

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023r. **przez odwołującego:** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B , NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów ul. Paderewskiego 34w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Sąd Rejonowy w Pszczynie 43-200 Pszczyna, ul. Bogedaina 14

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. 95-080 Kruszów ul. Trybunalska 21MAXUS Sp. z o.o. 93-408 Łódź ul. 3 Maja 64/66 N zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Konsorcjum: „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B , NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów ul. Paderewskiego 34 i: zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Konsorcjum: „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B , NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów ul. Paderewskiego 34 tytułem wpisu od odwołania

zasądza **od odwołującego:** Konsorcjum: „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B , NOVIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 41-500 Chorzów ul. Paderewskiego 34 kwotę 3 965 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Sąd Rejonowy w Pszczynie 43-200 Pszczyna, ul. Bogedaina 14, stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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

Odwołanie

Przedmiot zamówienia

„Ochrona osób i mienia Sądu Rejonowego w Pszczynie oraz odbiór, ochrona i konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych”, nr postępowania SG 3501-32/23. Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: Ogłoszenie nr 2023/BZP 00252643 z 7 czerwca 2023 r.

Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy

1.Badanie i ocena ofert,

2.Wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. oraz wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o. do uzupełnienia informacji, których nie podali w terminie odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny,

3.Zaniechanie wezwania wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia,

4. Wybór oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

5. Zaniechanie odrzucenia ofert złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o.,

6. Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o.

Zarzuty odwołania

W imieniu Odwołujących zarzucam, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych:

1. art. 226 ust.1 pkt 5), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art.17 ust.2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

2. art. 226 ust.1 pkt 10), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy wyłącznie z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2023 r. i z pominięciem przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

3. art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca, wezwany do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnił w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

4. art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawca nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

5. art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 218 ust. 1, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca zaoferował dwie różne ceny za wykonanie zamówienia,

6. art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie uwzględnili w kalkulacji ceny w całości przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

7. art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz art. 16 pkt 1) i 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy z uwzględnieniem tylko części przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

8. art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6 oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że wykonawcy, wezwani do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnili w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

9. art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wezwanie wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawcy nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia

ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

10. art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie dołączyli do oferty kalkulacji własnej ceny,

11. art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wybór oferty Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia,

12. art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o.,
4. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o.,
5. ewentualnie - jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna za przedwczesne żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. - wezwania tego wykonawcy uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, oraz o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołujących kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest ochrona osób i mienia Sądu Rejonowego w Pszczynie oraz odbiór, ochrona i konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych, nr postępowania SG 3501- 32/23.

Dokumentacja postępowania została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania pod adresem <https://ezamowienia.gov.pl/pl/>

Zgodnie z rozdziałem XVI Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ” lub „specyfikacją”), kryteriami oceny ofert są cena (60%) oraz doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia (40%). Termin składania ofert upłynął w dniu 16 czerwca 2023 r.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o., zwany dalej również „A.”, z ceną w wysokości 1 361 344,32 zł,
- 2) MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., zwane dalej również „Konsorcjum MM”, z ceną wysokości 1 378 303,56 zł,
- 3) Odwołujący z ceną w wysokości 1 456 074,00 zł,
- 4) Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. i Vigor Security Sp. z o.o. z ceną w wysokości 1 618 295,28 zł.

Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 536 000,00 zł brutto.

W dniu 19 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. Wszyscy wykonawcy uzyskali po 40 punktów w kryterium doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia. Zamawiający poinformował również, że nie odrzucił żadnej oferty.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na przedstawione poniżej okoliczności, wybór oferty A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert A. i Konsorcjum MM nastąpiły z naruszeniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „PZP”).

Zarzuty dotyczące braku uwzględnienia przez A. i Konsorcjum MM w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024.

Zamawiający wymaga, aby wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia wykonywali wyłącznie pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę - każda roboczogodzina musi być wypracowana przez pracownika ochrony w ramach stosunku pracy/umowy o pracę (rozdział III punkt 10 SWZ, rozdział IV punkty 9 i 10 SWZ, § 4 ust. 11 wzoru umowy).

Zgodnie z punktem 2 w Rozdziale XIV SWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), koszty pracy powinny być skalkulowane z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu obowiązujących w danym roku kalendarzowym oraz w przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024.

Zamówienie będzie wykonywane przez 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 31 lipca 2023 r. do 31 lipca 2024 r. (rozdział V SWZ). Zamawiający nie przewidział zatem w postanowieniach umowy możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie przepisu art. 436 pkt 4) lit. b) PZP. Dopuszczył jedynie waloryzację wynagrodzenia stosownie do przepisu art. 439 PZP, tj. w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, na podstawie kwartalnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (§ 5 ust. 12 - 23 wzoru umowy).

Pismami z 19 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców, w tym A. oraz Konsorcjum MM, na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłożenia kalkulacji szczegółowej ceny oferty, zawierającej w szczególności wskazanie:

- liczby etatów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia,
- kosztów wynagrodzeń,
- pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że „Umowa na usługi ochrony będzie obejmowała 12 miesięcy, z czego 5 miesięcy w roku 2023 oraz 7 miesięcy w roku 2024. W celu wyceny wysokości kosztów wynagrodzenia pracowników Wykonawca winien rozważyć prognozy wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę na rok 2024”.

Podstawę powyższych wezwań stanowił przepis art. 224 ust. 1 PZP. Skierowanie takiego wezwania skutkuje powstaniem domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Ciężar udowodnienia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa w takim wypadku na wykonawcy (art. 224 ust. 5 PZP), co również podkreślił Zamawiający w wezwaniach.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie A. przedstawił kalkulację zaoferowanej ceny oraz podał, iż kalkulacja ta odnosi się do stanu prawnego istniejącego w chwili sporządzenia odpowiedzi. A. przyjął bowiem do kalkulacji minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto w wysokości 3 600 zł, obowiązujące w 2023 r., wyjaśniając, że na dzień 21 czerwca 2023 r. (data udzielenia wyjaśnień) nie ma obowiązujących przepisów prawa, które wskazywałyby, że w 2024 r. zmianie ulegnie wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę; nie ma zatem pewności, iż zmiana wynagrodzenia nastąpi i w jakiej wysokości. W ocenie A. ustawa PZP „w żaden sposób nie daje zamawiającemu uprawnień do nałożenia obowiązku sporządzania prognoz kształtowania się cen materiałów, usług, wynagrodzeń za pracę czy innych składników ceny w oparciu o nieistniejące wartości.”

Konsorcjum MM również przedstawiło kalkulację ceny. Wykonawca ten wskazał, iż „Zamawiający w treści umowy nie przewidział możliwości zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, lecz przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów niezbędnych do jego realizacji”. Konsorcjum MM podało ponadto, iż minimalne wynagrodzenie obowiązujące w dniu składania ofert wynosi 3 600 zł oraz że nie jest mu znana wysokość wynagrodzenia obowiązująca w 2024 r., niemniej jednak ujęło w cenie oferty ryzyko z tym związane, które oszacowało na poziomie 10%.

A. oraz Konsorcjum MM zaoferowali zatem cenę, która została skalkulowana w sposób sprzeczny z postanowieniami SWZ, oraz która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Postanowienie punktu 2 w Rozdziale XIV SWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) zobowiązywało wykonawców do skalkulowania kosztów pracy z uwzględnieniem przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024. Wykonawcy nie wnosili odwołań wobec tego postanowienia do Krajowej Izby Odwoławczej oraz nie składali wniosków o wyjaśnienie tego postanowienia do Zamawiającego. Postanowienie to jest zatem jasne. Wykonawcy powinni się do niego zastosować na etapie przygotowywania oferty, a Zamawiający miał obowiązek ocenić oferty również pod kątem zgodności treści ofert z treścią tego postanowienia.

Wbrew twierdzeniom A. wysokość minimalnego wynagrodzenia zmienia się co roku, a zmiana ta następuje w ustawowo określonej procedurze w ściśle określonych terminach.

Ustawa z 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu gwarantuje bowiem coroczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, którego wysokość zależy od wskaźnika cen. Wysokość minimalnego wynagrodzenia jest corocznie przedmiotem negocjacji w ramach Rady Dialogu Społecznego (art. 2 ust. 1 ustawy).

Rada Ministrów, w terminie do dnia 15 czerwca każdego roku, przedstawia Radzie Dialogu Społecznego propozycję minimalnego wynagrodzenia za pracę celem uzgodnienia jego wysokości. Jeżeli Rada Dialogu Społecznego nie uzgodni wysokości minimalnego wynagrodzenia w terminie 30 dni od otrzymania tej propozycji, Rada Ministrów ustala, w drodze rozporządzenia, w terminie do dnia 15 września każdego roku, wysokość minimalnego wynagrodzenia w roku następnym, przy czym nie może ono być niższe od propozycji przedstawionej Radzie Dialogu Społecznego (art. 2 ust. 3 i 5 ustawy).

W dacie, w której upłynął termin składania ofert (16 czerwca 2023 r.), znana już była propozycja Rady Ministrów - oficjalny komunikat w tej sprawie został opublikowany w dniu 13 czerwca 2023 r. na stronie internetowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów pod adresem:

<https://www.gov.pl/web/premier/popozvcia-wvsokosci-minimalnego-wynagrodzenia-za-prace-oraz-minimalnei-stawki-godzinowej-w-2024-r>

Rada Ministrów zaproponowała wynagrodzenie minimalne w wysokości 4 242 zł w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. oraz w wysokości 4 300 zł w okresie od 1 lipca do 31 grudnia 2024 r. Oznacza to wzrost odpowiednio o 642 zł (17,83%) i 700 zł (19,44%) w stosunku do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującego w terminie składania ofert.

Powyższy komunikat nie stanowił „doniesienia medialnego”, o którym wspominało w wyjaśnieniach Konsorcjum MM, ale oficjalny komunikat o „decyzji” podjętej przez organ kompetentny do ustalenia minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawcy, biorący udział w przetargu, powinni byli i mogli uwzględnić w całości wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę zaproponowaną Radzie Dialogu Społecznego przez Radę Ministrów. Przede wszystkim zobowiązywały ich do tego postanowienia SWZ. Wykonawcy jako profesjonalści mogli z łatwością ustalić treść tej propozycji, ponieważ była ona ogólnie dostępna na 3 dni przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto, biorąc pod uwagę treść przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz praktykę stosowania tej ustawy przez ostatnie kilkanaście lat, oczywistym było, iż wynagrodzenie minimalne w 2024 r. nie będzie niższe niż propozycja Rady Ministrów.

Uprowadzając ewentualne twierdzenia Zamawiającego, wskazuję, że wynagrodzenie wykonawców nie może zostać zwaloryzowane z powodu wzrostu minimalnego wynagrodzenia, który nastąpi od 1 stycznia 2024 r., na podstawie postanowień § 5 ust. 12 - 23 wzoru umowy, ponieważ:

-przesłanki waloryzacji nie mogą stanowić okoliczności, które wykonawcy, stosownie do postanowień SWZ, byli zobowiązani uwzględnić przy kalkulacji ceny (tj. przewidywana wysokość wynagrodzenia minimalnego w 2024),

-podstawę prawną wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej do umowy stanowi przepis art. 439 PZP, a nie przepis art. 436 pkt 4) lit. b) PZP; klauzula waloryzacyjna zawarta w umowie nie obejmuje zatem zmian wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę,

-przesłanką waloryzacji z § 15 ust. 12 - 23 jest wynosząca co najmniej 5% zmiana kwartalnego wskaźnika GUS cen towarów i usług konsumpcyjnych za dwa kwartały, a nie zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę,

-wykonawca wnioskujący o waloryzację wynagrodzenia zobowiązany jest udowodnić wpływ takiej zmiany cen na koszt realizacji zamówienia (§ 15 ust. 19- 20 wzoru umowy) - wykazanie tego wpływu nie będzie możliwe, skoro przyczyną zmiany kosztów realizacji zamówienia będzie zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę, a nie zmiana cen towarów i

usług konsumpcyjnych.

Zarówno A., jak i Konsorcjum MM nie spełnili wymogu określonego w punkcie XIV.2 SWZ. A. nie uwzględnił bowiem w kalkulacji ceny w ogóle wysokości przewidywanego minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. Natomiast MM kalkulując cenę założył 10% wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, mimo że wzrost ten będzie wynosił co najmniej 17,83% od 1 stycznia 2024 r. i 19,44% od 1 lipca 2024 r. Treść ofert tych wykonawców jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto nieuwzględnienie przewidywanej wysokości minimalnego wynagrodzenia w 2024 r. stanowi błąd w obliczeniu ceny. Oferty A. oraz Konsorcjum MM podlegają zatem odrzuceniu na podstawie przepisów art. 223 ust. 1 pkt 5) i 10) PZP.

Wskutek zaniechania uwzględnienia w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024 ceny ofert A. i Konsorcjum MM są niedoszacowane oraz nie pokrywają kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami, w szczególności przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Niedoszacowanie kosztów samego minimalnego wynagrodzenia w ofercie A. w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 lipca 2024 r. wynosi:

-dla 1 etatu w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. - 642 zł miesięcznie oraz 3 852 zł za 6 miesięcy,

-dla 1 etatu w lipcu 2024 r. - 700 zł,

- niedoszacowanie łączne w 2024 r. dla 1 etatu - 4 552 zł,

- niedoszacowanie łączne w 2024 r. dla 17 etatów - 77 384 zł.

Do kwoty 77 384 zł należy doliczyć dodatek za pracę w porze nocnej, składki na ubezpieczenia finansowane przez pracodawcę, koszty urlopów i nieobecności z powodu chorób. W rzeczywistości zatem niedoszacowanie to jest o wiele wyższe.

W przypadku oferty Konsorcjum MM niedoszacowanie kosztów samego minimalnego wynagrodzenia w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 lipca 2024 r. wynosi:

-dla 1 etatu w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. - 282 zł miesięcznie oraz 1 692 zł za 6 miesięcy,

-dla 1 etatu w lipcu 2024 r. - 340 zł,

-niedoszacowanie łączne w 2024 r. dla 1 etatu - 2 032 zł,

-niedoszacowanie łączne w 2024 r. dla 17,436 etat - 35 429,95 zł.

Również w tym wypadku do kwoty 35 429,95 zł należy doliczyć dodatek za pracę w porze nocnej, składki na ubezpieczenia finansowane przez pracodawcę, koszty urlopów i nieobecności z powodu chorób.

Powyższe niedoszacowanie kosztów pracy nie może zostać sfinansowane z zysku zakładanego przez wykonawców (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 901/23). Ponadto kwoty zysku nie są wystarczające do pokrycia tych niedoborów. Konsorcjum MM założyło bowiem zysk w wysokości 6.025,50 zł. Natomiast wyjaśnienie A. wynika, iż zysk wynosi 57 205 zł (różnica między ceną oferty bez podatku VAT w kwocie 1 106 784 zł i kosztem wynagrodzeń w kwocie 1 049 579 zł, stanowiącym iloczyn podanego przez A. kosztu 1 roboczogodziny w wysokości 29,86 zł i 35 150 godzin świadczenia usług).

Ceny zaoferowane przez tych wykonawców nie mogą ponadto zostać zwaloryzowane z powodu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę na podstawie postanowień umowy z przyczyn wskazanych powyżej. Gdyby nawet waloryzacja była dopuszczalna, to może ona nastąpić dopiero po 6 miesiącach od daty zawarcia umowy (§ 5 ust. 17 wzoru umowy). W styczniu 2024 r. (szósty miesiąc realizacji umowy) wynagrodzenie zaoferowane przez wykonawców nie pokryje kosztów pracy, będzie zatem rażąco niskie.

Ponadto w kalkulacji własnej przedłożonej przez A. wraz z ofertą A. przedstawił koszty realizacji zamówienia w wysokości 1 130 144,63 zł - koszty te są wyższe niż cena netto podana w formularzu kalkulacji cenowej (1 106 784 zł, czyli iloczyn 12 miesięcy i ceny netto za jeden miesiąc w wysokości 92 232 zł). Dodatkowo potwierdza to, iż cena zaoferowana przez A. nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia.

Oferty A. i Konsorcjum MM powinny zostać odrzucone na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 5 i ust. 6 PZP. Wykonawcy ci, wezwani do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, nie udowodnili w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Ponadto z udzielonych przez nich wyjaśnień wynika, iż zaoferowane ceny nie pokrywają wszystkich kosztów realizacji zamówienia, zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i z przepisami, czyli są rażąco niskie.

Wybór oferty A. jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez A. i Konsorcjum MM, mimo że treść tych ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, a wykonawcy ci złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę, prowadzi do stosowania różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP) oraz w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 PZP). Dodatkowo w przypadku A. prowadzi to do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie powinien zostać wybrany, ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu (art. 17 ust. 2 PZP). Zarzuty naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 PZP są zatem również uzasadnione.

Zarzuty dotyczące braku podania przez A. i Konsorcjum MM liczby etatów przewidzianych do realizacji zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego

Pismami z 19 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał A. oraz Konsorcjum MM, na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, m.in. do wskazania liczby etatów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zarówno A., jak i Konsorcjum MM, nie podali w wyjaśnieniach liczby etatów przewidzianych do realizacji zamówienia, której podania żądał Zamawiający. Bez tej informacji nie jest możliwe ustalenie, czy zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia.

Pismami z 23 czerwca 2023 r., działając w trybie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, Zamawiający wezwał A. oraz Konsorcjum MM do uzupełnienia powyższych informacji.

W odpowiedzi A. podał, iż zamierza zatrudnić 17 osób. Natomiast Konsorcjum MM oświadczyło, że przewiduje 17,436 etatu do realizacji zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje takie żądanie, jest wyjaśnienie tych kwestii, o które zamawiający pytał w terminie wyznaczonym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a zamawiający ma obowiązek ocenić, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi na pytania, które zadał. Wyjaśnienia, które nie udzielają odpowiedzi na konkretne pytanie dotyczące istotnego elementu składowego ceny nie mogą być uznane za eliminujące wątpliwości co do ceny oferty (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 778/23).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma przedstawić wymagane informacje w terminie określonym w wezwaniu.

Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 901/23). Kolejne wezwanie może zatem dotyczyć jedynie dodatkowych kwestii, które nie były wskazane w pierwszym wezwaniu. Wezwanie do uzupełniania informacji, których Zamawiający żądał w pierwszym wezwaniu, stanowi dla wykonawcy dodatkową szansę na wyjaśnienie ceny, narusza zatem zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (art. 16 PZP).

Przepis art. 128 ust. 1 PZP nie ma zastosowania w takiej sytuacji. Przepis ten ma bowiem zastosowanie do dokumentów służących do kwalifikacji podmiotowej wykonawców, na co wskazuje jego usytuowanie w PZP, a nie do oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny uregulowanej w art. 224 PZP.

Wezwania z 23 czerwca 2023 r., które Zamawiający wystosował na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, do A. i Konsorcjum MM, zostały dokonane z naruszeniem przepisów PZP, a tym samym dokonane na ich podstawie uzupełnienia nie mogą wywierać skutków prawnych.

Skoro wykonawcy A. i Konsorcjum MM Service nie podali Zamawiającemu wszystkich żądanych przez niego informacji w pierwotnie wyznaczonym terminie, to nie udowodnili, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. Oferty A. i Konsorcjum MM powinny zostać odrzucone z tego powodu na podstawie art. 224 ust. 6 PZP.

Zaniechanie odrzucenia ofert A. i Konsorcjum MM prowadzi do stosowania różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP) oraz w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 PZP). Dodatkowo w przypadku A. prowadzi to do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie powinien zostać wybrany, ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu (art. 17 ust. 2 PZP). Zarzuty naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 PZP również w tym zakresie są uzasadnione.

Zarzuty dotyczące kalkulacji własnej ceny oferty załączonej do oferty A.

Zgodnie z punktem 1 w rozdziale VIII SWZ i punktem 9 w rozdziale XII SWZ wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty m.in.:

-formularz kalkulacji cenowej oferty (załącznik nr 1 do SWZ),

-kalkulację własną ceny oferty.

Powyższe dokumenty stanowią część oferty w znaczeniu ścisłym (oświadczenie woli), określają bowiem cenę oferowaną przez wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia i sposób jej kalkulacji, lub przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu przepisu art. 7 pkt 20) PZP, mają bowiem potwierdzić, że kalkulacja ceny uwzględnia wymagania związane z realizacją zamówienia.

Kwalifikacji tej nie zmienia fakt, że Zamawiający wymienił te dokumenty m.in. w rozdziale VIII SWZ, dotyczącym podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te w sposób oczywisty nie stanowią podmiotowych środków dowodowych (zdefiniowanych art. 7 pkt 17 PZP), nie służą bowiem potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziałach VI i VII SWZ.

A. załączył do oferty zarówno formularz kalkulacji cenowej oferty (załącznik nr 1 do SWZ), jak i kalkulację własną ceny oferty. Zgodnie z formularzem kalkulacji cenowej oferty (załącznik nr 1 do SWZ) A. zaoferował wykonanie zamówienia za 1 361 344,32 zł brutto. Natomiast zgodnie z kalkulacją własną cena łącznie w całym okresie umowy wynosi 1 130 144,63 zł, co po dodaniu podatku VAT daje kwotę 1 390 077,89 zł.

A. zaoferował zatem dwie różne ceny za wykonanie tego samego zamówienia: 1 361 344,32 zł i 1 390 077,89 zł. Stanowi to podstawę odrzucenia oferty A. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP w związku z art. 218 ust. 1 PZP. Zaoferowanie dwóch różnych cen stanowi bowiem w istocie złożenie dwóch różnych ofert, z których każda podlega odrzuceniu.

Błędu A. nie można poprawić w trybie art. 223 ust. 1 PZP lub art. 223 ust. 2 PZP. Zamawiający nie jest bowiem w stanie samodzielnie ustalić na podstawie treści oferty, która z dwóch cen jest właściwa, musiałby zatem podjąć negocjacje z wykonawcą w celu ustalenia tej okoliczności, co jest niedopuszczalne.

Zaniechanie odrzucenia oferty A. z tego powodu prowadzi do stosowania różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP) i w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 PZP) oraz do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie powinien zostać wybrany (art. 17 ust. 2 PZP).

Zarzuty dotyczące braku kalkulacji własnej w ofercie Konsorcjum MM

Konsorcjum MM złożyło formularz kalkulacji cenowej oferty (załącznik nr 1 do SWZ), nie złożyło natomiast kalkulacji własnej ceny oferty, wymaganej przez Zamawiającego postanowieniami punktów 1 w rozdziale VIII SWZ i 9 w rozdziale XII.

Braku kalkulacji własnej nie można w żaden sposób sanować. Jak wskazano już powyżej kalkulacja własna ceny oferty stanowi część oferty w sensie ścisłym lub przedmiotowy środek dowodowy; nie stanowi natomiast podmiotowego środka dowodowego, który podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 PZP, a oferty w sensie ścisłym nie można uzupełniać, wiązałoby się to bowiem z jej zmianą zakazaną stosownie do art. 223 ust. 1 PZP.

Oferta Konsorcjum MM podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MM z tego powodu prowadzi do stosowania różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP) i w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 PZP).

Zarzuty dotyczące braku wykazania przez A. spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia

W punkcie VI.1.4.1 SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegający w wykonaniu co najmniej trzech usług całodobowej ochrony osób i mienia budynków

użyteczności publicznej.

Budynek użyteczności publicznej został zdefiniowany w punkcie VI.1.4.1. SWZ pod lit. b) jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług oraz dowodów, określających czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (rozdział VIII punkt 2.3.1 SWZ).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 PZP, A. przedstawił wymagane dokumenty, potwierdzające, że A. świadczy usługi ochrony osób i mienia na zlecenie Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Tychach, CHEMET SA w Tarnowskich Górach oraz Master Odpady i Energia Sp. z o.o.

Zarówno z wykazu usług, jak i załączonych do niego referencji nie wynika jednak, że usługi te polegały na ochronie budynków użyteczności publicznej.

Zamawiający przedwcześnie uznał zatem, że A. wykazał spełnianie warunku w zakresie doświadczenia

Wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał dotychczas spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia narusza przepisy art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, a zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych narusza przepisy art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 PZP.

Wnoszę zatem o uwzględnienie odwołania w całości.

Przesłanki odwołania określone w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wobec wskazanych na wstępie czynności i zaniechań Zamawiającego. Oferta Odwołującego jest bowiem trzecia w kolejności w rankingu złożonych ofert, po ofertach A. oraz Konsorcjum MM. W przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert A. i Konsorcjum MM. Wybór oferty A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert A. i Konsorcjum MM nastąpiły z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów ustawy PZP. W wyniku tych naruszeń Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia. Spełnione są zatem przesłanki wniesienia odwołania określone w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Termin do wniesienia odwołania

Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty A. jako najkorzystniejszej w dniu 19 lipca 2023 r. 5-dniowy termin na wniesienie odwołania określony w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP został zatem zachowany.

Odpowiedź na odwołanie

Na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2022 poz. 1710) - dalej jako Pzp w imieniu Zamawiającego, wnoszę w wykonaniu wezwania Izby z dnia 01.08.2023r., odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 24 lipca 2023r., wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego od czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz od czynności i zaniechań podjętych w trakcie prowadzenia postępowania.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i o przyznanie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów spowodowanych wniesieniem odwołania, uznając wszelkie zarzuty postawione w odwołaniu, w całości za bezpodstawne, i ponadto oświadcza, że dochował wszelkiej możliwej staranności przygotowując oraz przeprowadzając niniejsze postępowanie w na podstawie art. 359 pkt 2 w zw. z art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) pn.: „Ochrona osób i mienia Sądu Rejonowego w Pszczynie oraz odbiór, ochrona i konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych”.

Ponadto Zamawiający wnosi o dopuszczenie dowodów z dokumentów, wymienionych w treści odpowiedzi na odwołanie, przedstawianych na posiedzeniu KIO oraz w załączniku odpowiedzi na odwołanie, powołanych dla wykazania faktów, na podstawie których Zamawiający podjął konkretne czynności w postępowaniu oraz które dowodzą, że Odwołujący wywiódł zarzuty, nie znajdujące uzasadnienia faktycznego ani prawnego.

Zamawiający poniżej odniesie się do kolejno podnoszonych zarzutów z odwołania, z zaznaczeniem, że w odniesieniu do niektórych zarzutów w związku z ich powtarzalnością i tożsamością merytoryczną, argumentacja Zamawiającego będzie przedstawiona zbiorczo do wymienionych grup zarzutów.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie następujących nieprawidłowych czynności oraz zaniechań i naruszenie tym samych następujących przepisów Ustawy PZP:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

2.art. 226 ust. 1 pkt 10), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy wyłącznie z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2023 r. i z pominięciem przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

3.art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca, wezwany do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnił w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

4.art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawca nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

5.art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 218 ust. 1, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca zaoferował dwie różne ceny za wykonanie zamówienia,

6.art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie uwzględnili w kalkulacji ceny w całości przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

7.art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz art. 16 pkt 1) i 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy z uwzględnieniem tylko części przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

8.art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6 oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że wykonawcy, wezwani do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnili w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

9.art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wezwanie wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawcy nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

10.art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie dołączyli do oferty kalkulacji własnej ceny,

11. art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez wybór oferty Agencja

Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia,

12. art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Ad. 1 Zarzuty dotyczące braku uwzględnienia przez A. i Konsorcjum MM w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024; Zarzuty dotyczące kalkulacji własnej ceny oferty załączonej do oferty A. niezgodności ofert Wykonawcy A. i Wykonawcy Konsorcjum MM z warunkami zamówienia; zarzut błędu w obliczeniu ceny w obu oprotestowanych ofertach;

Zamawiający prezentuje zbiorczą odpowiedź na zarzuty, skierowane pod adresem obu Wykonawców, których dotyczy odwołanie z uwagi na tożsamość zarzutów oraz wspólną argumentację Odwołującego.

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że postawione zarzuty nie mają pokrycia w dokumentach postępowania również przekazanych Odwołującemu na jego wniosek tj. ofercie Wykonawcy Wybranego oraz złożonych wyjaśnieniach.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ Formularz ofertowy Wykonawcy zobowiązani byli przedstawić kolejno następujące dane cenowe: - Cena netto za jeden miesiąc świadczenia usługi - Cena brutto za jeden miesiąc świadczenia usługi - Wartość brutto za 12 miesięcy świadczenia usługi.

Miesięczna kwota wskazana zatem w formularzu ofertowym musiała zostać uśredniona dla całego okresu wykonywania umowy z uwagi na fakt, że jest to wynagrodzenie ryczałtowe, co za tym idzie Wykonawca musiał od razu zaplanować rozłożenie kosztów niezależnie od wysokości wypłacanego mu przez Zamawiającego wynagrodzenia. Oznacza to, że niezależnie od wysokości czynników cenotwórczych takich jak minimalne wynagrodzenie pracowników, Zamawiający będzie wypłacał jedną stawkę miesięczną. Do takiego sformułowania formularza ofertowego żaden z wykonawców nie zgłosił uwag. Obecnie Odwołujący zdaje się negować ten stan rzeczy podnosząc i zarzucając, że Wykonawca Wybrany - A. oraz drugi w kolejności podmiot - Konsorcjum MM, nie skalkulowali prawidłowo swoich ofert. Tymczasem z samej treści oferty Odwołującego również nie wynika, aby w momencie składania oferty od razu zakładał on różne wysokości minimalnego wynagrodzenia za 2023 i 2024 r.

Odwrotnie do twierdzeń Odwołującego, z oferty Wykonawcy Wybranego, a konkretnie z załącznika do Formularza ofertowego Wykonawcy A. pn. kalkulacja własna- jasno wynika, że przyjęto odpowiednie kalkulacje wysokości wynagrodzenia z podziałem na miesiąc w 2023 r. i 2024r. - o czym szerzej i dokładniej poniżej.

Jak już wskazano powyżej, nie można tego powiedzieć o załączniku nr 1 do Formularza Ofertowego Odwołującego pn. Kalkulacja ceny netto za 1 miesiąc świadczenia usługi- z którego nie wynika w żaden sposób, że przewidywał on na dzień składania ofert wzrostu wynagrodzenia, gdyż wynika z niego, że cena za wykonanie usług jest stała przez cały okres wykonywania umowy, natomiast obecnie podnosi On ten zarzut wobec Wykonawcy wybranego, w sytuacji, kiedy to właśnie z dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynika - wg jego interpretacji zapisów SWZ- zastosowanie się do ujęcia przewidywanych wzrostów wynagrodzenia minimalnego.

Ponadto Zamawiający podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zamawiający nie określił, że wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia mają być wykonywane wyłącznie przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Zgodnie bowiem z rozdz. IV SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt. 11:

11. Zamawiający nie określa formy zatrudnienia osób realizujących zamówienie w zakresie patroli interwencyjnych. Forma zatrudnienia musi być zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Oznacza to w połączeniu z zapisem rozdz. IV SWZ pkt 7.2:

7.2. co najmniej dwóch patroli interwencyjnych składających się z dwóch pracowników Wykonawcy, które będą do dyspozycji Zamawiającego i pracowników Wykonawcy w razie stwierdzenia zwiększonego zagrożenia dla bezpieczeństwa zdrowia i życia oraz w momencie „alarmów bombowych” i ewakuacji budynku;

że co najmniej 4 osoby realizujące przedmiot zamówienia mogą być zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych zgodnie z obowiązującymi stawkami z ustawy o wynagrodzeniu minimalnym.

W dalszej części SWZ tj. pkt. 8 podano szacunkową liczbę godzin, która po przeliczeniu daje liczbę etatów potrzebnych do wykonania przedmiotu umowy. Inną liczbę etatów mogą przewidzieć jedynie podmioty, funkcjonujące w oparciu o przepisy szczególne, co wiadomo dopiero w momencie poinformowania o tym zamawiającego, przy czym Zamawiający nie określał wymaganej liczby etatów w SWZ i nie wymagał podania liczby etatów, gdyż tę informację jest w stanie

określić samodzielnie na podstawie podanej ceny i liczby roboczogodzin. Zgodnie z SWZ rozdz. IV pkt 8:

„Liczba godzin do wypracowania przez Wykonawcę w celu realizacji umowy: ochrona fizyczna + konwojowanie - około 35 150 godzin

Podana liczba godzin jest orientacyjna. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek ostatecznego wyliczenia godzin świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania)“

Zgodnie z zapisami SWZ wykonawcy zobowiązani byli skalkulować cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca wskazuje cenę netto za jeden miesiąc ochrony osób i mienia przedmiotem zamówienia, wartość podatku VAT, wartość brutto za jeden miesiąc ochrony określoną przez zsumowanie ceny netto i wartości podatku VAT oraz cenę brutto określoną przez pomnożenie wartości brutto za jeden miesiąc przez 12 miesięcy. Wskazano także, że koszty pracy powinny być skalkulowane z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu obowiązujących w danym roku kalendarzowym oraz w przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024.

Zamawiający celowo skonstruował zapis SWZ w taki sposób, gdyż na dzień ogłaszania postępowania tj. 7 czerwca 2023r. oraz dzień składania ofert tj. 16.06.2023r., nie była znana wysokość wynagrodzenia minimalnego, gdyż termin, w którym informacja o wysokości wynagrodzenia minimalnego jest znana, określony jest kolejno w art. 2 ust. 2, 4 i 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - w zależności od procedury, w ramach której bądź to Rada Dialogu Społecznego bądź Rada Ministrów określi ostateczną wysokość tego wynagrodzenia. Ostateczną datą w jakiej jest to oficjalna informacja zatwierdzona rozporządzeniem czyli obowiązującym aktem prawnym, to 15 września danego roku, a stawka obowiązuje od stycznia roku następnego.

Zamawiający mógł zatem zwrócić jedynie uwagę Wykonawców składających oferty na fakt, że w roku 2024r. stawki wynagrodzenia minimalnego mogą ulec zmianie. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z obowiązującą Ustawą PZP jest on gospodarzem postępowania, jednakże w przypadku, gdyby wprowadził do SWZ zapisy niezgodne z ustawą PZP, są one nieważne i niewiążące dla Wykonawców. Zamawiający chcąc upewnić się, że wszyscy wykonawcy mają świadomość ewentualnych zmian, wezwał dnia 19.06.2023r. WSZYSTKICH Wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Wyjaśnienia wymaga użyte w SWZ pojęcie „powinien”, które jest tutaj użyte w dwóch znaczeniach, zgodnych z wykładnią, dokonaną przez sądy powszechne. Zamawiający wskazał bowiem w rozdz. XIV. SWZ OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY, że:

„2. Koszty pracy powinny być skalkulowane z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu obowiązujących w danym roku kalendarzowym oraz w przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024.”

Sformułowanie „powinien” w połączeniu z wcześniej zapisami ustawy o wynagrodzeniu minimalnym na rok 2023r. oraz przepisami ustawy PZP, wobec obowiązywania stawek tego wynagrodzenia stwierdzonych i zatwierdzonych aktem prawnym, należy uznać za obowiązek wykonawcy, gdyż o tym obowiązku stanowi przepis art. 224 ust. 3 pkt 4 PZP:

„zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;”

- co oznacza, że kalkulacja ma być zgodna z już ustalonymi stawkami, będącymi obowiązującym prawem.

Natomiast inaczej ma się sytuacja z drugą częścią wytycznych - dotyczącą tego, że wykonawca powinien uwzględnić przewidywalną wysokość wynagrodzenia minimalnego na 2024r. W przypadku zdarzenia przyszłego, niepewnego, nie wynikającego na dzień składania ofert z ustawy o wynagrodzeniu minimalnym ani z ustawy PZP, z której ustawa PZP nie wiąże żadnej sankcji w postaci odrzucenia oferty lub uznania jej za niezgodną z przepisami PZP lub odrębnymi przepisami powoduje, że nie można przypisać formy nakazu, którego niewypełnienie będzie skutkowało konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy.

Stąd Zamawiający, nawet w przypadku gdyby wykonawcy nie uwzględnili jego wytycznych- co w niniejszej sprawie w ogóle nie ma miejsca - nie mógł zastosować sankcji z ustawy PZP, ponieważ nie jest do tego uprawniony.

Analogicznie w wyroku z dnia 12 lipca 2013 r., KIO 1507/13: „zwrócenia uwagi wymaga, że w języku polskim „przewidzieć” oznacza „przeczuć, odgadnąć, domyślić się co będzie, wziąć coś w rachubę, licząc się ze spodziewanym rozwojem wypadków”, „określić, oznaczyć coś z góry, zaplanować, założyć”. Uwzględniając wskazane rozumienie słowa „przewidzieć” można jedynie stwierdzić, że zamawiający zakłada, że nie będzie potrzeby / konieczności zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, nie odnosząc wszelako powyższego do szczególnej sytuacji związanej

z unieważnieniem postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego."

Niemniej należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, obaj Wykonawcy zastosowali się do sugestii Zamawiającego i każdy na własny sposób dokonał odpowiednich założeń budżetowych. Co istotne z punktu widzenia rozważań, Zamawiający nie wymagał żadnej konkretnej formy ani zakresu w stosunku do kalkulacji własnej wykonawcy, o czym świadczy fakt, że sam Odwołujący złożył kalkulację z bardzo skąpych informacjami, z których nie wynika nic konkretnego a w szczególności nie wynika jakie składniki cenotwórcze składają się na zaoferowaną cenę.

Co istotne z punktu widzenia zarzutu niezgodności treści oferty w warunkami zamówienia należy podkreślić, że Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysu. Tylko taki dokument, ściśle określony w SWZ, może być rozpatrywany jako zgodny lub niezgodny z warunkami zamówienia, gdyż wiązałby bezpośrednio poszczególne elementy składające się na przedmiot umowy z konkretnymi elementami ceny. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z takim dokumentem, a wobec braku określenia co ma stanowić / składać się na treść kalkulacji własnej, nie można mówić o niezgodności tego załącznika z warunkami zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający podkreśla, co następuje.

Ad. Wykonawca A.

Wykonawca A. złożył wraz z ofertą załącznik pn. Kalkulacja ceny usługi ochrony obiektu Sądu Rejonowego w Pszczynie. Z kalkulacji tej wynika, że na rok 2023r. przyjęto wynagrodzenie brutto w wysokości :

313.200,00 zł : 5mc x 62 640 zł = co przy 15 osobach daje kwotę brutto 4176,00 zł , a przy 17 3684,70

Natomiast widoczny jest wzrost wynagrodzeń w roku 2024 w sposób następujący:

518.259 :7 mc=74.037; co przy 15 osobach daje kwotę brutto 4935,80 zł, a przy 17 osobach 4355,12 zł.

Jak widać jasno spełnione są wymogi zarówno ustawowe na 2023r. jak i nawet te prognozowane, przewidywane niepewne, niustawowe na obecny moment na rok 2024. Nie można zatem zgodzić się z zarzutem Odwołującego w tym zakresie, gdyż nie ma on odzwierciedlenia w faktach.

Zamawiający na marginesie wskazuje, że dokonując oceny i badania ofert musi mieć na uwadze całość dokumentów i oświadczeń składanych przez Wykonawcę. Nie może ograniczać się do „łapania za słówka" w konkretnym oświadczeniu. Na wezwanie Zamawiającego bowiem Wykonawca A. wskazał okoliczności, mające wpływ na korzystne warunki cenowe, jak również zaznaczył to, co Zamawiający wskazał już powyżej, a mianowicie, że na dzień składania ofert nie było obowiązujących przepisów prawnych określających wysokość wynagrodzenia, niemniej jego kalkulacja dotyczy miesięcznej kwoty za usługę, co w połączeniu z kalkulacją złożoną wraz z ofertą stanowią całość wyjaśnień.

	VIII-XII 2023	I-VII 2024
1Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto	313 200,00	518 259,00
2Składki ZUS pracodawcy	64 206,00	106 242,49
3Świadczenie urlopowe w skali 1 miesiąca	44 742,36	74 037,35
4Koszty administracyjne, nadzór	3 513,60	5 943,84
5Łącznie w roku	425 661,96	704 482,67
6Łącznie w całym okresie umowy	1 130 144,63	

Ad. Zarzut podania dwóch cen przez Wykonawcę Wybranego

W zakresie podania dwóch cen w ofercie Wykonawcy A. należy stwierdzić, że w żadnym wypadku nie można na bazie złożonych dokumentów wnioskować o podaniu przez wykonawcę dwóch cen. Wyjaśniono już w punkcie poprzednim, że każdy wykonawca mógł złożyć dowolną kalkulację, wskazując te elementy, które są dla niego istotne, a wobec braku szczegółowych wymagań Zamawiającego, na obecnym etapie Zamawiający nie może stawiać w tym zakresie zarzutów Wykonawcom, twierdząc, że dana kalkulacja nie spełnia wymogów- ponieważ tych wymogów nie postawiono. Wobec wskazania w kalkulacji własnej Wykonawcy A. uwzględnienia wzrostu wynagrodzenia za 2023r. i wskazania kwot brutto, a nie netto jak podał Odwołujący, dla Zamawiającego było jasne, że nie jest to żadna inna cena ofertowa, a jedynie kalkulacja kosztów, zakładająca pozostałą kwotę jako zysk Wykonawcy A.

Niedopuszczalne jest dokonanie porównań cen rzekomo netto skoro z dokumentu wynika, że są to ceny brutto z cenami netto z Formularza ofertowego tylko po to by mnożyć zarzuty.

Ad. Zarzuty braku udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt rzekomego nieuwzględnienia wszystkich kosztów, przez co Odwołujący rozumie brak kalkulacji wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2024r.

Zamawiający podkreśla ponownie, że Odwołujący konstruuje kolejne zarzuty w oparciu o zaledwie JEDNĄ przesłankę - mianowicie fakt, że jego zdaniem Wykonawca A. oraz drugi w rankingu Wykonawca Konsorcjum MM - nie uwzględnili w kalkulacji ewentualnych zmian wynagrodzenia minimalnego w 2024r.

Powyżej wykazano już, że ta przesłanka nie zachodzi w niniejszym postępowaniu i obaj Wykonawcy uwzględnili ewentualne zmiany w minimalnym wynagrodzeniu za 2024r.

Oba podmioty złożyły na wezwanie z dnia 19.06.2023r. konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wyjaśnili kwestie wynagrodzenia oraz wykazali, że zaoferowana cena jest w szczególności zgodna z wymaganiami art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP tj. potwierdzili:

„4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;"

A taki dokładnie zarzut postawił Odwołujący.

Ad. Zarzut dotyczące braku podania przez A. i Konsorcjum MM liczby etatów przewidzianych do realizacji zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego

W SWZ nie było wymogu podania liczby etatów, a nadto z wyjaśnień złożonych przez obu Wykonawców tj. Wykonawcę A. i Wykonawcę Konsorcjum MM jasno wynika liczba etatów.

Przyjęcie, że Wykonawcy musieli konkretnie liczbowo wskazać ilość etatów należałoby stwierdzić, że dotyczyło to także Odwołującego, który odniósł się w wyjaśnieniach do określenia „Przeciętna ilość etatów realizujących usługę”. Oznacza to albo wynik będący „średnią” albo wynik „będący wynikiem podzielenia sumy pewnych składników przez ich liczbę”.

Czyli Odwołujący postąpił dokładnie tak samo, jak uczynili to pozostali Wykonawcy. Z ich wyjaśnień wynika liczba etatów, będąca wynikiem ilorazu roboczo godzin i zaoferowanej kwoty. Tylko w ramach doprecyzowania złożonych już rzetelnych wyjaśnień, Zamawiający chcąc doprecyzować informację, wezwał Wykonawców do potwierdzenia liczby etatów, co było dopuszczalne i nie prowadziło do nierównego traktowania wykonawców, albowiem już z pierwszych wyjaśnień wynikało, że wykonawca skalkulował cenę rzetelnie.

Ad. Zarzuty dotyczące braku kalkulacji własnej w ofercie Konsorcjum MM

Kalkulacja własna została uzupełniona przez wykonawcę Konsorcjum MM w trybie uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

Ad. Zarzuty dotyczące braku wykazania przez A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia/ zarzut braku wezwania

Na wstępie Zamawiający wskazuje, że Odwołujący poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że zaoferowane przez Wykonawcę Wybranego usługi nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie wykazał na czym ma według niego polegać niezgodność z SWZ. W związku z powyższym Zamawiający podaje, co następuje.

VI. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

1.4.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywał (lub wykonuje) co najmniej trzy usługi całodobowej ochrony osób i mienia. Każda wykazana usługa musi spełniać łącznie następujące warunki:

a)ochrona obiektów odbywała się na zasadach określonych ustawą o ochronie osób i mienia;

b)całodobowa ochrona budynków użyteczności publicznej (należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym,

lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny).

Podstawą uznania przez Zamawiającego, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu w zakresie usług przez Wykonawcę A. leży definicja budynku użyteczności publicznej.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2021 r. [KIO 891/21]: „Przy wykładni pojęcia budynek użyteczności publicznej zamawiający jest uprawniony sięgnąć do przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.). Analiza definicji z § 3 pkt 6 wskazanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, że budynkiem użyteczności publicznej są nie tylko budynki wprost wymienione w definicji, ale także budynki spełniające podobne do nich funkcje. Ponadto za budynek taki uważa się także m.in. budynek biurowy czy budynek socjalny.”

Ponadto Wojewódzki Sąd Administracyjny doprecyzował również w orzecznictwie, że definicję budynku użyteczności publicznej spełniają budynki, w których chociażby znajdują się biura obsługi klienta danego podmiotu, z uwagi na fakt, że poprzez to budynek jest ogólnie dostępny dla szerokiej publiczności. Jak wskazał WSA: „Istotne w tym zakresie jest to, że oprócz pomieszczeń produkcyjnych i magazynowych, przewidziano także funkcję usługową w postaci punktu (biura) obsługi klienta. To przesądziło o tym, że obiekt ten stał się budynkiem użyteczności publicznej w rozumieniu obowiązujących przepisów.” (sygn. akt II SA/Lu 411/20)

Każda z przedstawionych na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.06.2023r. usług wskazana w Wykazie wykonanych (wykonywanych) usług przez Wykonawcę A. jest budynkiem użyteczności publicznej.

Nie było zatem podstaw do stwierdzenia, że usługi nie spełniają wymagań postawionych w SWZ, a co za tym idzie nie było podstaw do wezwania Wykonawcy do wyjaśnień.

W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że którykolwiek z zarzutów odwołania jest zasadny. A zatem wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba ustaliła i zważyła

Przedmiotem zamówienia jest „Ochrona osób i mienia Sądu Rejonowego w Pszczynie oraz odbiór, ochrona i konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych”, o nr postępowania SG 3501-32/23. Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: Ogłoszenie nr 2023/BZP 00252643 z 7 czerwca 2023 r.

Czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ustawy Pzp, zwanej dalej ustawą Pzp:

1. badanie i ocena ofert,

2. wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. oraz wykonawców konsorcjum MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o. do uzupełnienia informacji, których nie podali terminie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny,

3. zaniechanie wezwania wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia,

4. wybór oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

5. zaniechanie odrzucenia ofert złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o.,

6. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXL Sp. z o.o.

zarzuty odwołania

Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1.art. 226 ust.1 pkt 5), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art.17 ust.2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez zamawiającego

takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

2. art. 226 ust.1 pkt 10), art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy wyłącznie z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2023 r. i z pominięciem przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

3. art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca, wezwany do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnił w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

4. art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawca nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

5. art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 218 ust. 1, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca zaoferował dwie różne ceny za wykonanie zamówienia,

6. art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie uwzględnili w kalkulacji ceny w całości przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024, pomimo sformułowania przez zamawiającego takiego wymogu w punkcie 2 w rozdziale XIV SWZ,

7. art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz art. 16 pkt 1) i 2), przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na skalkulowaniu kosztów pracy z uwzględnieniem tylko części przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024,

8. art. 226 ust. 1 pkt 8), art. 224 ust. 5 i ust. 6 oraz art. 16 pkt 1) i 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że wykonawcy, wezwani do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1, nie udowodnili w wyznaczonym terminie, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, oraz mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia zgodnie z przepisami i wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

9. art. 224 ust. 1 i ust. 5, art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez wezwanie wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o. do uzupełnienia liczby etatów/osób przewidzianych do realizacji zamówienia, której wykonawcy nie przedstawił w terminie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ceny wystosowane na podstawie przepisu art. 224 ust. 1,

10. art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) i 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawcy nie dołączyli do oferty kalkulacji własnej ceny,

11. art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez wybór oferty Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia,

12. art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 przez zaniechanie wezwania wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o.

jako oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o.,
4. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o.,
5. ewentualnie - jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna za przedwczesne żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. - wezwania tego wykonawcy uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, oraz o zobowiązanie zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem XVI Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ” lub „specyfikacją”), kryteriami oceny ofert są cena (60%) oraz doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia (40%). Termin składania ofert upłynął w dniu 16 czerwca 2023 r.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o., zwany dalej również „A.”, z ceną w wysokości 1 361 344,32 zł,
- 2) MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. i MAXUS Sp. z o.o., zwane dalej również „Konsorcjum MM”, z ceną wysokości 1 378 303,56 zł,
- 3) Odwołujący z ceną w wysokości 1 456 074,00 zł,
- 4) Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. i Vigor Security Sp. z o.o. z ceną w wysokości 1 618 295,28 zł.

Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 536 000,00 zł brutto.

W dniu 19 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Mienia i Usług Detektywistycznych „A.” Sp. z o.o. Wszyscy wykonawcy uzyskali po 40 punktów w kryterium doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia. Zamawiający poinformował również, że nie odrzucił żadnej oferty.

W ocenie odwołującego, z uwagi na przedstawione poniżej okoliczności, wybór oferty A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert A. i Konsorcjum MM nastąpiły z naruszeniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawa Pzp”).

Odwołujący na uzasadnienie podniesionych zarzutów przywołał:

Zamawiający wymaga, aby wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia wykonywali wyłącznie pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę - każda roboczogodzina musi być wypracowana przez pracownika ochrony w ramach stosunku pracy/umowy o pracę (rozdział III punkt 10 SWZ, rozdział IV punkty 9 i 10 SWZ, § 4 ust. 11 wzoru umowy).

Zgodnie z punktem 2 w Rozdziale XIV SWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), koszty pracy powinny być skalkulowane z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu obowiązujących w danym roku kalendarzowym oraz w przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024.

Zamówienie będzie wykonywane przez 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 31 lipca 2023 r. do 31 lipca 2024 r. (rozdział V SWZ).

Izba stwierdza, jak słusznie zaznaczył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szereg zarzutów ma cechy tożsamości, a co najmniej powtarzalności, ponieważ wywodzą się z tożsamego stanu faktycznego („Zamawiający poniżej odniesie się do kolejno podnoszonych zarzutów z odwołania, z zaznaczeniem, że w odniesieniu do niektórych zarzutów w związku z ich powtarzalnością i tożsamością merytoryczną, argumentacja Zamawiającego będzie przedstawiona zbiorczo do wymienionych grup zarzutów”).

Izba reasumując stwierdza, że powyższe zarzuty odwołania sprowadzają się do:

1. braku wyeliminowania z procedury przetargowej, przez odrzucenie ofert dwóch wykonawców (Alan oraz Konsorcjum MM), których oferty w rankingu ofert uzyskały wyższe pozycje od odwołującego. Przy czym ceny złożonych ofert przez wykonawców: Alan oraz konsorcjum MM każda z nich mieści się w kwocie jaką

zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Również oferty tych wykonawców nie odbiegają cenowo poniżej 30% od wyceny szacunkowej brutto wartości zamówienia przez zamawiającego. Zamawiający wezwał obydwu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art.224 ust.1 ustawy Pzp., a nie na podstawie art.224 ust.2 ustawy Pzp., z uwagi na brak przesłanek ustawowych do wezwania z drugiego wymienionego przepisu ustawy Pzp. Zresztą zamawiający w powyższym trybie wezwał również pozostałych wykonawców do wyjaśnień na podstawie art.224 ust.1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego wykonawcy nie złożyli wystarczających wyjaśnień zamawiającemu zwłaszcza co do uwzględnienia, w wycenach ich ofert, prognozowanego w przyszłym roku 2024, na dzień składania ofert to jest 16.06.2023r., podwyższenia wynagrodzenia minimalnego. Ponadto nie załączyli do oferty kalkulacji ceny (konsorcjum MM), bądź wystąpiły rozbieżności między kwotami w kalkulacji a formularzem cenowym (Alan). Dodatkową argumentacją w zakresie rażąco niskiej ceny były dwukrotne wezwania zamawiającego do każdego z tych wykonawców, ponieważ w pierwszych wyjaśnieniach wykonawcy nie podali ilu przewidują pracowników do wykonania usługi, a zamawiający wymagał takiej informacji.

2.do wykonawcy wybranego Alan postawiono dodatkowo zarzut nie wykazania doświadczenia zawodowego co do ochrony obiektów użyteczności publicznej.

Izba po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym z dokumentacji zamawiającego stanowiącej akta sprawy, dowodów złożonych na posiedzeniu/rozprawie, wyjaśnieniach i oświadczeniach stron i uczestnika złożonych do protokołu oraz na ich podstawie dokonanych ustaleń, oddaliła odwołanie w całości.

Tak jak podaje zamawiający pismami z 19 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawców, w tym A. oraz Konsorcjum MM, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłożenia kalkulacji szczegółowej ceny oferty, zawierającej w szczególności wskazanie: liczby etatów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia, kosztów wynagrodzeń, pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że „Umowa na usługi ochrony będzie obejmowała 12 miesięcy, z czego 5 miesięcy w roku 2023 oraz 7 miesięcy w roku 2024. W celu wyceny wysokości kosztów wynagrodzenia pracowników Wykonawca winien rozważyć prognozy wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę na rok 2024”.

Z powyższego postanowienia swz nie wynikało, że wykonawcy mają ustalić różne wynagrodzenia miesięczne w roku 2023 i 2024r. Zresztą wszyscy wykonawcy takich rozróżnień nie dokonali w złożonych ofertach.

Z odpowiedzi obydwu wykonawców wynikało, że przyjęto wynagrodzenie jako minimalne na poziomie obowiązujących przepisów to jest 3.600zł. miesięcznie, a na dzień sporządzania kalkulacji nie ma obowiązujących przepisów, które by określały minimalne wynagrodzenie w 2024r. Przy czym Alan skalkulował wynagrodzenie w kwocie 29,86 zł. za 1rob/h, a konsorcjum MM na poziomie 31,31 zł. za 1 rob/h .

Dowód:

- 1.wezwania zamawiającego do wykonawców: Alan oraz konsorcjum MM z dnia 19.06.2023r.- akta sprawy,
- 2.Odpowiedź Alan z dnia 21.06.2023r. – akta sprawy,
- 3.Odpowiedź konsorcjum MM z dnia 26.05.2023r. (winno być m-c 06.) – akta sprawy.

Z powyższych odpowiedzi obydwu wykonawców wynika, że jako podstawę do kalkulacji przyjęli kwotę minimalnego wynagrodzenia na poziomie 3.600 zł. na m-c, obowiązującą w 2023r. uznając, że na dzień składania ofert czyli na dzień 16.06.23r. nie ma obowiązujących przepisów co do stawek minimalnych na 2024 rok. Izba powyższe potwierdza, ponieważ zgodnie z art.2 ust.5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020r. poz.2207) Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia w terminie do 15 września każdego roku, ustala wysokość minimalnego wynagrodzenia oraz minimalną stawkę godzinową w roku następnym.

Natomiast odwołujący reprezentował odmienne stanowisko w sprawie twierząc, że ...”ustawa z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu gwarantuje bowiem coroczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, którego wysokość zależy od wskaźnika cen. Wysokość minimalnego wynagrodzenia jest corocznie przedmiotem negocjacji w ramach Rady Dialogu Społecznego (art. 2 ust. 1 ustawy). Rada Ministrów, w terminie do dnia 15 czerwca każdego roku, przedstawia Radzie Dialogu Społecznego propozycję minimalnego wynagrodzenia za pracę celem uzgodnienia jego wysokości. Jeżeli Rada Dialogu Społecznego nie uzgodni wysokości minimalnego wynagrodzenia w terminie 30 dni od otrzymania tej propozycji, Rada Ministrów ustala, w drodze rozporządzenia, w terminie do dnia 15 września każdego roku, wysokość minimalnego wynagrodzenia w roku następnym, przy czym nie może ono być niższe od propozycji przedstawionej Radzie Dialogu Społecznego (art. 2 ust. 3 i 5 ustawy). W dacie, w której upłynął termin składania ofert (16

czerwca 2023 r.), znana już była propozycja Rady Ministrów - oficjalny komunikat w tej sprawie został opublikowany w dniu 13 czerwca 2023 r. na stronie internetowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów...”.

Reasumując stanowisko odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że obowiązującą stawkę minimalnego wynagrodzenia jaka obowiązywała wykonawców przy kalkulacji wynagrodzenia to minimalnie w wysokości 4 242 zł w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. oraz w wysokości 4 300 zł w okresie od 1 lipca do 31 grudnia 2024 r. Oznacza to wzrost odpowiednio o 642 zł (17,83%) i 700 zł (19,44%) w stosunku do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującego w terminie składania ofert.

Reasumując stanowisko odwołującego wywiódł on: „Wskutek zaniechania uwzględnienia w kalkulacji ceny przewidywanej wysokości wynagrodzenia minimalnego w roku 2024 ceny ofert A. i Konsorcjum MM są niedoszacowane oraz nie pokrywają kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i przepisami, w szczególności przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”.

Izba kwitując spór w tym zakresie stwierdza, że w toku postępowania dowodowego ustalono, że aktualnie stawka najniższego wynagrodzenia to 23 zł/h, a od przyszłego roku prognozowana stawka ma wynosić 28 zł/h. Z wyjaśnień Alan wynika, że jego stawka to 29,86 zł/h, a stawka MM to 31,31 zł/h. To proste porównanie kwot nie potwierdza zarzutu odwołania co do zaniżenia wynagrodzenia w ofertach Alan i konsorcjum MM na okres świadczenia usługi od 01.01.2024 do 31.07.2024r.

Również w zakresie wyceny ofert, odwołujący podniósł, że”Ponadto w kalkulacji własnej przedłożonej przez A. wraz z ofertą A. przedstawił koszty realizacji zamówienia w wysokości 1 130 144,63 zł - koszty te są wyższe niż cena netto podana w formularzu kalkulacji cenowej (1 106 784 zł, czyli iloczyn 12 miesięcy i ceny netto za jeden miesiąc w wysokości 92 232 zł). Dodatkowo potwierdza to, iż cena zaoferowana przez A. nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia”. Natomiast ofercie konsorcjum MM, odwołujący zarzucił brak załączenia kalkulacji własnej do Formularza Cenowego (formularz kalkulacji cenowej oferty - załącznik nr 1 do SWZ).

Izba rozpatrując ten zarzut stwierdza, że w swz nie było obowiązującego wzoru kalkulacji (kosztorysu) co do jego elementów/pozycji kosztowych czy innych elementów jak zysk. Tak więc rozbieżności między ceną w formularzu cenowym, a bliżej niesprecyzowaną w swz kalkulacją własną wykonawcy mogły być wyjaśniane przez zamawiającego, czy też uzupełniane jako brak oświadczeń, na wezwanie zamawiającego. Natomiast zaistniałe rozbieżności między formularzem cenowym, a kalkulacją własną wykonawcy, czy też brak kompletności oświadczeń złożonej oferty/brak kalkulacji własnej wykonawcy, nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji treści postanowień niniejszej specyfikacji.

Ponadto odwołujący podniósł:

Zarzuty dotyczące braku podania przez A. i Konsorcjum MM liczby etatów przewidzianych do realizacji zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego

Pismami z 19 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał A. oraz Konsorcjum MM, na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, m.in. do wskazania liczby etatów przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zarówno A., jak i Konsorcjum MM, nie podali w wyjaśnieniach liczby etatów przewidzianych do realizacji zamówienia, której podania żądał Zamawiający. Bez tej informacji nie jest możliwe ustalenie, czy zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia.

Pismami z 23 czerwca 2023 r., działając w trybie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, Zamawiający wezwał A. oraz Konsorcjum MM do uzupełnienia powyższych informacji.

W odpowiedzi A. podał, iż zamierza zatrudnić 17 osób. Natomiast Konsorcjum MM oświadczyło, że przewiduje 17,436 etatu do realizacji zamówienia.

Izba również tego zarzutu nie uwzględnia, co do bezpodstawnego działania zamawiającego co do powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień to jest liczby etatów, pomimo że zamawiający w pierwszym wezwaniu już oczekiwał podania liczby etatów. Słusznie zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie (dowód: protokół z rozprawy) wyjaśniał, że podanie liczby etatów nie było niezbędnym do sprawdzenia ceny, ponieważ swz określało liczbę godzin usługi, a to można było przeliczyć na liczbę niezbędnych etatów. Niemniej złożenie oświadczeń przez wykonawców co do liczby etatów potwierdziło prawidłowość wyliczenia stawek godzinowych pracowników w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 19 czerwca 2023r. (dowód – akta sprawy – dokumentacja zamawiającego).

Drugim zarzutem odwołującego jest:

W punkcie VI.1.4.1 SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegający w wykonaniu co najmniej trzech usług całodobowej ochrony osób i mienia budynków użyteczności publicznej.

Budynek użyteczności publicznej został zdefiniowany w punkcie VI.1.4.1. SWZ pod lit. b) jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług oraz dowodów, określających czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (rozdział VIII punkt 2.3.1 SWZ).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 PZP, A. przedstawił wymagane dokumenty, potwierdzające, że A. świadczy usługi ochrony osób i mienia na zlecenie Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Tychach, CHEMET SA w Tarnowskich Górach oraz Master Odpady i Energia Sp. z o.o.

Zarówno z wykazu usług, jak i załączonych do niego referencji nie wynika jednak, że usługi te polegały na ochronie budynków użyteczności publicznej. Zamawiający przedwcześnie uznał zatem, że A. wykazał spełnianie warunku w zakresie doświadczenia.

Izba również ten zarzut nie uznaje za stwierdzony, ponieważ odwołujący zgodnie chociażby z ciężarem dowodowym (art.6 k.c. w związku z art.8 ust.1 ustawy Pzp), nie udowodnił prawdziwości swojego zarzutu. Również Izba nie stwierdza, aby wykonawca Alan niegodnie ze wzorem obowiązującym w swz wypełnił wykaz, co do oczekiwanych w nim informacji.

W powyższym stanie rzeczy Izba nie stwierdza, wskazanych zarzutów co do czynności, czy też zaniechań zamawiającego, podnoszonych w odwołaniu.

Resumując powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 złotych i kwotę 3.965,00 zł na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztu dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący.....