

WYROK
z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Basma Security Sp. z o.o., CERBER OCHRONA Sp. z o.o., AS Security Sp z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., Stekop S.A. z siedzibą lidera w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie;**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Sp. z o. o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Basma Security Sp. z o.o., CERBER OCHRONA Sp. z o.o., AS Security Sp z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., Stekop S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Basma Security Sp. z o.o.,**

CERBER OCHRONA Sp. z o.o., AS Security Sp z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., Stekop S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Basma Security Sp. z o.o., CERBER OCHRONA Sp. z o.o., AS Security Sp. z o.o., BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j., Stekop S.A. z siedzibą lidera w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **22 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Olsztynie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej realizowane w formie bezpośredniej, stałej ochrony fizycznej i monitorowania sygnałów alarmowych, przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych przez oddalone centra monitorowania Wykonawcy w m. Olsztyn, Marcinkowe, Ostróda, Lidzbark Warmiński i Lipowiec” z podziałem na trzy części. Przedmiotem zamówienia w części 3 są usługi specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej realizowane w formie bezpośredniej, w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej kompleksu wojskowego 8. Batalionu radiotechnicznego Lipowiec; znak sprawy: 22WOG-ZP.2712.40.2019/ A/ 1/ 1101/ U/ OB/ PO (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 211-518881.

W dniu 24 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Basma Security Sp. z o.o.**, **CERBER OCHRONA Sp. z o.o.**, **AS Security Sp z o.o.**, **BASMA SECURITY GUARD A. M. i M. W. Sp. j.**, **Stekop S.A. z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący” lub „Konsorcjum Basma Security”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z przepisem art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Sp. z o. o.**, **DGP Provider Sp. z o. o.**, **7MG Sp. z o. o.**, jako oferty podlegającej odrzuceniu (dalej zwani jako „przystępujący” lub „Konsorcjum DGP”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum DGP zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum DGP której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia;
2. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia;

a ponadto zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że 14 lutego 2020 r. zamawiający dokonał oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i przekazał informację o wyborze oferty Konsorcjum DGP, jako oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia.

Dalej przytaczał zapisy SIWZ tj. zamieszczone w Rozdziale VI, pkt 6, 7, 8 i 9 oraz w Rozdziale XX - pkt 1, oraz odpowiedzi na pytania wykonawców: pytanie 9 w związku z wyjaśnieniami treści SIWZ (pismo z 22 stycznia 2020 r.); pytanie 1 w związku z wyjaśnieniami treści SIWZ (pismo z 30 stycznia 2020 r.). Podkreślał, że niezaprzeczalnym jest, w świetle powyższych zapisów i wyjaśnień, że pracownicy realizujący zadania dowódcy i portierzy zatrudnieni muszą być na podstawie umowy o pracę, a ponoszony z tego tytułu koszt przez wykonawcę nie może być niższy niż wynikający z minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W dalszej części odwołujący prezentował zestawienie kosztów brutto, jakie ponosi wykonawca w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę, w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę lub wysokość minimalnej stawki godzinowej:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2020

1. Minimalne miesięczne wynagrodzenie brutt od 1 stycznia 2020 r.

minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto pracownika	2 600,00
dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	
$2.600,00 : 168 \text{ godz.} \times 20\% = 3,10 \text{ zł} \times 56 \text{ godz.}$	173,60
przychód brutto razem	2 773,60

2. Składki ZUS pracodawcy (19,65 % od sumy z poz. 1 - 2.773,60)

emerytalna 9,76 %	270,70
rentowa 6,50 %	180,28
wypadkowa 0,84 %	23,30
fundusz pracy 2,45 %	67,95
fundusz GŚP 0,10 %	2,77
składki razem	545,00

3. Suma pozycji 1 + 2

4. Wyliczenie świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca

$3.318,60 \text{ przychód} : 21 \text{ dni średnio w miesiącu} \times 26 \text{ dni wymiar urlopu}$	
pracownika : 12 miesięcy w skali roku = 342,40	342,40

5. Wyliczenie wynagrodzenia chorobowego za 10 dni

składki ZUS za pracownika (13,71% od sumy z poz. 1 - 2.773,60)

emerytalna 9,76 %	270,70
rentowa 1,50 %	41,60
chorobowa 2,45 %	67,95
składki razem	380,25

$2.773,80 \text{ przychód} - 380,25 \text{ składki} : 30 \text{ dni wg ustawy ZUS} = 79,78 \text{ dzienna}$
stawka 100 %

$79,78 \times 80\% = 63,82 \text{ dzienna stawka} \times 10 \text{ dni wynagrodzenia chorobowego}$	
12 miesięcy w skali roku	53,18

6. Podstawowy miesięczny koszt utrzymania pracownika

Suma pozycji 3+4+5	3 714,18
--------------------	----------

7. Koszt podstawowy i roboczogodziny pracy pracownika

$3 714,18 : 168 \text{ godzin}$	22,11
---------------------------------	-------

8. Koszt PPK

Koszt pracodawcy 1,5% kwoty brutto	39,00
Koszt pracownika 2% kwoty netto - nie jest wliczany do kosztu stawki	
Koszt obsługi 0,5% kwoty brutto	13,00
Koszt PPK	0,31

Koszt od 1 stycznia 2020 r.	22,42
<u>Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy zleceniobiorcy - rok 2020</u>	
1. Podstawowy miesięczny koszt utrzymania zleceniobiorcy brutto miesięcznie od 1 stycznia 2020 r.	
Składki ZUS przynajmniej od minimalnego wynagrodzenia	2 856,00
2. Składki ZUS zleceniodawcy (19,65 % od sumy z poz. 1 - 2 856,00)	
emerytalna 9,76 %	278,75
rentowa 6,50 %	185,64
wypadkowa 0,84 %	23,99
fundusz pracy 2,45 %	69,97
fundusz GŚP 0,10 %	2,86
składki razem	561,20
3. Suma pozycji 1 + 2	3 417,20
4. Koszt podstawowy 1 godziny pracy zleceniobiorcy	
Suma pozycji 3+4+5	3 714,18
7. Koszt podstawowy i roboczogodziny pracy pracownika	
3 417,20 : 168 godzin	20,34
8. Koszt PPK	
Koszt pracodawcy 1,5% kwoty brutto	42,84
Koszt pracownika 2% kwoty netto - nie jest wliczany do kosztu stawki	
Koszt obsługi 0,5% kwoty brutto	14,28
Koszt PPK	0,34
Koszt od 1 stycznia 2020 r.	20,68

Podsumowując powyższe, odwołujący podniósł, że minimalny koszt jaki ponosi wykonawca w związku z zatrudnieniem pracownika na podstawie umowy o pracę, uwzględniający pracę w porze nocnej, wynosi: 22,42 zł. Powiększony o należny podatek VAT

w wysokości 23 %, tj. 27,58 zł brutto - jest większy niż przewidywana stawka brutto 1 rbh wynagrodzenia dla pracownika. Z kolei minimalny koszt, jaki ponosi wykonawca w związku z zatrudnieniem pracownika na podstawie umowy zlecenia, wynosi: 20,68 zł. Powiększony o należny podatek VAT w wysokości 23 %, tj. 25,44 zł. brutto - przewidywana stawka brutto 1 rbh wynagrodzenia dla pracownika.

Konsorcjum DGP określiło natomiast koszt jaki ponosić będzie w związku z przewidywaną stawką brutto gwarantującą zapłatę minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej w pozycji nr 7 Formularza ofertowego:

Numer zadania	Jednostka/Instytucja przewidziana do ochrony	Rodzaj ochrony	Ilość dni ochrony	Ilość godzin ochrony na zmianie	Ilość pracowników ochrony na dobę	Przewidywana stawka brutt 1 rgh wynagrodzenia dla pracownika	Stawka brutt 1 rgh pozostałych kosztów wykonawcy	Stawka brutto w zł. za 1 rgh ochrony (kol. 7 + 8) Miesięczna stawka brutt w zł. za usługi monitorowania
1	2	3	4	5	6	7	8	9
3	8. brt Lipowiec 138 12-100 Szczytno	Dowódca ochrony we wszystkie dni	275	24	1	22,33	5,15	27,48
		Pracownik ochrony we wszystkie dni	275	24	5	22,33	5,15	27,48
		Obsługa biura przepustek w dni robocze	192	10	1	22,33	5,15	27,48

W ocenie odwołującego, skalkulowana w ten sposób stawka w wysokości 22,33 zł. brutto (z należnym podatkiem VAT) w sposób jednoznaczny potwierdza okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i/ lub 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 25 lutego 2020 r., poinformował wykonawcę który złożył ofertę w postępowaniu, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 27 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Sp. z o. o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Katowicach**, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 6 marca 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w części trzeciej i ubiega się o zamówienie. Jego oferta, w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta przystępującego zostanie odrzucona, a odwołującego zostanie sklasyfikowana jako najkorzystniejsza, a tym samym odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego na rozprawie, składane na okoliczność wykazania, że cena w ofercie przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej:

1. Kalkulacja własna - wyliczenie stawki za 1 rgh, z uwzględnieniem minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2020 r.;
2. Wyliczenia minimalnej stawki kalkulacyjnej za godzinę ochrony w roku 2020 - wydruk ze strony Polskiej Izby Ochrony;
3. Danych na temat absencji chorobowej osób ubezpieczonych, dane wg. województw - wydruk ze strony internetowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez przystępującego na rozprawie w postaci:

1. Szczegółowej kalkulacji kosztów poniesionych w związku z postępowaniem (dotyczy części trzeciej) wraz ze sposobem wyliczenia ceny oferty (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa);

2. dowody na okoliczność prawidłowości sporządzenia kalkulacji w zakresie kosztów zakupu materiałów, niezbędnych do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp pn. „Usługi Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej realizowane w formie bezpośredniej, stałej ochrony fizycznej i monitorowania sygnałów alarmowych, przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych przez oddalone centra monitorowania Wykonawcy w m. Olsztyn, Marcinkowe, Ostróda, Lidzbark Warmiński i Lipowiec”, z podziałem na trzy części. Przedmiotem zamówienia w części 3 jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia dla garnizonu Lipowiec, realizowanych w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej kompleksu wojskowego 8. batalionu radiotechnicznego Lipowiec (dalej 8.brt Lipowiec), położonego w Lipowcu 138, 12-100 Szczytno.

Ponadto, jak ustaliła Izba, zamawiający w Rozdziale 6 SWIZ – Kryterium oceny ofert i ich znaczenie, w pkt 6 zastrzegł, że „Stawka brutto za 1 godzinę ochrony przyjęta do wyliczenia ceny oferty nie może być niższa od przewidywanej stawki brutto 1 rbh wynagrodzenia dla pracownika, ustalonej w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, określonych na rok 2020 na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177

z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019r., poz. 1778). Zgodnie z pkt 7: „Cena oferty musi być podana zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2019r. poz. 178 z późn. zm.) w złotych polskich”. Jednocześnie w pkt 8 wskazano: „Cena oferty to cena ustalona poprzez zsumowanie wartości brutto poszczególnych pozycji w „Formularzu cenowym”. Zgodnie z pkt 9: „Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy; zgodnie z przepisami

ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym”. Z kolei w Rozdziale XX SIWZ - Wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a, zamawiający postawił wymóg, aby skierowani przez wykonawcę do wykonywania zamówienia kwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej, przewidziani do wykonywania zadań na stanowisku dowódcy ochrony i portierów (dotyczy części 1 zadanie nr 1, 2, 3, 4/5, 9,10, części 2 zadanie nr 1, 2, 3 oraz części 3) zatrudnieni byli na warunkach określonych w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp tj. na

podstawie umowy o pracę
w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r.,
poz. 1040 z późn. zm.).

Ponadto, zgodnie z §3 wzoru umowy - wartość umowy i warunki płatności, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający zaznaczył, że całkowita wartość umowy, stanowiąca wynagrodzenie wykonawcy za świadczenie usług, będących przedmiotem umowy, o których mowa w §1 ust. 4, nie może przekroczyć wskazanej w ofercie kwoty i jest sumą wynagrodzeń wykonawcy w poszczególnych latach, określonych w ust. 2. Z kolei w ust. 2 zaznaczono, że zgodnie ze złożonym przez wykonawcę „Formularzem oferty”, stanowiącym Załącznik nr 2 do niniejszej umowy, roczna wartość wynagrodzenia wykonawcy nie może przekroczyć określonych wartości. Dalej, w ust. 4 wzór umowy przewiduje, że stawka jednej roboczogodziny ochrony fizycznej w kompleksie 8.brt Lipowiec będzie określona kwotowo. Wartość ta z kolei będzie wynikała z Formularza cenowego dla części trzeciej i zostanie przeniesiona z kolumny 9 ww. formularza. Z kolei w §14 wzoru umowy przewidziano możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (zwiększenia lub zmniejszenia), określonego w §3 ust. 1 wzoru umowy (dot. łącznego wynagrodzenia, które przysługuje wykonawcy w całym okresie wykonywania zamówienia), w przypadku: 4.3. zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz. U. z 2018r. poz. 2177 z późn. zm.); 4.4. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki - składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; 4.5. zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Jednocześnie zaznaczono, że odpowiednia zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, może być dokonana w odniesieniu do przyszłego okresu trwania umowy, liczonego od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów lub wprowadzonych zmian dotyczących terminu lub zmniejszenia/ zwiększenia zakresu przedmiotu Umowy i skutkuje zmianą całkowitej jej wartości, rocznej wartości wynagrodzenia wykonawcy i średniego miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, o których mowa w §3 ust. 1, 2 i 3 umowy. Zgodnie z ust. 5 przedmiotowe zmiany umowy wskazane w ust. 1, 2, 3 i 4 niniejszego paragrafu, mogą być dokonane na pisemny wniosek zamawiającego lub wykonawcy, po wspólnie przeprowadzonych przez strony ustaleniach.

Jednocześnie, na podstawie akt sprawy, Izba ustaliła, że w części trzeciej zamówienia oferty złożyło pięciu wykonawców: odwołujący za cenę brutto: 4 815 253,20 zł.;

przystępujący za cenę brutto: 4 542 444,00 zł.; wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SOLID SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SOLID Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - cena oferty brutto: 5 071 404,00 zł.; wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, TM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze - cena oferty brutto: 5 350 761,00 zł.; wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: „EKOTRADE” sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, EKOTRADE SECURITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena oferty brutto: 5 453 247,00 zł.

Zamawiający 14 lutego 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum DGP, jako oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonując wyboru oferty Konsorcjum DGP, naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Za sprzeczne z przepisami ustawy Pzp traktuje się automatyczne uznanie ceny

za rażąco niską i odrzucenie z tego powodu oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Potwierdza to orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (tak np. wyrok z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 Constanzo), w którym podkreślono, że: sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Zamawiający zatem, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zgodnie z cytowanym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei obowiązek wezwania do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zachodzi, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego zawiera cenę, którą uznać należy za rażąco niską, przy czym odwołujący w tym zakresie nie powoływał się na treść składanych przez przystępującego wyjaśnień, gdyż do tych Konsorcjum DGP nie zostało przez zamawiającego wezwane. Ponadto, w niniejszej sprawie nie zaszły okoliczności, które obligowały zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż cena oferty złożonej przez przystępującego w części trzeciej zamówienia nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Jak ustaliła Izba, zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części trzeciej na kwotę netto 3 723 633,65 zł., co wynika z informacji zamieszczonej przez zamawiającego w pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania (druk

ZP-PO). Jak wynika z kolei z informacji z otwarcia złożonych ofert - oferty dla tej części złożyło pięciu wykonawców. W protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 10 lutego 2020 r. znajduje się informacja, iż komisja dokonała analizy złożonych ofert pod kątem badania w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyliczenia zaprezentowane przez zamawiającego wskazują, że ceny za realizację zamówienia, w stosunku do średniej arytmetycznej wartości złożonych ofert wahają się (dla Konsorcjum DGP) od 90,01 % do 108,06 %. Z kolei biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia to cena w ofercie Konsorcjum DGP stanowi 99,18 % wartości szacunkowej zamówienia, w przypadku najdroższej oferty jest to 119,06 % wartości szacunkowej. Należy zatem zauważyć, że rozbieżności co do całkowitej ceny ofertowej, porównując je do szacunku zamawiającego, nie są znaczne. Odwołujący nie kwestionował również prawidłowości dokonanego szacunku.

Nie ulega wątpliwości, że powyższe nie przesądza jeszcze, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Aby jednak takie wezwanie było uzasadnione, cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, muszą wydawać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podkreślić należy jednak, że adresatem tego przepisu jest zamawiający, gdyż przepis stanowi, że wezwanie takie jest zasadne, jeśli to zamawiający takich wątpliwości nabierze. Powstaje zatem pytanie, czy w niniejszej sprawie zachodzą takie okoliczności, które uzasadniałyby wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty przystępującego i w konsekwencji wezwanie do wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Wprawdzie do odwołania odwołujący załączył, jak też na rozprawie przedstawił swoje wyliczenia, mające wskazywać, że cena zaproponowana przez Konsorcjum DGP w tym postępowaniu nie uwzględnia minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na rok 2020.

Co jednak istotne dla oceny przedstawionych zarzutów odwołujący swoje wyliczenia odnosił do określonej w kolumnie 7 - przewidywanej stawki brutto 1 rgh wynagrodzenia dla pracownika, a nie do łącznej stawki brutto w zł. za 1 rgh ochrony. Argumentował, że w kolumnie tej należało uwzględnić wszystkie koszty, ponoszone z tytułu zatrudnienia osób niezbędnych do realizacji zamówienia, a więc nie tylko skalkulować koszt brutto uwzględniający minimalne wynagrodzenie za pracę (od 1 stycznia 2020 r. - 2 600,00 zł. czy wyliczone w przypadku umowy - zlecenia 2 856,00 zł.), ale również związane z koniecznością opłacenia składek ZUS, czy koniecznością wypłacania świadczeń z tytułu choroby czy urlopu. Z kolei, jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum DGP, złożonych na rozprawie, wykonawca ten w kolumnie 7

uwzględnił wyłącznie koszt związany z wynagrodzeniem brutto „dla pracownika”, czyli kwotę wypłacaną tej osobie. Co więcej, wpisał w tej kolumnie stawkę uśrednioną, czyli otrzymywaną przez pracownika zatrudnionego na umowę o pracę i wykonującego pracę na podstawie umowy cywilno-prawnej. Wszystkie pozostałe zobowiązania pracodawcy ujął z kolei

w kolumnie 8 - stawka brutto 1 rgh pozostałych kosztów wykonawcy. W ocenie Izby takie działanie przystępującego było prawidłowe, albowiem zgodne z treścią SIWZ. Zamawiający bowiem, wbrew stanowisku zaprezentowanemu na rozprawie, że w kolumnie 7 należało uwzględnić wszystkie koszty dodatkowe, związane z zatrudnieniem pracowników, nie zawarł w tym zakresie żadnych instrukcji w dokumentacji przetargowej. Skoro tak, Konsorcjum DGP miało prawo uznać, że należy kierować się literalnym brzmieniem zapisów SIWZ w tym zakresie i skalkulować w tej pozycji wyłącznie te elementy, które są przeznaczone „dla pracownika” a więc kwoty brutto przeznaczone dla tych osób.

W ocenie Izby należało zatem ocenić czy cena zaproponowana w ofercie przystępującego nie jest rażąco niska, odnosząc ją nie do stawki wpisanej w kolumnie 7, ale do stawki wskazanej w kolumnie 9. W niej wykonawcy uwzględnić mieli bowiem wszystkie koszty, związane z realizacją zamówienia a zatem: zaangażowania pracowników ochrony, ich uzbrojenia i wyposażenia w odpowiednie środki przymusu bezpośredniego, umundurowania

i przeszkolenia. Takie podejście należy również uznać za uzasadnione, mając na uwadze zapisy projektu umowy - załącznik nr 2 do SIWZ. Zgodnie z §3 ust. 4 wzoru umowy zamawiający dokonywał będzie rozliczeń, biorąc pod uwagę wskazaną przez wykonawcę w Formularzu cenowym stawkę za 1 rgh (cena z kolumny 9). Z kolei w §14 ust. 4 wzoru umowy przewidziano możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w określonych

w umowie przypadkach, odnosząc możliwość zmiany do łącznej wysokości wynagrodzenia, wypłacanego wykonawcy za cały okres realizacji umowy tj. za okres od 2020 r. do 2023 r.

I tak, odnosząc się do zaproponowanej w ofercie Konsorcjum DGP stawki brutto za 1 rgh ochrony Izba uznała, że stawka 27,48 zł. nie może zostać uznana za rażąco niską, a więc taką która nie pozwala na realizację zamówienia na warunkach określonych w SIWZ. Poziom zaproponowanej ceny nie budzi również wątpliwości pod kątem możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z kalkulacji przedstawionych przez odwołującego, złożonych na rozprawie stawka brutto za 1 rgh, w przypadku zatrudnienia pracownika

na umowę o pracę, wynosi 27,07 zł. brutto, a więc jest niższa niż wyliczona przez przystępującego w ofercie o 0,40 zł. Z kolei z kalkulacji zawartych w treści odwołania wynika, że przewidywana stawka brutto w przypadku zatrudnienia na umowę o pracę to 27,58 zł.

brutto, w przypadku umowy zlecenia - 25,44 zł. brutto. Dostrzeżenia wymaga, że już w samych kalkulacjach przygotowanych przez odwołującego występują rozbieżności, co świadczy o tym, że istnieje jednak szereg zmiennych, które dany wykonawca uwzględnia w kosztach związanych z zatrudnieniem, lub też uwzględnia je w innej wysokości (jak np. składka wypadkowa, koszt związany z przystąpieniem pracowników do Pracowniczych Programów Kapitałowych). Przystępujący swoje kalkulacje opierał na zmiennych, które są właściwe tem wykonawcy, w okolicznościach konkretnego zamówienia. Mogą zatem występować nieznaczne różnice w poziomie przyjętych stawek.

Z kolei kalkulacja sporządzona przez Polską Izbę Ochrony, przedłożona jako dowód na rozprawie przez odwołującego, z której wynika, że w przypadku kwalifikowanego pracownika ochrony z dostępem do broni palnej minimalna stawka, w przypadku etatowej formy zatrudnienia wynosić powinna ca. 32,00 zł. brutto może jedynie stanowić materiał pomocniczy. Jak wskazano w treści opracowania jest to stawka rekomendowana i dotyczy etatowej formy zatrudnienia. W kalkulacji przyjęto także szereg założeń, które nie dotyczą w równym stopniu wszystkich wykonawców, albowiem zależą od zawartych kontraktów (np. koszty ponoszone na umundurowanie, szkolenia) czy też założeń przyjętych przez dany podmiot (np. poziom osiąganego zysku). Zwrócić też należy uwagę, że dotyczy ona wyłącznie osób zatrudnionych na umowy o pracę. Tymczasem przystępujący zamierza zatrudnić

na umowę o pracę 5 dowódców oraz 2 portierów Biura Przepustek, natomiast 16 wartowników będzie świadczyło usługi na podstawie umowy - zlecenia). Formularz cenowy nie przewidywał odrębnej kolumny na wpisanie stawki wynikającej z konieczności zatrudnienia pracownika i odrębnej na umowę- zlecenie. Należało zatem wpisać stawkę uśrednioną, co również niewątpliwie przekłada się na poziom wskazanej ceny. Z powyższych powodów uznać należy, że kalkulacja sporządzona przez Konsorcjum DGP nie dawała zatem podstaw, aby zamawiający powziął wątpliwości co do zaproponowanej przez Konsorcjum DGP ceny.

Podkreślić należy, że to zamawiający każdorazowo rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (tak: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10).

Ponadto, przystępujący przedłożył na rozprawie jako dowód, szczegółową kalkulację, z poszczególnymi elementami składającymi się na koszty w postępowaniu w lokalizacji Lipowiec (tj. w części trzeciej zamówienia). W tabeli zestawiono koszty, w rozbiu na koszty wynagrodzeń pracowników, których zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wykonawca

był zobligowany zatrudnić na umowy o pracę oraz koszty ponoszone z tytułu zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych. Ponadto Konsorcjum DGP uwzględniło w swoich wyliczeniach koszty wyposażenia, narzut kosztów wydziałowych, zarządu oraz przewidziało zysk. Przystępujący, na potwierdzenie rzetelności kalkulacji, w odniesieniu do niektórych z elementów pozapłacowych, przedłożył także umowy (np. na dostawę umundurowania) oraz faktury czy cenniki. Analiza tego dokumentu wskazuje, że Konsorcjum DGP uwzględniło w swoich kalkulacjach elementy składające się na cenę przedmiotowego zamówienia.

Tym samym nie zasługuje również, w ocenie Izby, na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DGP z tego powodu, że treść oferty wykonawcy pozostaje niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca skalkulował cenę oferty niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jak wskazano wyżej przystępujący skalkulował w swojej ofercie koszty niezbędne do realizacji przedmiotowej usługi, zgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ, a zaproponowana cena nie budzi wątpliwości pod kątem możliwości realizacji zamówienia w części trzeciej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: