

WYROK

z dnia 5 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- A. Konsorcjum: Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Art Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
- B. Konsorcjum: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3008/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego – Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, 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:

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„świadczenie usługi ochrony obiektów Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim oraz osób i mienia w nich się znajdujących”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 października 2022 r., Nr 2022/BZP 00383373/01.

W dniu 14 listopada 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, które polegały na:

- a) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (jako lider tego Konsorcjum), Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Art Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej łącznie jako „Konsorcjum Ekspert Security DUO”,
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum firm MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (jako lider tego Konsorcjum) i Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zwanych dalej łącznie jako „Konsorcjum MM Service Monitoring”, w warunkach, w których oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez tych wykonawców takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,

- c) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Ekspert Security DUO, w warunkach, w których oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez tych wykonawców takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- d) zaniechaniu wezwania Konsorcjum MM Service Monitoring do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, podczas gdy oferta tych wykonawców nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, a w związku z tym powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Konsorcjum MM Service Monitoring o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłyby do powstania strat po stronie Konsorcjum MM Service Monitoring (zarzut nr 1),
- 2) art. 224 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Konsorcjum MM Service Monitoring oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której

Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonej oferty oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty (zarzut nr 2),

- 3) art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Konsorcjum Ekspert Security DUO warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, co potwierdzają złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego (zarzut nr 3).

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie swojego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 2) wezwanie Konsorcjum MM Service Monitoring do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekspert Security DUO oraz Konsorcjum MM Service Monitoring związku z faktem, iż ich cena jest rażąco niska.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Skarżący podał, że choć Zamawiający poprawnie, wobec powziętych wątpliwości dotyczących realności ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Ekspert Security DUO wystosował wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty, to jednak poprzez błędną ocenę złożonych wyjaśnień nie odrzucił oferty tego Konsorcjum, która zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał naruszenia art. 224 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Konsorcjum MM Service Monitoring oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonej oferty oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty.

Zdaniem Odwołującego zaproponowane przez Konsorcjum Ekspert Security DUO warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślił przy tym, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również pod względem merytorycznym. W ocenie Odwołującego brak właściwej kontroli ze strony Zamawiającego doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach. Odwołujący uważa również, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Konsorcjum Ekspert Security DUO warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, natomiast wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich stawianych przez Zamawiającego wymagań, jak np. zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak również w aktualnych warunkach rynkowych. W konsekwencji doprowadziło to do uznania, że pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenia zamówienia zostały uznane za niekonkurencyjne w stosunku do

oferty wybranej przez Zamawiającego. Według Odwołującego złożone przez Konsorcjum Ekspert Security DUO wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny jedynie to potwierdzają, ponieważ Konsorcjum nie uwzględniło w nich elementów koniecznych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, takich jak np. koszty zastępstwa dziewięciu osób przebywających na zwolnieniach lekarskich (do kalkulacji powinno zostać przyjęte średnio 15,46 dnia na jednego pracownika rocznie zgodnie z raportem GUS pn. „Raport o absencji chorobowej” z marca 2021 r.), zaniżone koszty zastępstw urlopowych, nieuwzględnienie w złożonej ofercie kosztów szkoleń okresowych oraz badań lekarskich dla pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych POF, kosztów utrzymania częstotliwości radiowej i kosztów wydania paszportów dozymetrycznych oraz koniecznych szkoleń z zakresu ochrony radiologicznej wymaganych przez Zamawiającego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnymi z SWZ i jego opisem. Wątpliwości Odwołującego budzą również przewidziane w ofercie koszty administracyjne, organizacyjne itp., które Konsorcjum Ekspert Security DUO oszacowało na 250 złotych w skali miesiąca, a co w warunkach rynkowych nie pozwoli nawet na obsługę kadrowo – płacową 18 pracowników oddelegowanych do realizacji zamówienia. Nie uwzględnione zostały również koszty nadzoru i inne koszty funkcjonowania spółek wchodzących w skład tego Konsorcjum. Ponadto koszty oferty skalkulowane zostały na ułamkowe części etatu (17,4 etatu), wyłącznie z kosztów jednej roboczogodziny, natomiast zgodnie z wymaganiami Zamawiającego pracownicy powinni być zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy (18 etatów).

Odwołujący uważa, iż przedstawione przez Konsorcjum Ekspert Security DUO oraz Konsorcjum MM Service Monitoring warunki cenowe w ogóle nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób, co implikuje stwierdzenie, że cena zaoferowana przez obydwu tych wykonawców jest rażąco niska i uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Na potwierdzenie tego Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem kalkulatora opracowanego przez ZUS. Zdaniem Odwołującego załączona do jego odwołania kalkulacja ceny oferty, która zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca będzie świadczona tylko przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz które będą otrzymywały wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę, potwierdza, że zarówno cena oszacowana przez Konsorcjum MM Service Monitoring w wysokości 1 261 112 zł 11 gr (słownie:

jeden milion dwieście sześćdziesiąt jeden tysięcy sto dwanaście złotych jednaście groszy) z podatkiem VAT, jak i cena zaoferowana przez Konsorcjum Ekspert Security DUO w wysokości 1 251 412 zł 90 gr (słownie: jeden milion dwieście pięćdziesiąt jeden tysięcy czterysta dwanaście złotych dziewięćdziesiąt groszy) z podatkiem VAT, nie pozwolą nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które według wyliczeń własnych Odwołującego opartych na kalkulatorze opracowanym przez ZUS w celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 1 303 770 zł 52 gr (słownie: jeden milion trzysta trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt złotych pięćdziesiąt dwa grosze) z podatkiem VAT – przy uwzględnieniu zysku na poziomie 1 złotego miesięcznie, pomijając zaś wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia, jak np. koszty nadzoru, koszty umundurowania, koszty wyposażenia, koszty działań grup interwencyjnych, koszty usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi.

Według Odwołującego Zamawiający dokonując wyboru oferty zobowiązany jest do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę. Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzi może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w tej sprawie doprowadziło do dopuszczenia do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę, a następnie jej wybór jako pozornie najkorzystniejszej. Oferty obydwu konkurentów zostały przygotowane z pominięciem reguł konkurencji oraz racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej, co też wskazuje na ich faktyczną nieopłacalność dla obydwu Konsorcjów. W związku z tym czymś całkowicie niezrozumiałym dla Odwołującego był brak przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji ofert, które jednoznacznie wskazywały na rażące zaniżenie ceny.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się też naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP, albowiem zaniechał zwrócenia się do Konsorcjum MM Service Monitoring o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, które dotyczyłyby wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez innych oferentów (w tym Odwołującego) rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez Konsorcjum MM Service Monitoring, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Konsorcjum MM

Service Monitoring. Odwołujący wskazał, że art. 224 ustawy PZP zawiera opis procedury, jaką ma obowiązek wszcząć Zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie informację o rażąco niskiej cenie w którejkolwiek z ofert w stosunku do ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych – ustawa PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z negatywnych przesłanek uregulowana w art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła również, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawców – Konsorcjum Ekspert Security DUO i Konsorcjum MM Service Monitoring do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3008/22 po stronie Zamawiającego, albowiem obydwa przystąpienia zostały złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia,

a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum Ekspert Security DUO oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 listopada 2022 r. i stanowisko prezentowane przez Konsorcjum Ekspert Security DUO w jego piśmie z dnia 25 listopada 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego:

- Raportu Absencja Chorobowa w 2021 r.,
- Kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty – usługa ochrony,
- Zawiadomienia z dnia 20 marca 2022 r. o wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe,
- Informacji nt. wyliczenia stawki godzinowej i urlopu wypoczynkowego (kalkulator),
- Informacji nt. wyliczenia dodatków za pracę w porze nocnej w latach 2022/2023,
- Wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w dniu 25 lipca 2022 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej” prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Chełmie,
- Dokumentacji pracowniczej złożonej przez Konsorcjum Ekspert Security DUO.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej, z wyjątkiem Kalkulatora do obliczenia rażąco niskiej ceny oferty załączonego przez Odwołującego do jego odwołania, albowiem w ocenie Izby dokument ten stanowi jedynie wyliczenia własne Odwołującego, oparte na jego własnych założeniach, bez uwzględnienia indywidualnej sytuacji i warunków Konsorcjum Ekspert Security DUO. Ponadto

wyliczenia te nie znajdują potwierdzenia w innych dowodach znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „*świadczenie usługi ochrony obiektów Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim oraz osób i mienia w nich się znajdujących*”. Numer referencyjny tego zamówienia to ZP/SR/5/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 października 2022 r., Nr 2022/BZP 00383373/01.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę brutto w wysokości 1 325 291 zł 89 gr (jeden milion trzysta dwadzieścia pięć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy).

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 21 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) ofertę należało złożyć na Formularzu Ofertowym będącym załącznikiem nr 2 do SWZ. W rozdziale XVI SWZ został określony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oferty. Zamawiający przewidział, że cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające wprost z Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz wzoru umowy, jak również w nim nie ujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia. Koszty wszelkich opłat i usług w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia pokrywa wykonawca w ramach wynagrodzenia. Cena oferty powinna być

skalkulowana w sposób jednoznaczny, bez podziału na wartości zależne od wielkości zamówienia. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim oferty złożyło trzech wykonawców:

1) Konsorcjum Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na kwotę brutto 1 325 473 zł 39 gr (jeden milion trzysta dwadzieścia pięć tysięcy czterysta siedemdziesiąt trzy złote trzydzieści dziewięć groszy),

2) Konsorcjum MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie na kwotę brutto 1 261 112 zł 11 gr (jeden milion dwieście sześćdziesiąt jeden tysięcy sto dwanaście złotych jedenaście groszy),

3) Konsorcjum Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Art Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na kwotę brutto 1 251 412 zł 90 gr (jeden milion dwieście pięćdziesiąt jeden tysięcy czterysta dwanaście złotych dziewięćdziesiąt groszy).

W dniu 25 października 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Ekspert Security DUO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum wyjaśniło, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i brak jest podstaw, aby budziła ona wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów o których mowa w art 224 ust. 1 ustawy PZP. W odpowiedzi Konsorcjum zawarło szczegółowe wyliczenia w zakresie ceny i kosztów lub ich istotnych części składowych oraz załączyło dowody w postaci informacji nt. wysokości składki wypadkowej, informacji nt. wyliczenia stawki godzinowej i urlopu wypoczynkowego oraz

informacji nt. wyliczenia dodatków za pracę w porze nocnej w latach 2022/2023 celem wykazania zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego.

Konsorcjum wskazało, że zatrudnia 18 kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem minimalnym obowiązującym w:

- w 2022 r. – w wysokości 3 010 zł 00 gr brutto,
- w 2023 r. – w wysokości 3 490 zł 00 gr brutto w okresie styczeń – czerwiec 2023 r.,
- w 2023 r. – w wysokości 3 600 zł 00 gr brutto w okresie lipiec – grudzień 2023 r.,

z dodatkiem za pracę w porze nocnej w wysokości (średnia roczna w formie ryczału):

- 200 zł 67 gr brutto w 2022 r.,
- 232 zł 67 gr brutto w okresie styczeń – czerwiec 2023 r.,
- 240 zł 00 gr brutto w okresie lipiec – grudzień 2023 r.

W zakresie wymiaru urlopu pracowników, to 6 pracownikom przysługuje 20 dni urlopu, natomiast 12 pracownikom przysługuje 26 dni urlopu. Żaden z pracowników nie przystąpił do programu Pracowniczych Planów Kapitałowych. Konsorcjum Ekspert Security DUO zaprezentowało w swoich wyjaśnieniach również szczegółowe wyliczenia dotyczące dodatku za pracę w godzinach nocnych oraz zastępstw urlopowych – w rozbiciu na 2022 r. oraz okresy styczeń – czerwiec 2023 r. i lipiec – grudzień 2023 r.

W 2022 r. łączna suma wynagrodzeń pracowników Konsorcjum delegowanych do wykonania kontraktu wynosi 95 839 zł 20 gr (dziewięćdziesiąt pięć tysięcy osiemset trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy), w okresie styczeń – czerwiec 2023 r. 496 606 zł 08 gr (czteryście dziewięćdziesiąt sześć tysięcy sześćset sześć złotych osiem groszy), natomiast w okresie lipiec – grudzień 2023 r. 406 116 zł 48 gr (czteryście sześć tysięcy sto szesnaście złotych czterdzieści osiem groszy). Całkowite koszty wynagrodzeń zamknęły się zatem w kwocie 998 561 zł 76 gr (dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem tysięcy pięćset sześćdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt sześć groszy).

Koszty obsługi kontraktu po stronie Konsorcjum wyniosą 8 334 zł 00 gr (osiem tysięcy trzysta trzydzieści cztery złote zero groszy) i będą one dotyczyły jedynie umundurowania służbowego, abonamentu telefonicznego, kosztów grupy interwencyjnej i kategorii „inne koszty” obejmującej m. in. koszty operacyjne, administracyjne i gwarancje. Konsorcjum posiada w swoich zasobach w pełni zamortyzowane wyposażenie w postaci kajdanek, RMG w żelu, pałek służbowych, paralizatorów elektrycznych, apteczek pierwszej pomocy, radiotelefonów (w tym przenośnych), telefonów komórkowych, systemu kontroli pracowników i ręcznych wykrywaczy metalu, gdyż zakończyło realizację kilku umów, w których wykorzystywany był ten sprzęt lub wyposażenie i znajduje się on w zasobach magazynowych.

Konsorcjum Ekspert Security DUO podsumowało, że całkowity koszt realizacji umowy, tj. koszty wynagrodzeń i koszty obsługi zamówienia wyniosą 1 006 895 zł 76 gr (jeden milion sześć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt sześć groszy), natomiast jego zysk z kontraktu wyniesie 10 513 zł 14 gr (dziesięć tysięcy pięćset trzynaście złotych czternaście groszy).

Ostatecznie w dniu 8 listopada 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu uznając za taką ofertę Konsorcjum Ekspert Security DUO, której przyznał 100 punktów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba uznała, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu przez Konsorcjum Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Agencja Ochrony K. Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie okazały się być nieuzasadnione w stopniu oczywistym.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Odniesienie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu należy rozpocząć od podstawowego zarzutu odwołania, który w odwołaniu został sformułowany dopiero jako trzeci w kolejności. W zarzucie tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w związku z wyborem oferty Konsorcjum Ekspert Security DUO jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Art. 239 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

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

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w postępowaniu będącym przedmiotem oceny Izby Zamawiający pismem z dnia 25 października 2022 r. wezwał zwycięskiego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, która mogłaby wydawać się rażąco niska. W ocenie Izby Konsorcjum Ekspert Security DUO pismem datowanym na dzień 26 października 2022 r. udzieliło Zamawiającemu bardzo obszernej i wyczerpującej odpowiedzi, która zawierała szczegółowe wyliczenia tego wykonawcy dotyczące części składowych zaoferowanej ceny i do której zostały załączone stosowne dokumenty. Odwołujący nie wykazał w ogóle w odwołaniu, że w świetle tej odpowiedzi Konsorcjum Ekspert Security DUO ujawniły się jeszcze jakieś inne nowe okoliczności, w odniesieniu do których miałyby powstać potrzeba żądania przez Zamawiającego udzielenia dalszych wyjaśnień przez tego wykonawcę. W szczególności do takich okoliczności nie można zaliczyć podnoszonych przez Odwołującego w jego środku ochrony prawnej i na rozprawie kwestii dotyczących zaniżenia kosztów płacowych dotyczących

zwolnień lekarskich, pozapłacowych kosztów pracy czy też urlopów pracowniczych. W dalszej kolejności trzeba też podnieść, że nawet jeśli by przyjąć, iż z treści uzasadnienia odwołania można wyinterpretować, że Odwołujący sformułował również zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Ekspert Security DUO jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, to zważywszy na treść wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 26 października 2022 r. oraz bardzo niewielkie różnice w cenach zaoferowanych przez wszystkich wykonawców i szacunkową wartość zamówienia określoną przez Zamawiającego (kwota 1 325 291 zł 89 gr) nie sposób uznać, że cena oferty zwycięskiego wykonawcy jest nierealna i niewiarygodna, natomiast wykonanie tego zamówienia będzie dla niego nieopłacalne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ustawy PZP, to on również nie zasługiwał na uwzględnienie. W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena. Fakt, że w opinii Odwołującego Zamawiający dopuścił się uchybienia w przedmiotowym postępowaniu dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. przedwcześnie lub w wyniku niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, nie oznacza równocześnie, że Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny albo aby niewłaściwie zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za nieuzasadniony zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Także zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum MM Service Monitoring Izba uznała za niezasadne.

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

Według art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast w art. 16 ustawy PZP ustawodawca określił podstawowe zasady prawa zamówień publicznych. W świetle tego przepisu Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Choć Odwołujący nie podał w treści odwołania, że zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania traktuje jako zarzuty ewentualne (na co ewidentnie wskazuje też chronologia przedstawionych zarzutów), to jednak biorąc pod uwagę okoliczność, że konieczność oceny oferty Konsorcjum MM Service Monitoring jako drugiej w kolejności aktualizuje się dopiero w chwili uznania zasadności przez Izbę zarzutu odwołania kwestionującego wybór oferty zwycięskiego wykonawcy oraz nakazania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, to właśnie jako ewentualne należy potraktować obydwie te zarzuty. Jednocześnie zarzut nr 2 odwołania jako zmierzający do odrzucenia oferty konkurenta należy traktować jako zarzut dalej idący aniżeli zarzut nr 1 odwołania. W ocenie Izby obydwie te zarzuty podlegały oddaleniu. W stanie faktycznym tej sprawy nie zostały spełnione przesłanki, które obligują Zamawiającego do skorzystania z procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Skoro Zamawiającego usatysfakcjonowały w pełni wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny udzielone przez wykonawcę, który wygrał przetarg, cena zaoferowana przez wykonawcę sklasyfikowanego w rankingu ofert na pozycji drugiej była raptem o około 10 tysięcy złotych wyższa od ceny zaoferowanej przez zwycięskiego wykonawcę i zarazem obydwie te ceny były niższe tylko o kilkadziesiąt tysięcy złotych od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to nie zaszła żadna z przesłanek uzasadniających zastosowanie mechanizmu art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Ani cena zaoferowana przez Konsorcjum MM Service Monitoring nie mogła obiektywnie wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani też nie mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego w dokumentach zamówienia lub wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów.

Skoro w ocenie Izby nie było podstaw do wzywania Konsorcjum MM Service Monitoring do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to tym bardziej nie było podstaw do automatycznego odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP – bez uprzedniego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na względzie Izba uznała za niezasadne oba zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem Zamawiającego poniesionym na wynagrodzenie pełnomocnika, tj. kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: