

WYROK

z dnia 23 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Rypińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa (lider) i Cerber Ochrona Sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 01-424 Liw (partner)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Warszawie, al. „Solidarności” 127, 00-898 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa i Ekotrade Security Sp. z o.o., ul. Nabelaka 6/5, 00-743 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa (lider) i Cerber Ochrona Sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 01-424 Liw (partner)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa (lider) i Cerber Ochrona Sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 01-424 Liw (partner)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa (lider)** i **Cerber Ochrona Sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 01-424 Liw (partner)** na rzecz zamawiającego **Sądu Okręgowego w Warszawie, al. „Solidarności” 127, 00-898 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: 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 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 Warszawie, 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 na potrzeby Sądu Okręgowego w Warszawie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia w dniu 9 lutego 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00052389/01

W dniu 8 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Basma Security Sp. z o.o. (lider) i Cerber Ochrona Sp. z o.o., (partner), zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.:

1. od czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ekotrade Sp. z o. o. oraz Ekotrade Security Sp. z o. o., zwanych dalej „konsorcjum Ekotrade”,
2. od zaniechania czynności wezwania konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny jednostkowej za roboczogodzinę, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 224 ust. 1, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za jedną roboczogodzinę, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi, a w konsekwencji wybór oferty konsorcjum Ekotrade jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Ekotrade w części I zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania oferty złożonej przez konsorcjum Ekotrade,
3. wezwanie konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej w zakresie zaoferowanej ceny za jedną roboczogodzinę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w formularzu ofertowym w zakresie części I zamówienia oczekiwał wskazania oferowanej stawki za roboczogodzinę. Łączną cenę brutto za realizację zamówienia należało obliczyć na podstawie stawki godzinowej i prognozowanych przez Zamawiającego 65 500 roboczogodzin w pełnym okresie świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem.

Nadto dodał, że cena za 1 roboczogodzinę ma charakter samodzielnej podstawy rozliczania. A ponieważ, w sytuacji gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw, ceny jednostkowe mogą i powinny podlegać refleksji z perspektywy ich poprawnej kalkulacji, zarówno przez pryzmat ceny rażąco niskiej, jak i w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji. Cena za 1 roboczogodzinę w ofercie konsorcjum Ekotrade w zakresie części nr I zamówienia budzi wątpliwości i powinna podlegać weryfikacji na etapie badania o oceny ofert. Cena zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade w wysokości 29,02 zł brutto (23,59 zł netto) za roboczogodzinę (1.900.528,35 zł brutto, tj. 1.545.145,00 za 65 500 roboczogodzin) budzi uzasadnione wątpliwości bowiem jest nierealistyczna i nieadekwatna do stawek rynkowych, a przede wszystkim nieodpowiadająca wymogom w zakresie wynagrodzenia minimalnego. Zamawiający bowiem wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.), osób wykonujących usługę. Osoby te nie mogą zarabiać mniej niż wynagrodzenie minimalne wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów prawa, tj. 3.010,00 zł (Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. z dnia 14 września 2021 r. Z powyższego wynika, że minimalne koszty roboczogodziny pracy pracownika ochrony w 2022 r., to 23,62 zł netto. Wobec tego zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade stawka 23,59 zł netto jest kwotą nierealną, a już na pewno taką, która powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i koniecznie zostać wyjaśniona w trybie wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, do czego Zamawiający jest zobowiązany nie tylko w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale również w świetle art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 18 lutego 2022 r., sygnalizował Zamawiającemu okoliczności wskazujące na nierealne ceny podane przez konsorcjum Ekotrade. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający stwierdził, że nie znalazł przesłanek wynikających z art. 224 ustawy Pzp do wezwania konsorcjum Ekotrade do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ocena Zamawiającego w tym zakresie jest błędna i co najmniej niekonsekwentna.

Reasumując podniósł, że wykazana skala kosztów przewyższa kwotę, którą zaoferowało konsorcjum Ekotrade w ramach swojej oferty. Z kalkulacji dokonywanych przez Odwołującego wynika, że cena za 1 roboczogodzinę jest nierealna. Biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także konieczność dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej wdrożona musi być w każdym

przypadku gdy pojawia się wątpliwości, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską.

W dniu 9 marca 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię otrzymanego odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 10 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Ekotrade zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 21 marca 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 Ekotarde 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.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 2 280 894,31 zł, co stanowi równowartość 512 146,20 euro (protokół postępowania).

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie usługi zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 2 805 500,00 zł brutto, w tym na część I kwotę w wysokości 2 030 500,00 zł brutto a na część II kwotę w wysokości 775 000,00 zł brutto (protokół postępowania).

W postępowaniu oferty złożono 7 ofert: oferta nr 1 (oferta konsorcjum Ekotrade) część I – 1 900 528,35 zł brutto, część II – 745 687,50 zł brutto; oferta nr 2 - część I – 948 061,70 zł brutto, część II – 760 755,00 zł brutto; oferta nr 3 - część I – 2 065 686,60 zł brutto, część II – 788 430,00 zł brutto; oferta nr 4 (oferta Odwołującego) - część I – 1 947 970,00 zł brutto, część II – 747 750,00 zł brutto; oferta nr 5 - część I – 2 667 160,00 zł brutto, część II – 1 018 000,00 zł brutto; oferta nr 6 - część I – 1 865 079,75 zł brutto, część II – 714 937,50 zł brutto; oferta nr 7 - część I – 1 947 315,00 zł brutto, część II – 743 250,00 zł brutto.

Oferta konsorcjum Ekotrade została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części I zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do konsorcjum Ekotrade o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Zastosowania nie znajduje również art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten może być bowiem zastosowany wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę, jak i wówczas gdy cena lub koszt wydają się Zamawiającemu rażąco niskie. Zamawiający takich wątpliwości, jak konsekwentnie podkreślał na rozprawie, nie miał i nadal nie ma. Odwołujący już na wcześniejszym etapie tego postępowania informował Zamawiającego o swoich wątpliwościach co do realności stawki roboczogodziny w ofercie konsorcjum Ekotrade. Jednak cena oferty, ale i stawka roboczogodziny zaoferowana przez tego wykonawcę nie wydawała się Zamawiającemu ani rażąco niska, ani też nie wzbudzała jego wątpliwości. Przedmiot tego zamówienia jest bowiem inny niż będący przedmiotem poprzedniego postępowania, do którego odwołuje się Odwołujący. Obecne zamówienie zostało podzielone na trzy zadania, z których dwa oparte są o czynnik osobowy polegający na stałym wykonywaniu usługi ochrony w siedzibie Zamawiającego, natomiast trzeci dotyczy usług, które będą bądź nie wykonywane przez patrol interwencyjny. Tak więc zakres prac podlegał będzie innej wycenie, niż prace wykonywane w ramach dwóch pierwszych zadań, natomiast wszystkie, zgodnie z wymogiem Zamawiającego będą rozliczane na podstawie jednej stawki roboczogodziny zaoferowanej w ofercie danego wykonawcy.

Podstawą powstania wątpliwości miała być kalkulacja dokonana przez Odwołującego. Odwołujący dla potrzeb tego postępowania przeprowadził bowiem analizę minimalnej stawki za roboczogodzinę pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, biorąc za podstawę minimalne miesięczne wynagrodzenie brutto od 1 stycznia 2022 r. w wysokości 3 010,00 zł brutto oraz ilość przewidzianych roboczogodzin (65 500). W oparciu o te dane wyliczył stawkę roboczogodziny w kwocie 23,62 zł netto, uznając że to jedynie ta kwota powinna być punktem wyjścia do oceny ceny oferty konsorcjum Ekotrade i w konsekwencji wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień stawki roboczogodziny, gdyż stawka roboczogodziny w kwocie 23,59 zł netto zaoferowana przez konsorcjum Ekotrade jest stawką nierealistyczną i nieadekwatną do stawek rynkowych. To do kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego należało – w jego ocenie - odnieść ceny z oferty konsorcjum Ekotrade.

Na dowód prawidłowości tak skalkulowanej ceny złożył dwa dokumenty: pierwszy „2022 – Składki ZUS za pracowników – stopy procentowe i źródła ich finansowania” zawierający procentowo określoną wysokość obligatoryjnych składek wynagrodzenia oraz drugi „Wysokość stóp procentowych składki na ubezpieczenie wypadkowe na okres od 1 kwietnia 2021 r. do 31 marca 2022 r.”. Dokumenty te nie dowodzą jednak, że kalkulacja konsorcjum Ekotrade jest błędna a pokazują jedynie obligatoryjne elementy wynagrodzenia.

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. To powoduje, że ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców nie będą identyczne. Konsorcjum Ekotrade przykładowo wskazało, że składki stawek na fundusz pracy i fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych, zależą od tego jakich pracowników wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. W przypadku mężczyzn powyżej 60 roku życia i kobiet powyżej 55 roku życia składka na każdy ze wskazanych funduszy wynosi bowiem 0%. Tak więc już ta okoliczność powoduje, iż stawka roboczogodziny będzie inna niż ta, którą jako jedyną prawidłowo skalkulowaną podał Odwołujący i w zależności od liczby osób zatrudnionych osób w tej grupie wiekowej niewątpliwie przekładać się będzie na jej wysokość. Ta kalkulacja, której dokonało konsorcjum Ekotrade, nie jest więc kalkulacją nierealną, a jedynie kalkulacją opartą na innych założeniach niż kalkulacja Odwołującego. Cena, co niezbitnie wykazało konsorcjum Ekotrade na podanych przykładach, może być inaczej skalkulowana i oparta na innych założeniach i także jest prawidłowa. Skoro 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.

Nie znajduje uzasadnienia także twierdzenie Odwołującego jakoby dopiero złożenie wyjaśnień dało możliwość oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty konsorcjum Ekotrade. Okoliczność, że wykonawca ten dopiero na tym etapie postępowania wskazał na te elementy ceny, które mogą wpłynąć na jej obniżenie, nie świadczą o nierealności zaoferowanej ceny. Konsorcjum Ekotrade nie było wzywane do złożenia wyjaśnień ceny i nadal nie ma podstaw do skierowania wezwania do tego wykonawcy. W świetle postawionych przez Zamawiającego w SWZ wymagań cena zaproponowana przez konsorcjum Ekotrade nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami

Zamawiającego. 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, a tym samym z wynagrodzeniem w wysokości nie niższej aniżeli określone w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Kwestia zaoferowanej ceny powinna być więc rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu tego zamówienia, w szczególności wymagań postawionych przez Zamawiającego, ale i uwzględnieniem okoliczności tego konkretnego stanu faktycznego. Tym samym Izba uznała, iż brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wzywania konsorcjum Ekotrade do składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

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: