samochód służbowy z napędem na 4 koła	2 szt.
2	Samochód służbowy	2 szt.
3	Środki łączności	Telefony komórkowe 33 szt.
4	Lornetka	4 szt.
5	Kłódka	16 szt.
6	Cyfrowy aparat fotograficzny wraz z bateriami	30 szt.
7	Karty pamięci do aparatów fotograficznych	46 szt.
8	Zewnętrzny dysk pamięci	4 szt.
9	Urządzenie typu Active/Kronos Guard	20 szt.
10	Legalizowane urządzenie do kontroli trzeźwości z możliwością wydruku	5 szt.
11	Tester trzeźwości	13 szt.
12	Przenośna toaleta typu TOI TOI	8 szt.
13	Plombownica	4 szt.
14	Noktowizor	4 szt.
15	Ręczny wykrywacz metali	5 szt.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z dokumentacją wykonawca powinien w swojej wycenie przewidzieć następujące koszty:

– Koszty szkoleń pracowników (obligatoryjne, płatne szkolenia prowadzone przez PGG)

– Koszty materiałów eksploatacyjnych jak np. paliwo do samochodów, materiały eksploatacyjne do alkomatów jak np. ustniki itp.

– Koszt ubezpieczenia samochodów

– Koszt związany z udziałem zgłoszonego w ofercie podwykonawcy w zakresie grupy interwencyjnej

– koszt sprzętu i wyposażenia

– koszty umundurowania

– koszt nadzoru

– koszt środków łączności m.in. abonament za wymagane telefony komórkowe

– koszty administracyjne

– zysk.

Odwołujący podniósł, że wnioski jakie płyną z analizy przedstawionej kalkulacji są wystarczające do uznania, że przystępujący określając ceny nie uwzględnili wymagań SWZ a przedstawione ceny nie zabezpieczają pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, jak również nie dają realnej możliwości wykonania przez przystępującego usługi ochrony zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowym postępowaniu niespornym pomiędzy stronami była okoliczność, że najbardziej istotną i znaczącą częścią składową kosztów, których poniesienie jest konieczne dla przedmiotu zamówienia, jest koszt wynagrodzenia pracowników. Odwołujący podniósł, że koszt ten, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia stosowania przepisów o najniższym wynagrodzeniu oraz oczekiwania pracowników, którzy oczekują zwiększenia stawki godzinowej wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę o około 15%, winien wynieść 35 745 106,72 zł netto.
Izba wskazuje, że zgodnie z § 2 rozporządzenia 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. poz. 1893), od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł. W treści odwołania odwołujący podniósł, że – biorąc pod uwagę oczekiwania pracowników – winny one wynosić – odpowiednio – 41,49 zł i 38,06 zł, co łącznie daje: 35 745 106,72 zł netto. Wartość oferty przystępującego wynosi: 36 025 358,00 zł netto a powiększona o należny podatek VAT w wysokości 23% wynosi 44 311 190,34 zł brutto.
W tym miejscu podkreślić należy, że koszty obejmujące wynagrodzenie pracowników stanowiły około 99% ceny oferty przystępującego. Co więcej, oferta odwołującego jest wyższa od oferty przystępującego jedynie o 0,23%, co oznacza, że również w przypadku odwołującego wysokość wynagrodzeń stanowi zasadniczą część ceny oferty.
Podniesiony przez odwołującego argumentacja dotyczy w istocie zaniżenia kwoty pozostałej po odjęciu od ceny zaoferowanej przez przystępującego wyliczonej przez odwołującego wysokości wynagrodzeń, czyli kwoty 280 251,28 zł netto podzielonej na okres 24 miesięcy, która to kwota – w ocenie odwołującego – jest niewystarczająca na pokrycie kosztów niezbędnych urządzeń, szkoleń, umundurowania itp.
W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyceny zakresu objętego opcją dokonanej przez przystępującego. Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16), że przepis zawarty w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się" o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się".

W rozpoznawanym przypadku odwołujący jednak nie wykazał, że zamawiający – rezygnując z wezwania

przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ustawy P.z.p. – naruszył wskazany przepis. W szczególności Izba wskazuje, że podnoszona przez odwołującego sporna kwota stanowi wynik działania matematycznego dokonanego przez odwołującego, w którym odwołujący uwzględnił wartość stawki godzinowej pracownika zwiększoną o 15% wobec stawki wynikającej z rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Jednocześnie odwołujący, poza stwierdzeniem, iż wskaźnik, o jaki powiększył wysokość minimalnej stawki godzinowej, wynika z oczekiwań pracowników, nie został przez niego w żaden sposób wyjaśniony ani udowodniony. Tym samym wyliczona w ten sposób kwota będąca przedmiotem sporu, budzi uzasadnione zastrzeżenia. Podkreślenia również wymaga, że odwołujący w treści odwołania co prawda zakwestionował cenę zaoferowaną przez przystępującego, niemniej jednak analiza treści uzasadnienia podniesionych zarzutów wskazuje, że przedmiotem zaskarżenia jest jedynie owa kwota 280 251,28 zł, stanowiąca około 1% ceny oferty przystępującego. Jeśli chodzi zaś o cenę globalną, z ustaleń faktycznych dokonanych przez Izbę wynika, że cena ta w ofercie przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert jedynie o 13%, natomiast od wartości zamówienia jest wyższa. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przedmiotu zamówienia nie da się wykonać za cenę zaoferowaną przez przystępującego. Argumentacja podniesiona przez odwołującego w zakresie zaniżenia kwoty pozostałej po odjęciu od ceny ofertowej kosztów wynagrodzeń pracowników sprowadza się do ogólnego i lakonicznego stwierdzenia, że kwota ta nie pokryje kosztów wskazanych przez odwołującego (kosztów szkoleń, umundurowania, sprzętu, paliwa, zysku itp.). Odwołujący nie wskazał jednak żadnego z tych kosztów. Nie przedstawił kwot, jakie – jego zdaniem – należałoby przeznaczyć na każdy ze wskazanych wydatków, nie przedstawił żadnych wyliczeń w tym zakresie ani też nie przedstawił żadnych dowodów. Nie wykazał również, jak wymienione przez niego wydatki zostały skalkulowane w cenie jego oferty. Jest to o tyle istotne, iż zakwestionowana kwota jest jedynie o około 100 tys. niższa od analogicznej kwoty w ofercie odwołującego.

W tym miejscu Izba wskazuje na argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3225/22, którą w pełni podziela i z której wynika, iż: „(…) zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (*vide*: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też, że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r., KIO 2617/18).”

Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż w rozpoznawanym przypadku zaszły przesłanki uzasadniające wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących opcji rozszerzenia zamówienia, stosownie go art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……