

WYROK
z dnia 24 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Tettsui Security Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotą 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście

złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie usług w zakresie ochrony osób, mienia, obiektów oraz usługa systemu sygnalizacji pożarowej, dźwiękowego systemu ostrzegawczego w obiektach Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00476455/01.

I. W dniu 9 stycznia 2023 r. wykonawca Tettsui Security Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Ostrołęce wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości,
- art. 163 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie wadliwej procedury badania i oceny ofert oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,
- art. 224, 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako „przystępujący”) oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- art. 226 ust. 1 pkt 8, pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez przystępującego, zawierającej rażąco niską cenę, wobec której zamawiający nie zbadał oferty, a tym samym wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, w sytuacji kiedy oferta przystępującego, jako zawierająca rażąco niską cenę, winna zostać odrzucona przez zamawiającego,

- art. 252 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, w sytuacji kiedy ta, jako zawierająca rażąco niską cenę, winna zostać odrzucona przez zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu uchylenia skutków prawnych zaskarżonej czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert, oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem okoliczności, że w stosunku do przystępującego wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący m.in. przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych. Z wyliczeń odwołującego wynika, że minimalne koszty pracy wynoszą: 683 580,96 zł netto. Ponadto, odwołujący wskazał dodatkowe koszty wykonawcy związane z realizacją usługi:

- wsparcie ochrony fizycznej przez grupy interwencyjne (zgodnie z pkt 3 i 5 załącznika nr 2 do SWZ),
- zainstalowanie systemu antynapadowego wyposażonego w mobilne przyciski napadowe (zgodnie z pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ),
- zainstalowanie systemu kontroli obchodów obiektów (zgodnie z pkt 4 załącznika nr 2 do SWZ),
- zapewnienie ubioru dla pracowników ochrony (zgodnie z pkt 7 załącznika nr 2 do SWZ),
- kontrola pracowników 2 razy w miesiącu przez patrol interwencyjny,
- nadzór,
- rezerwa związana z zastępstwem na wypadek zwolnień lekarskich.

Odwołujący zauważył, że przystępujący nie posiada na terenie Ostrowi Mazowieckiej, ani w jej otoczeniu, własnych grup Interwencyjnych i w tym zakresie musi korzystać z podwykonawców. W związku z powyższym należy doliczyć koszt podwykonawcy w tym zakresie. Obecnie koszt podjazdu grupy interwencyjnej to 1 000,00 zł netto miesięcznie (dowód załączono do odwołania). Ponadto, odwołujący stwierdził, że bez rzetelnych, prawidłowych wyjaśnień wykonawcy, czy też środków dowodowych, zamawiający nie może uznać, że wycena przystępującego ma charakter rzetelny, tym samym nie jest rażąco niska.

II. Pismem wniesionym w dniu 24 stycznia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz MM Service Security Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił na rozprawie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Wprawdzie sposób sformułowania zarzutów przez odwołującego daleki jest od ideału, jednakże podstawowe znaczenie Izba przypisuje okolicznościom faktycznym, na które powołał się odwołujący oraz tym, które zostały ujawnione w toku rozprawy. Okoliczności te Izba oceniła w kontekście zaistnienia podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, a nie odrzucenia oferty. Przypomnieć należy, że stwierdzenie zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, musi zostać poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym przeprowadzonym na podstawie art. 224 ustawy Pzp. Przepis ten został przez odwołującego przywołany w ramach podniesionych zarzutów, jak i w treści uzasadnienia odwołania odwołujący stwierdził, że bez rzetelnych, prawidłowych wyjaśnień wykonawcy, czy też środków dowodowych, zamawiający nie może uznać, że wycena przystępującego ma charakter rzetelny, tym samym nie jest rażąco niska.

Izba uznała, że w odniesieniu do oferty przystępującego zaistniała podstawa do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z przepisem 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. Na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów odwołujący m.in. przedstawił kalkulację kosztów pracowniczych. Z obliczeń dokonanych przez odwołującego wynika, że minimalne koszty pracy wynoszą: 683 580,96 zł netto. Cena netto oferty przystępującego wynosi 679 176,00 zł netto. Oczywiście przedstawiona przez odwołującego kalkulacja dotyczy przyjętego przez tego wykonawcę sposobu kalkulacji ceny i realizacji zamówienia, jak i może być obciążona błędami skutkującymi podwyższeniem kosztów. Jednakże Izba wzięła pod uwagę również następujące okoliczności: Oprócz kosztów pracowniczych występują również inne kategorie kosztów, wymienione przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania, czemu przystępujący nie zaprzeczył. W toku

rozprawy przystępujący przedstawił własną kalkulację kosztów. Kalkulacja ta nie zawiera szczegółowego rozbicia kosztów i uniemożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości dokonanej wyceny. Istotne znaczenie ma to, że przystępujący przyznał, że w ramach kalkulacji ceny nie uwzględnił kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od 1 lipca 2023 r. Przystępujący powołał się na zawarte w projekcie umowy postanowienie przewidujące możliwość dokonania waloryzacji wynagrodzenia przez cały czas trwania umowy. Należy jednak zauważyć, że stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę, która będzie obowiązywać od 1 lipca 2023 r., była znana wykonawcom w dniu składania ofert - rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952) zostało opublikowane w dniu 15 września 2022 r., natomiast termin składania ofert upływał w dniu 13 grudnia 2022 r. Powyższa okoliczność wywołuje istotne wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny przez przystępującego. W interesie publicznym, jak i interesie zamawiającego, leży szczegółowe zbadanie kalkulacji ceny dokonanej przez przystępującego. Dodatkowo odnosząc się do stanowiska zamawiającego należy wskazać, że ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia czy miesięczna stawka realizacji usługi wynikająca z obecnej umowy zamawiającego z odwołującym, nie mają przesądzającego znaczenia. Nie można wykluczyć, że te kwoty/stawki są zaniżone. Podstawowe znaczenie ma kalkulacja wykonawcy, a w tym zakresie – zdaniem składu orzekającego Izby – należało powziąć uzasadnione wątpliwości.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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). Mając na uwadze treść § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, gdyż złożony przez odwołującego rachunek dotyczył dojazdu „na posiedzenie KIO w dniu 21.04.2022 r.” (spisu kosztów w tym zakresie nie złożono).

Przewodniczący: