Sygn. akt: KIO 2394/23

WYROK

z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MSA SECURITY Sp. z o.o., Tettsui Security Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera w Gdańsku**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz
Konsorcjum: Basma Security Sp. z o.o., "MW Scorta" Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2394/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.A. uwzględnia odwołanie w części objętej zarzutami dotyczącymi wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenie oferty MSA SECURITY Sp. z o.o. i Tettsui Security Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą lidera w Gdańsku,

B.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania podniesionych wobec zaniechania odrzucenia oferty Agencji Ochrony MK oraz dokonaniu wyboru oferty Agencji Ochrony MK jako najkorzystniejszej z uwagi na uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego i brak sprzeciwu wykonawców co do uwzględnienia tych zarzutów.

C.Oddala odwołanie w pozostałej części.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Konsorcjum: MSA SECURITY Sp. z o.o., Tettsui Security Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku** oraz przystępującego **Basma Security Sp. z o.o., "MW Scorta" Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lideraw Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: MSA SECURITY Sp. z o.o., Tettsui Security Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od **Konsorcjum: Basma Security Sp. z o.o., "MW Scorta" Sp. z o. o., Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** na rzecz **Konsorcjum: MSA SECURITY Sp. z o.o., Tettsui Security Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **6 282 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości jednej trzeciej wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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: ……

Sygn. akt: KIO 2394/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Sp. z o. o. z/s w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Ochrona osób i mienia w Miejskim Przedsiębiorstwie Realizacji Inwestycji Sp. z o.o.” - Postępowanie nr BZP.260.6.2023.AM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UUE dnia 21 kwietnia 2023 r. nr 2023/S 079-236015

Odwołujący: Konsorcjum MSA SECURITY Sp. z o.oz/s w Gdańsku i Tettsui Security Sp. z o.o. sp. k. z/s w Ostrołęce, wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1)wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security Sp. z o.o. – dalej Agencja Ochrony MK,

2)zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencji Ochrony MK,

3)odrzucenie oferty MSA SECURITY Sp. z o.o. oraz Tettsui Security Sp. z o.o. sp. k.– dalej MSA, co przy uwzględnieniu danych zawartych w aktach Postępowania, w tym w ofercie odwołującego i postanowień SWZ, jak również wynikających z czynności otwarcia ofert z 29.05.2023r. ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, o czym odwołujący dowiedział się z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferta została odrzucona z dnia 01.08.2023r., otrzymanej drogą elektroniczną w dniu 01.08.2023r.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Ochrony MK w sytuacji, gdy ten wykonawca nie udźwignął ciężaru udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty MSA w sytuacji, gdy odwołujący składając wyjaśnienia wraz z dowodami wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt,

3)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp przez wadliwy wybór jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Agencji Ochrony MK.

Wniósł o:

uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty Agencji Ochrony jako najkorzystniejszej z uwagi na ww. naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania, nakazanie zamawiającemu dokonanie odrzucenia oferty Agencji Ochrony MK, unieważnienie czynności odrzucenia oferty MSA, i dokonanie wyboru oferty MSA jako najkorzystniejszej.

Oferta odwołującego została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej. Uwzględnienie odwołania oraz odrzucenie oferty Agencji Ochrony MK skutkować będzie bezpośrednio na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Ad odrzucenia oferty MSA

Zamawiający pismem z dnia 13.06.2023r. zwrócił się do MSA o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i istotnych części składowych ceny z wyodrębnieniem ochrony fizycznej oraz monitorowania sygnałów alarmowych wskazując na zakres żądanych wyjaśnień..

W zakreślonym przez zamawiającego terminie MSA złożyło wyjaśnienia przedstawiając dowody w postaci oświadczeń własnych w zakresie kalkulacji wynagrodzeń pracowników dedykowanych do realizacji zadań, ze szczegółowym rozbiciem tychże kalkulacji na części składowe dla cech pracowników wskazanych w piśmie głównym.

Mimo to Zamawiający w informacji o wyborze oferty z dnia 01.08.2023 roku odrzucił ofertę MSA wskazując, iż:

•złożone przez MSA wyjaśnienia mają ogólnikowy charakter,

•MSA nie odniósł się do wszystkich elementów z wezwania do wyjaśnień,

•wykonawca przedstawił głównie własne ogólne oświadczenia, na przykład, że realizowanie umowy na usługi ochrony osób i mienia opiera się przede wszystkim na kosztach związanych z zatrudnieniem osób, a jednocześnie ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że „Wykonawca kalkulując cenę uwzględnił stawki minimalnego wynagrodzenia jakie obowiązywać będą w 2023 roku zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (od 1 lipca 2023 roku)”,

•wykonawca jako jedyne dowody przedstawił własne kalkulacje kosztów wynagrodzeń.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia uznano zatem za niewystarczające, a odrzucenie oferty jest zasadne.

Z przedmiotowym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zgodnie z postanowieniami art. 224 ust 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Co ciekawe Zamawiający nie uznał, że złożone przez MSA wyjaśnienia z dnia 20.06.2023r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia uznano zatem za niewystarczające, a odrzucenie oferty jest zasadne. Trudno oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający nie dość uważnie zapoznał się z wyjaśnieniami złożonymi przez MSA, w tym dowodami w postaci oświadczeń własnych MSA w zakresie kalkulacji wynagrodzeń pracowników

dedykowanych do realizacji zadań, ze szczegółowym rozbiciem tychże kalkulacji na części składowe dla cech pracowników wskazanych w piśmie głównym.

Stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez odrzucenie oferty MSA w sytuacji, gdy odwołujący składając wyjaśnienia wraz z dowodami (oświadczenia MSA) wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przedstawił konkretne i zborne dane i informacje, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt. Zamawiający, mając jakiekolwiek wątpliwości odnośnie złożonych wyjaśnień MSA mógł, a nawet powinien jeśli nie zrozumiał w pełni lub miał wątpliwości odnośnie wyjaśnień złożonych przez MSA, zwrócić się o udzielenie wyjaśnień dodatkowych z zachowaniem obowiązujących wymogów prawa. Zamawiający odrzucając ofertę MSA nie wskazał, że złożone przez MSA wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, nie wskazał, które pozycje z wezwania nie zostały wyjaśnione. Zamawiający jednozdaniowo stwierdził, iż złożone wyjaśnienia są ogólnikowe co nie może być podstawą do odrzucenia oferty

Wykonawcy w myśl art. 224 ust 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przedstawiony artykuł przewiduje katalog zamknięty przesłanek uprawniających Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w postaci: 1. brak złożenia wyjaśnień, 2. dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że cena lub koszt jest rażąco niski. Jednostronne stwierdzenie, że wyjaśnienia MSA są zbyt ogólnikowe nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty MSA. Co istotne należy wskazać, iż złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wprost wskazują, iż złożona oferta nie jest rażąco niska. Przedmiotowe wyjaśnienia przedstawiają strukturę zatrudnienia przewidzianą do realizacji przedmiotowej umowy, uwzględniają koszty pracy obowiązujące na dzień składnia wyjaśnień w tym dodatek za pracę w godzinach nocnych, koszty urlopów, koszty administracyjne, koszty transportu, koszty wyposażenia i umundurowania, koszty środków czystości, koszty zużycia energii, koszty grup interwencyjnych. Zamawiający w uzasadnieniu nie zawarł żadnego wskazania, że np. wyjaśnienia zawierają błąd logiczny, matematyczny czy jakikolwiek inny lub, że np. wskazana w wyjaśnieniach MSA struktura kosztów jest błędna lub niedoszacowana.

Ad braku odrzucenia oferty Agencji Ochrony MK oraz dokonaniu wyboru oferty Agencji Ochrony MK jako najkorzystniejszej.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przy braku sprzeciwu w tym zakresie, postępowanie zostało umorzone, co zostało przedstawione w sentencji orzeczenia.

Przystąpienia po stronie zamawiającego zgłosili:

1/ Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

2/ Konsorcjum: Basma Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "MW Scorta" Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Liwie.

Zamawiający w pisemnym oświadczeniu z dnia 25 sierpnia 2023 r. stwierdził, że uwzględnia odwołanie, a jeżeli nie zostanie wniesiony sprzeciw, unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzi ponownie badanie i ocenę ofert.

Przystępujący - Konsorcjum: Basma Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "MW Scorta" Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o.z siedzibą w Liwie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części dotyczącej odrzucenia oferty MSA SECURITY Sp. z o.oz siedzibą Gdańsku i Tettsui Security Sp. z o.o. sp. k. z/s w Ostrołęce w postępowaniu sygn. akt KIO 2394/23 i na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy pzp wniósł o rozpoznania tego odwołania przez Izbę.

W toku rozprawy odwołujący MSA SECURITY Sp. z o.opoparł odwołanie w części dotyczącej oceny jego oferty. Wskazał powołując treść dokumentów postępowania złożonych do akt, że złożył zamawiającemu wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami. Przypomniał, że w konsekwencji w toku postępowania odwoławczego zamawiający uznał argumentację za poprawną i przekonującą. Wskazał na pojęcie ceny rażąco niskiej w orzecznictwie i minimalną ok. 1,2% różnicę ceny zaoferowanej w stosunku do ceny ofertowej przystępującego Basma Security Sp. z o.o., który wniósł sprzeciw. Podkreślił, że wyjaśnił zamawiającemu wszelkie wątpliwości, a w szczególności dotyczące wartości istotnych części składowych ceny ofertowej.
Podkreślił, że sam brak dowodów, co podnosił przystępujący nie jest sam w sobie przesłanką odrzucenia oferty. Złożone wyjaśnienia też mogą być dowodem i podlegają ocenie przez zamawiającego, w tym z uwzględnieniem źródeł przedstawionych danych. Wskazał na cel postępowania wyjaśniającego, jakim jest ocena realności zaoferowanej ceny.

Podkreślił różnice w kalkulacji Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o., którą zadeklarował w specjalnych okolicznościach w postaci dofinansowania, którymi nie dysponuje na dzień składania oferty, a własnej. Przypomniał, że koszty choroby osoby po 50 roku życia, od 15 dnia pokrywa ZUS, a nie pracodawca. Uznaje złożoną w tym zakresie kalkulację za realną. Zauważył, że znacząca liczba pracowników ochrony w poprzednim okresie, ubiegłych latach, nie pozostawała w stosunku pracy, lecz na tzw. umowach śmiechowych bez stażu liczonego do urlopu.
Zamawiający podtrzymał stanowisko z pisma uwzględniającego zarzuty.
Przystępujący Basma podkreślił, że wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. wezwany nie złożył wraz z wyjaśnieniam niezbędnych dowodów, a przedstawiona kalkulacja nie jest dowodem, a własnym oświadczeniem. Przypomniał, że zamawiający miał podstawy żądać od wykonawcy wyjaśnień, co uczynił. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 1 sierpnia właściwie ocenił oferty, w tym słusznie odrzucił ofertę odwołującego. Wskazał na niekonsekwencję zamawiającego, który w stosunku do pierwszego wykonawcy wskazał na brak niezbędnych dowodów i ofertę odrzucił, a odnośnie drugiego przy takim samym stanie faktycznym ofertę uznał za prawidłową i uwzględnił zarzuty. Wskazuje, że odwołujący niezasadnie nie uwzględnił kosztów zastępstwa co jest istotnym elementem wyceny w takim rodzaju usługi - przytoczył orzecznictwo. Wskazał treść wyjaśnień rnc wykonawcy MSA SECURITY Sp. z o.o. np. w załączniku 1 rezerwa chorobowa została wyceniona na 0 zł. Powołuje przy tym analizy statystyczne ZUS określające średnioroczną absencję chorobową na ok. 10 dni. Wskazuje na deklaracje w wyjaśnieniach i załączniku o urlopie większości pracowników w wymiarze 20 dni. Brak jest dowodów na poprawność takiej kalkulacji np. dokumenty pracodawcy na podstawie art. 29 KP. W tym kontekście uznaje za nierealną deklaracje braku zwolnień lekarskich. Za niewiarygodne uznaje stwierdzenie, że pracownicy w zaawansowanym wieku nie mają prawa do urlopu w pełnym wymiarze nabywanym po 10 latach. Podkreśla błędne skalkulowanie kosztów pracy w porze nocnej ze skutkiem w postaci wadliwego oszacowania składek publicznoprawnych. Składa kalkulację „kalkulator kosztów płacowych…" opracowaną przez związek pracodawców ochrona ze względu na uwzględnienie kosztów pracy z rozbiciem na wymagane składniki. Podkreśla wymóg kompleksowego wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Wskazuje na koniec na brak dowodów dotyczących składki wypadkowej, która ustalana jest indywidualnie przez ZUS dla podmiotu świadczącego usługę. Zauważył, że koszty chorobowe do 15 dnia obciążają pracodawcę. Stwierdza, że jedyna pozycja z kalkulacji konkurenta możliwa do pozyskania nieuwzględniona w innych pozycjach środków to zysk. Przypomina, że złożona kalkulacja wskazywała na prawidłową metodę wyliczenia składowych i następstw prawnych.
Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika wnoszącego sprzeciw w odniesieniu do uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, w wyniku analizy stanowisk przedstawionych na rozprawie z uwzględnieniem treści dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez zamawiającego, a nadto biorąc pod uwagę wynik postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2385/23 dotyczącego tego samego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła i zważyła, co następuje.
Rozstrzygnięcie przedstawione w sentencji wyroku swej istocie sprowadza się do oceny zgodnej ze stanowiskiem zamawiającego, że wymaga ponowienia ocena ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, tj. zarówno przez wybranego pierwotnie, jak i pozostałych ze sobą i z nim konkurujących. Ponowna analiza zasadności zaoferowanych cen z uwzględnieniem ewentualnych dodatkowych wyjaśnień, co nie jest wykluczone, powinna doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia i przepisami prawa,. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu uznaje za uzasadnione, by nie rozstrzygać ostatecznie o cenie zaoferowanej przez odwołującego mając na uwadze, że w wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, status wszystkich wykonawców powinien być równy wobec zasady prawa zamówień publicznych statuującej równość wykonawców i wymóg takiego ich traktowania stosownie do art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie § 9 ust. 3 oraz § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. Nr 41, poz. 2437).

.

Przewodniczący: .....