

WYROK
z dnia 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Świdnicy

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agopol – Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3387/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu rzecz Zamawiającego: Sądu Okręgowego w Świdnicy kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Świdnicy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Ochrona obiektów, osób i mienia Sądu Okręgowego w Świdnicy i Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich”, numer Z-2502-2/23.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 października 2023r. pod numerem 2023/BZP 00442805.

W dniu 6 listopada 2023 r. Odwołujący: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agopol – Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwanych dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 10 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp wobec podjęcia następujących czynności i zaniechań w postępowaniu:

1. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego mimo tego, że sposób obliczenia ceny jest niezgodny z warunkami zamówienia, a co za tym idzie oferta powinna podlegać odrzuceniu;

2. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy, oferta tego

wykonawcy, w tym jej istotne elementy składowe jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budżu wątpliwości, co do możliwości jej wykonania;

3.zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy cena ofertowa i jej części składowe wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budżu wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz obowiązującymi przepisami.

Odwołujący podniósł, że powyższe czynności i zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty w której kalkulacja ceny była niezgodna z warunkami zamówienia,

2.art. 224 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp - przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi,

3.art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp - przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez Konsorcjum oferta nie budzi wątpliwości, niedokonaniu rzetelnego zbadania złożonych ofert, w tym nieuwzględnieniu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem jej odrzucenia,

4.art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, która zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie zamówienia przy spełnieniu wszystkich wymogów Zamawiającego, jak chociażby zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę, jest niewykonalne, zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak i uwarunkowań rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty uznane zostały za niekonkurencyjne.

5.art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 ustawy Pzp - przez wybór oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa zgodnie z obowiązującym prawem, albowiem jest skalkulowana poniżej aktualnych kosztów pracy, a w konsekwencji:

6.art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W sytuacji, gdy Konsorcjum dokonując zaniżenia ceny ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym (co stanowi podstawę dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) doprowadził ukształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił Konsorcjum uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a co jednocześnie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez Konsorcjum. manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10 lutego 2022 r., KIO 192/22).

Mając na względzie powyższe, wnosił o:

- 1.Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty uwagi fakt, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.
- 2.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
- 3.Przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania.

Alternatywnie o

4.Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum.

5.Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum.

6.Wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty.

7.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

8.Przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z wymogami SWZ Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący w pozycji numer 6 w tabeli skalkulował dodatkowe koszty tj. obsługa szatni jako dodatkowy koszt, przy czym obsługa szatni w Opisie Przedmiotu Zamówienia jest usługą bezpośredniej ochrony osób i mienia, a więc powinien być on skalkulowany w pozycji nr 1.

Według Odwołującego - nie jest to błąd, który da się poprawić jako omyłka, więc oferta w związku z tym podlega odrzuceniu jako niezgodna z wymogami ŚWZ (art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp).

W odniesieniu do zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny i braku wezwania Przystępującego do jej wyjaśnień w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia zastrzegł, iż zgodnie z art. 95 ust 1 i 2 ustawy Pzp, z uwagi na charakter czynności wymaga aby osoby skierowane do realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów kodeksu pracy, a każda roboczogodzina musi być wypracowana przez pracownika ochrony w ramach stosunku pracy/ umowy o pracę, co tylko podkreśla, że oferowana przez Konsorcjum cena jest nierealna i rażąco niska albowiem nie spełnia wymogów związanych z minimalnym wynagrodzeniem osób pracujących na umowach o pracę; zakaz wykonywania Zamówienia przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności (z wyjątkiem pracownika szatni, co do którego nie ma takiego wymogu), co oznacza, że Konsorcjum nie mogło korzystać z dotacji z PEFRON celem obniżenia minimalnych kosztów pracodawcy w ramach realizacji Zamówienia.

Zauważył, że takie rozumienie zapisów SWZ zostało również potwierdzone w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie z dnia 17 października 2023 r, w którym Zamawiający wskazał iż: "Zamawiający informuje, że, zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Sprawiedliwości, pracownicy wykonujący usługę ochrony nie mogą posiadać statusu osoby niepełnosprawnej, tym samym Zamawiający nie wyraża zgody na odstępstwa w tym zakresie. Wspomniany wymóg nie dotyczy pracownika szatni. Informacje w tym zakresie zostały jasno i precyzyjnie określone w SWZ w Rozdziale 5 ust. 1 pkt 4b."

Według Odwołującego - powyższe zastrzeżenia mają bezpośrednie przełożenie na sposób kalkulacji ceny przez oferentów.

Odwołujący oświadczył, że weryfikując ofertę Konsorcjum zauważył nieprawidłowości dotyczące skalkulowania ceny w zakresie: ceny dotyczącej realizacji zadań grup interwencyjnych oraz ceny dotyczącej bezpośredniej ochrony osób i mienia dla Sądu rejonowego w Ząbkowicach Śląskich., co zostało szczegółowo opisane poniżej.

Odwołujący zwrócił się pisemnie do Zamawiającego w dniu 31 października 2023 r. informując o stwierdzonych nieprawidłowościach ze wskazaniem, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest rażąco niska.

Zaznaczył, że interwencja Odwołującego nie przyniosła zamierzonego skutku albowiem Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący w swoim odwołaniu zgłosił zarzut w zakresie ceny dotyczącej realizacji zadań interwencyjnych to jest wartości wskazanej w formularzu cenowym Przystępującego dotyczącym Sądu Okręgowego w Świdnicy oraz Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich w pozycji nr. 3 tj. koszty grupy interwencyjnej, gdzie skalkulowano cenę miesięczną za usługę 50,00 zł netto dla każdego z obiektów.

Wskazał, że w zakres prac Grupy Interwencyjnej wchodzi (skalkulowanej według Przystępującego jako koszt w wysokości 50,00 zł miesięcznie):

1.zapewnienie przyjazdu grupy interwencyjnej (patrolu interwencyjnego) w razie wystąpienia zagrożenia lub odebrania sygnału alarmowego , przy czym pod pojęciem „grupa interwencyjna” Zamawiający ma na myśli patrol interwencyjny, składający się z pracowników posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego

2.grupa interwencyjna Wykonawcy musi kontrolować pracowników ochrony pełniących służbę w porze nocnej (co najmniej jeden przyjazd grupy interwencyjnej w tym czasie).

3.dyspozytor lub grupa interwencyjna Wykonawcy musi utrzymywać stały kontakt telefoniczny bądź radiowy z pracownikami ochrony pełniącymi służbę na terenie sądu poza godzinami urzędowania sądu. Zamawiający przez stały kontakt telefoniczny rozumie nawiązywanie połączenia między pracownikami ochrony a dyspozytorem bądź grupą interwencyjną nie rzadziej niż 1 raz na 2 godziny pełnionej służby.

4.wykonawca musi dokumentować czas przyjazdu grupy interwencyjnej w porze nocnej, a także godziny nawiązania kontaktu telefonicznego między pracownikami ochrony, a dyspozytorem lub grupą interwencyjną (Wykonawca ma obowiązek przedstawienia tych dokumentów na wezwanie Zamawiającego).

Zwrócił również uwagę, że Opis Przedmiotu Zamówienia wymaga, aby grupa interwencyjna składała się z co najmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony, a z zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia i Opisu Przedmiotu Zamówienia wynika, iż pracownicy grupy interwencyjnej muszą kontrolować pracowników ochrony co najmniej jeden raz w nocy do każdego z obiektów oraz reagować w razie wystąpienia zagrożenia lub odebrania sygnału alarmowego.

Odwołujący wyraził pogląd, że biorąc pod uwagę średnią miesięczną ilość przyjazdów grupy interwencyjnej do obiektu tj. 30,5 miesięcznie (366 dni/12 miesięcy) bez uwzględnienia przyjazdów do wystąpienia zagrożenia lub odebrania systemu alarmowego, cena 50,00 zł netto za miesiąc realizowania tej usługi jest ceną zdecydowanie nie pokrywającą kosztów Wykonawcy.

Dalej wywodził, że dokonując wycień należy wskazać, iż: 50,00 netto / 30,5 dnia w miesiącu = 1,64 zł netto za pojedynczy podjazd grupy interwencyjnej, składającej się z dwóch pracowników (bez orzeczenia o niepełnosprawności) zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Według Odwołującego - taka cena w przeliczeniu na 1 podjazd grupy interwencyjnej nie pozwala pokryć nawet kosztów paliwa, nie mówiąc już o zatrudnieniu pracowników do realizacji tych zadań, umundurowania tych pracowników itd.

Dodatkowo, wskazał, że Przystępujący zamierza powierzyć tą część podwykonawcy, a żaden potencjalny podwykonawca nie wykona dla nikogo tego typu zadań w tak skrajnie niskiej cenie. Cena tego składnika oferty jest w skrajny sposób zaniżona i nie ma możliwości, aby w takiej cenie zrealizować to ten element przedmiotu zamówienia.

Ponadto jeden z członków konsorcjum tj. Ekotrade sp. z o.o. w innym postępowaniu sam wnosił odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w analogicznej sprawie, wskazując, iż nie da się zrealizować podjazdów grup Interwencyjnych, w tak niskich kosztach (KIO 2975/20).

Argumentował również, że opierając się na doświadczeniu Odwołującego w realizacji takich usług, że faktycznie trudno przewidzieć liczbę podjazdów interwencyjnych patrolu na każdy z obiektów, co wynika z natury tego typu usług.

Wskazał wyraźnie, iż podjazd nie polega tylko na przejechaniu samochodem patrolowym obok obiektu.

W opinii Odwołującego - celem wykonania podjazdu jest kontrola zabezpieczeń obiektu, a nie samo fizyczne przejechanie obok niego. Pracownicy ochrony muszą opuścić pojazd i dokonać dokładnej analizy zabezpieczeń obiektu, np. czy nie doszło do włamania lub uszkodzenia mienia. W przypadku spostrzeżenia śladów włamania lub uszkodzenia mienia pracownicy ochrony muszą zabezpieczyć miejsce zdarzenia przed zatarciem dowodów pozostawionych przez sprawców i powiadomić Policję. Powyższe obrazuje jak duże zaangażowanie pracowników ochrony jest niezbędne w trakcie każdego podjazdu. Dał temu wyraz również sam Zamawiający zaznaczając, że wszystkie usługi muszą być wykonywane przez osoby nie posiadające statusu osoby z niepełnosprawnościami.

Następnie, Odwołujący w swoim odwołaniu zgłosił zarzut w zakresie ceny dotyczącej bezpośredniej ochrony osób i mienia dla Sądu rejonowego w Ząbkowicach Śląskich podnosząc, że w formularzu cenowym dotyczącym Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich w pozycji nr. 1 tj. bezpośrednia ochrona mienia i osób - skalkulował cenę miesięczną za usługę w wysokości 42 730,35 netto co przy średniej ilości godzin na poziomie 1653 rbg/miesiąc, wynikających z kalendarza na rok 2024, daje stawkę za rbh 25,85 netto.

Stwierdził, że stawka ta jest niezgodna z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia, które określone jest rozporządzeniem RM z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.

Podkreślił, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. świadczenie usług w zakresie ochrony obiektów, osób i mienia Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich w okresie 12 miesięcy od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. realizowanej w formie bezpośredniej całodobowej ochrony fizycznej budynków wraz z przyległymi terenami polegających w zakresie ochrony obiektu, osób i mienia Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich, realizacja przedmiotu zamówienia polegać ma na:

1. stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych pozostających na wyposażeniu budynku Zamawiającego.

2. bezpośredniej i stałej ochrony fizycznej obiektu sądowego, położonego przy ul. Świerkowej 1 w Ząbkowicach Śląskich, w tym terenu należącego do Zamawiającego, ochrony mienia w ww. obiekcie oraz zapewnienia bezpieczeństwa osób w nim przebywających realizowanej w formie całodobowej ochrony fizycznej:

a) w dni pracy Sądu (od poniedziałku do piątku oraz we wskazane soboty) w godz. 7⁰⁰ – 16⁰⁰ przez 3 (trzech) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w miarę możliwości służbę powinni pełnić pracownicy dwóch różnych płci.

b) w każdy poniedziałek pracy Sądu w godz. 16⁰⁰ - 18⁰⁰ przez 2 (dwóch) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w miarę możliwości służbę powinni pełnić pracownicy dwóch różnych płci.

c)w pozostałych dniach i godzinach – przez 2 (dwóch) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

Odwołujący przedstawił w swoim odwołaniu tabelę ilości godzin potrzebnych do realizacji usług w ramach zamówienia, wskazując ilości roboczo-godzin w każdym miesiącu 2024 roku - średnia ilość godzin miesięcznie – 1653 h.

Zdaniem Odwołującego - biorąc po uwagę średnią ilość godzin do wypracowania w obiekcie jakiegokolwiek Wykonawca na podstawie umowy o pracę powinien zatrudnić 10 pracowników (wymagania ŚWZ i OPZ) przyznając 9,83 etatu.

Zauważył, że rozporządzenie określające wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2024 r. wskazuje, że od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł. - Od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł.

Z kolei, biorąc pod uwagę koszty pracodawcy w 2024 r. Odwołujący wskazał, że:

- Koszt pracodawcy dla 1 pełnego etatu w roku 2024 w okresie styczeń-czerwiec uwzględniający wynagrodzenie urlopowe to 5 540,90 zł, co daje odpowiednio stawkę godzinową 32,98 zł.

- Koszt pracodawcy dla 1 pełnego etatu w roku 2024 w okresie lipiec-grudzień uwzględniający wynagrodzenie urlopowe to 5 616,68 zł, co daje odpowiednio stawkę godzinową 33,43 zł.

- Koszt pracodawcy dla 1 pełnego etatu w roku 2024 w ujęciu rocznym uwzględniający wynagrodzenie urlopowe to 5 578,79 zł, co daje odpowiednio stawkę godzinową 33,20 zł.

Według Odwołującego - powyższe oznacza, że prawdopodobnie skalkulowana przez Konsorcjum kwota jest rażąco niska i nie uwzględnia nawet kosztów, które Konsorcjum będzie musiało ponieść, nie mówiąc już o jakiegokolwiek marżowości usług. Odwołujący, ani Zamawiający nie byli w stanie zweryfikować skąd tak niska cena usług zaproponowanych przez Konsorcjum albowiem Zamawiający zaniechał – mimo informacji o nieprawidłowościach – wezwania Konsorcjum do wyjaśniania oferowanej ceny.

Podkreślił, iż wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest co oczywiste nie tylko przy wynagrodzeniu kosztorysowym, ale możliwe także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, bowiem niezależnie od charakteru tego wynagrodzenia cena może być zawsze w danym sytuacji rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego - wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ofercie Konsorcjum nie jest możliwe bez poniesienia straty przez Konsorcjum. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszyłby zatem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaznaczył, że w wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że w przepisie tym jest mowa o przypadkach oczywistych, wyraźnych, bezspornych, niewątpliwych, „rzucających się w oczy” zaniżenia ceny lub kosztu. W świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych(...).

Argumentował, że ustawodawca użył również sformułowania „zamawiający żąda”, czym podkreśla, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie.

Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakiegokolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach).

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

Podniósł, że Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że samo złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie, samo w sobie stanowi już nieuczciwej konkurencji.

W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz.

1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Podsumowując, w obliczu przedstawianych wątpliwości dotyczących ceny oferty zaproponowanej przez Konsorcjum, Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia ceny, czego nie uczynił naruszając tym samym szereg przepisów ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Silesia Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agopol – Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Silesia Services sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, zwani dalej Przystępującym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 listopada 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 24 listopada 2023 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że na posiedzeniu przed Składem Orzekającym Izby Odwołujący wycofał zarzuty nr 1, 4, 5, 6. Pozostały zatem do rozpoznania zarzuty nr 2 i 3 odwołania.

Przechodząc do rozpoznania odwołania w przedmiotowej sprawie, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.224 ust. 1, 4, 5 ustawy Pzp w związku z art.16 i art.224 ust.1, art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art.16 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do żądania wyjaśnienia zaoferowanej przez Przystępującego ceny oferty w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do kosztów grupy interwencyjnej i kosztów bezpośredniej ochrony mienia i osób Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosiła 1 615 076, 81 zł, co potwierdza informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z dnia 25 października 2023 r.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 1 601 675, 52 zł brutto, Przystępujący z ceną 1 369 905, 24 złotych brutto.

Ustalono również, że Zamawiający przewidział na gruncie SWZ formularz cenowy – kosztorys załącznik nr 3a do SWZ, który wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą, gdzie mieli oni zadeklarować poszczególne koszty jednostkowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Izba zwróciła uwagę, że Przystępujący składając przedmiotowy formularz pod l.p. nr 2 wpisał ceny netto za 1 miesiąc w wysokości 50 zł jako koszty grupy interwencyjnej, a pod l.p. 1 także cenę netto za 1 miesiąc za bezpośrednią ochronę mienia i osób Sądu Okręgowego w Ząbkowicach Śląskich w wysokości 42 730, 35 zł.

Izba ustaliła również, że w części 2 pkt I.1 załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający postanowił, że Wykonawca zapewnia pozostałą ochronę to jest zakresie ochrony obiektów, osób i mienia Sądu Okręgowego w Świdnicy zapewnienie przyjazdu grupy interwencyjnej (patrolu interwencyjnego) w razie wystąpienia zagrożenia lub odebrania sygnału alarmowego, zaś w części 2 pkt II.1 załącznika nr 1 do SWZ w zakresie ochrony obiektu, osób i mienia Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich wymagał zapewnienia przyjazdu grupy interwencyjnej (patrolu interwencyjnego) w razie wystąpienia zagrożenia.

Izba również wzięła pod uwagę postanowienia części 9 załącznika nr 1 SWZ, o następującej treści:

Obowiązki Wykonawcy w czasie pełnienia służby poza godzinami urzędowania Sądu:

1. Grupa interwencyjna Wykonawcy musi kontrolować pracowników ochrony pełniących służbę w porze nocnej (co najmniej jeden przyjazd grupy interwencyjnej w tym czasie).

2. Dyspozytor lub grupa interwencyjna Wykonawcy musi utrzymywać stały kontakt telefoniczny bądź radiowy z pracownikami ochrony pełniącymi służbę na terenie sądu poza godzinami urzędowania sądu. Zamawiający przez stały

kontakt telefoniczny rozumie nawiązywanie połączenia między pracownikami ochrony a dyspozytorem bądź grupą interwencyjną nie rzadziej niż 1 raz na 2 godziny pełnionej służby.

3. Wykonawca musi dokumentować czas przyjazdu grupy interwencyjnej w porze nocnej, a także godziny nawiązania kontaktu telefonicznego między pracownikami ochrony, a dyspozytorem lub grupą interwencyjną (Wykonawca ma obowiązek przedstawienia tych dokumentów na wezwanie Zamawiającego).

Ostatecznie Izba uwzględniła również postanowienia pkt II części I SWZ, o następującej treści: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie ochrony obiektów, osób i mienia Sądu Okręgowego w Świdnicy i Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich w okresie 12 miesięcy od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. realizowanej w formie bezpośredniej całodobowej ochrony fizycznej budynków wraz z przyległymi terenami polegających na w zakresie ochrony obiektu, osób i mienia Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich:

1) stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych pozostających na wyposażeniu budynku Zamawiającego.

2) bezpośredniej i stałej ochrony fizycznej obiektu sądowego, położonego przy ul. Świerkowej 1 w Ząbkowicach Śląskich, w tym terenu należącego do Zamawiającego, ochrony mienia w ww. obiekcie oraz zapewnienia bezpieczeństwa osób w nim przebywających realizowanej w formie całodobowej ochrony fizycznej

a) w dni pracy Sądu (od poniedziałku do piątku oraz we wskazane soboty) w godz. 7⁰⁰ – 16⁰⁰ przez 3 (trzech) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w miarę możliwości służbę powinni pełnić pracownicy dwóch różnych płci.

b) w każdy poniedziałek pracy Sądu w godz. 16⁰⁰ - 18⁰⁰ przez 2 (dwóch) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w miarę możliwości służbę powinni pełnić pracownicy dwóch różnych płci.

c) w pozostałych dniach i godzinach – przez 2 (dwóch) pracowników ochrony wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

Opierając się o powyższy materiał dokumentacyjny, Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania są oczywiście bezzasadne.

Wymaga wskazania, że stosownie do art. 224 ust.1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Natomiast art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Bezsporny w przedmiotowej sprawie jest fakt, że nie wystąpiło przekroczenie progu procentowego, o którym mowa w powołanym wyżej art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, a zresztą Odwołujący zarzutu opartego o ten przepis nie zgłosił.

Wobec tego ocena przedmiotowej sprawy ogniskuje się wokół art.224 ust.1 ustawy Pzp, przy czym z racji zajętego w rozpoznawanej sprawie stanowiska Zamawiającego zaoferowana przez Odwołującego cena i sporne koszty nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a zatem w tym względzie przepis ten nie mógł mieć zastosowania.

Nadto, co nie zostało przez Odwołującego podważone istotne jest oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie dotyczące kosztów grupy interwencyjnej, że „(...)w obecnie realizowanej umowie takie interwencje nie miały miejsca ani razu.(...), co oznacza, że obowiązek ten ma charakter wyjątkowy i w zasadzie nie pociąga on za sobą żadnych istotnych kosztów, co znalazło odzwierciedlenie w wycenionych przez Przystępującego miesięcznych kosztach na poziomie 50 zł netto.

Jednocześnie taka wiedza i doświadczenie Zamawiającego nie mogła doprowadzić do wniosku, że koszt ten mógłby wydawać się rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że w odniesieniu do zarzutu związanego z kosztami grupy interwencyjnej

powołane wyżej postanowienia załącznika nr 1 do SWZ w sposób jednoznaczny wskazują, że działania wykonawców mogą nastąpić jedynie w razie wystąpienia zagrożenia lub odebrania sygnału alarmowego i tylko w takim przypadku uzasadniony jest przynajmniej jeden przyjazd grupy interwencyjnej wraz kontrolą pracowników znajdujących się w obiekcie danego sądu.

Jednocześnie jeżeli nie zachodzą powyższe sytuacje, to nie ma podstawy do uruchomienia patrolu interwencyjnego, a w takim przypadku nie ma również kosztów, które uzasadniałyby ich odpowiednio wyższy poziom.

Izba reprezentuje pogląd, że jeżeli ilość przyjazdów wykonawcy w ramach grupy interwencyjnej nie została przez Zamawiającego określona w dokumentach zamówienia, to wysokość tych kosztów wykonawcy mogą ustalać na zasadzie ryzyka w oparciu o własne doświadczenie w tym względzie podobnie, jak to ma miejsce przy ustalaniu wysokości składek ubezpieczeń komunikacyjnych.

Niezależnie od powyższego Izba również uwzględniła przedłożone przez Przystępującego dowody z kopii zanonimizowanych umów wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. (umowa z dnia 10 stycznia 2020 r., 14 marca 2022 r., 24 października 2022 r.) potwierdzające realność i rynkowość kosztów podejmowania interwencji na poziomie od 50 do 60 złotych netto miesięcznie.

Ostatecznie, podkreślenia wymaga, że obecnie Przystępujący wykonuje tożsamą umowę na rzecz Zamawiającego ze stawką 50 zł netto z tytułu kosztów grup interwencyjnych za miesiąc, czego nie zakwestionował Odwołujący.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego ceny bezpośredniej ochrony osób i mienia dla Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich Izba uznała, że Odwołujący nie dowiódł, że Przystępujący zaoferował stawki poniżej minimalnego wynagrodzenia 2024 r.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Przystępującego, że Odwołujący nie przedstawił stosownej kalkulacji minimalnego kosztu zatrudnienia pracownika i nie wykazał, że właściwa powinna być stawka godzinowa w wysokości 33, 20 zł.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podważał również wyводу Przystępującego z pisma procesowego z dnia 24 listopada 2023 r. podnoszącego okoliczność powoływania się przez Odwołującego na stawki godzinowe wynagrodzenia zleceniobiorcy z umowy cywilnoprawnej, podczas gdy właściwa jest stawka wynagrodzenia pracownika z umowy o pracę, bowiem Zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę.

W związku z powyższym stanowiskiem - według zapatrywania Izby – Zamawiający nie był zobowiązany do działania w granicach przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp i wezwania Przystępującego do wyjaśnienia poszczególnych kosztów w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jeżeli zaś po stronie Zamawiającego w tej sprawie brak było obowiązku wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to tym bardziej nie mógł on odrzucić oferty Przystępującego w myśl przepisu art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją powyższych wniosków, a także w następstwie braku udowodnienia przez Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest niewiarygodna, nierealna, poniżej kosztów świadczenia musi być przyjęcie poglądu, że jego oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba uznała również za bezzasadny zarzut odwołania oparty między innymi o przepis art.16 ustawy Pzp, gdzie Odwołujący stwierdził, że została złamana zasada równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:.....