

WYROK

z dnia 10 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Agencję Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim, ul. W. Bartniaka 21/23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APGG Sp. z o.o., ul. F. Nowowiejskiego 2/84, 20-880 Lublin (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „PRA-MED” PLUS A. P. Sp. z o.o., ul. Tartaczna 5, 26-600 Radom** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - a) zarzutu 2, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224, art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp
 - b) zarzutu 4, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 28 ustawy Pzp.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APGG Sp. z o.o., ul. F. Nowowiejskiego 2/84, 20-880 Lublin (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „PRA-MED” PLUS A. P. Sp. z o.o., ul. Tartaczna 5, 26-600 Radom** do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim, ul. W. Bartniaka 21/23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencję Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim, ul. W. Bartniaka 21/23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** na rzecz wykonawcy **Agencji Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 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:

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 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. Numer referencyjny: ZP/SR/4/2021”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 listopada 2021 r., poz. 00287804.

W dniu 21 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm APGG Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „PRA-MED” PLUS A. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, zwanego dalej „konsorcjum APGG”,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum APGG, w warunkach, w których oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez Wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechaniu wezwania konsorcjum APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, podczas gdy oferta ta 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,
4. błędnym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych kosztów pracy wynikających z wymogu zrealizowania każdej roboczogodziny w oparciu o umowę o pracę z jednoczesnym uniemożliwieniem skierowania do realizacji zamówienia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, a w związku z tym brakiem możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum APGG, 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 prowadziłoby do powstania strat po stronie konsorcjum APGG,
2. art. 224, art. 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, iż złożona przez konsorcjum APGG oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty,
3. art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez konsorcjum APGG warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, 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,
4. art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. wezwania konsorcjum APGG do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,
3. odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum APGG w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska,
4. ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze szczegółowej kalkulacji kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowaną z wykorzystaniem specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. usługi społeczne przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na okoliczność ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez konsorcjum APGG, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT,
2. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, a także korespondencji z Odwołującym, związanych z wyborem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez wykonawcę warunków cenowych, w tym szacowanej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu zamówienia, wskazanej wysokości roboczogodziny bez podatku VAT, kosztów realizacji zamówienia dla pełnego etatu w ujęciu miesięcznym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że proponowane przez konsorcjum APGG warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają w wątpliwość opłacalność złożonej oferty.

Przedstawione przez konsorcjum APGG warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób a cena zaoferowana przez wykonawców jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego są szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny

oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Dołączona do odwołania kalkulacja ceny oferty, która zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę, potwierdza, iż zarówno cena oszacowana przez Zamawiającego wynosząca 678.868,92 zł brutto, jak i cena zaoferowana przez konsorcjum APGG wynosząca 640.344,15 zł brutto nie pozwolą nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulatorem opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 562.669,82 zł netto (692.083,88 zł z podatkiem VAT), przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi.

A ponadto szczegółowa kalkulacja rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowana z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (w przedstawianym kalkulatorze ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej plus dodatek za godziny nocne i koszty zastępstwa pracowników przebywających na urlopie, kalkulacja nie zawiera kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), a ponadto składka wypadkowa została przyjęta na najniższym możliwym poziomie, założono, iż wszyscy pracownicy mają odpowiednio mężczyźni powyżej 60 lat, kobiety powyżej 55 lat (nie uwzględniono także kosztów PPK) oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym 0,01 zł).

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego.

Reasumując podniósł, iż niemożliwym do zaakceptowania pozostaje postępowanie Zamawiającego, który poprzez swoje zaniechania w zakresie zbadania realiów rynkowych

doprowadził do sytuacji, w której oferenci nie są w stanie faktycznie spełnić wymogów stawianych przez tenże podmiot

W dniu 21 grudnia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię otrzymanego odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 24 grudnia 2021 r. (pismem z dnia 23 grudnia 2021 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „APGG” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (lider) i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED.” PLUS A. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, zwane dalej „konsorcjum APGG”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 5 stycznia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia konsorcjum APGG do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie w zakresie części podniesionych zarzutów, tj.: zarzutu 2 dotyczącego naruszenia art. 224, art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz zarzutu 4 odwołania dotyczącego naruszenia art. 28 ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 676.991,16 zł brutto (notatka służbowa z oszacowania wartości szacunkowej zamówienia na świadczenie usługi ochrony budynków Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim w 2022 roku).

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie usługi przeznaczył kwotę w wysokości 678.868,92 zł brutto (informacja o kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia).

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców: konsorcjum firm: Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Sp. z o.o. i Z. Ochrona Sp. z o.o. z ceną oferty 668.803,89 zł brutto; konsorcjum firm: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o., Vigor Security Sp. z o.o. z ceną oferty 689.281,02 zł brutto; Odwołujący z ceną oferty 710.355,00 zł brutto; konsorcjum APGG z ceną oferty 640.344,15 zł brutto.

Oferta konsorcjum APGG została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zakwestionował powyższe, podnosząc m.in., że przedstawione przez konsorcjum APGG warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób a cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Natomiast art. 224 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i wtedy gdy budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły więc przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do konsorcjum APGG o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Cena zaoferowana przez konsorcjum APGG nie tylko, że przekracza szacunkową wartość zamówienia dla tego konkretnego zadania, ale i kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na jego sfinansowanie.

Niemniej jednak w świetle określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań cena zaproponowana przez konsorcjum APGG – jak wykazał to Odwołujący - budzi wątpliwości do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Niewątpliwym jest bowiem, że Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w SWZ, w tym w OPZ wymagania dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wymagał aby zamówienie było realizowane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy, z wynagrodzeniem w wysokości nie niższej aniżeli określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 3 grudnia 2021 r. - nie były to osoby niepełnosprawne. Kwestia zaoferowanej ceny powinna być więc rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu tego zamówienia, w szczególności wymagań postawionych przez Zamawiającego a zatem z uwzględnieniem okoliczności tego konkretnego stanu faktycznego.

Skoro więc Zamawiający wymagał aby osoby wykonujące czynności polegające na bezpośredniej ochronie fizycznej były zatrudnione na podstawie umowy o pracę to każdy

wykonawca, kalkulując wynagrodzenie osób świadczących bezpośrednią ochronę fizyczną powinien tak wyliczyć cenę, aby kwota przez niego zaoferowana uwzględniała wszystkie obligatoryjne składniki wynagrodzenia, jak i takie, które mogą wystąpić w trakcie realizacji tego zamówienia (np. ekwiwalent pieniężny z tytułu niewykorzystanego urlopu wypoczynkowego).

Odwołujący przy użyciu kalkulatora składek ZUS pokazał jaka – w jego ocenie, dokonanej w oparciu o ten kalkulator - powinna być kwota obejmująca koszty wynagrodzenia pracowników zatrudnionych bezpośrednio przy realizacji tego zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzenia na poziomie nie niższym aniżeli określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zastosowany kalkulator pozwala bowiem na wyliczenie rzeczywistej wysokości składek na ubezpieczenia społeczne, a także na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych a więc składek, jakie muszą być poniesione. Wyliczenie dokonane w oparciu o kalkulator ZUS pozwala z kolei na rozważenie czy cena oferty jest ceną realną i czy pozwala na realizację danego zamówienia. Z tak dokonanej kalkulacji (kalkulacji złożonej przez Odwołującego) wynika, że cena oferty konsorcjum APGG nie pokrywa już samych kosztów pracy wynikających z konieczności zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Same koszty pracy opiewają bowiem na kwotę brutto 692.083,88 zł (kwota netto 562.669,82 zł) a różnica między tą kwotą a ceną zaoferowaną przez konsorcjum APGG wynosi 51.799,73 zł brutto.

Odwołujący dla potrzeb kalkulacji przyjął wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Różnice, na które wskazywał Zamawiający, a które dotyczyły kosztów z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne (emerytalne i rentowe) wynikają z przyjęcia przez Odwołującego dla potrzeb złożonej kalkulacji, iż praca wykonywana jest także w porze nocnej. Dlatego też wysokość składek – jak wyjaśnił Odwołujący na rozprawie - obejmuje także tę okoliczność. Istotnie Odwołujący nie przedstawił sposobu wyliczenia tych kosztów (kosztów pracy w porze nocnej). Wykazał jednak konieczność ich uwzględnienia w kalkulacji kosztów pracy.

W złożonym kalkulatorze Odwołujący nie uwzględnił konieczności wypłaty ekwiwalentu za urlop a jedynie przysługujące pracownikowi świadczenie urlopowe. Załączył jedynie wydruk z kalkulatora ekwiwalentu za urlop, zawierający wyliczenie jego wysokości. Także Zamawiający dokonał wariantowych wyliczeń wysokości ekwiwalentu za urlop a następnie ceny całkowitej zamówienia i w każdym z tych wariantów wyliczona cena przekracza cenę zaoferowaną przez konsorcjum APGG.

Tymczasem w cenie oferty poza kosztami pracy należało uwzględnić także inne koszty wynikające z realizacji zamówienia, tj.: koszty wyposażenia pracowników (broń, mundury, buty, kurtki, itp.), koszty nadzoru nad realizacją kontraktu, paliwa, szkolenia, koszty obsługi administracyjnej itp., jak również koszty wynikające z sytuacji nadzwyczajnych

(koszty wynikające np. z pandemii). Cena powinna także obejmować marżę. A tych kosztów, kosztów dodatkowych, w tak wyliczonej cenie konsorcjum APGG mogło faktycznie nie uwzględnić, skoro istnieją wątpliwości co do możliwości uwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów pracy.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony a zatem usługa, której podstawowym elementem ceny są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób skierowanych do realizacji tego zamówienia). Tak więc cena oferty powinna obejmować swoim zakresem nie tylko koszty pracy związane z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę pracowników ochrony, ale także inne koszty wynikające z realizacji zamówienia. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie konsorcjum APGG na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: