

Sygn. akt KIO 656/23

WYROK

z dnia 27 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Bydgoską im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy,

przy udziale wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 656/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu – Politechnice Bydgoskiej im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, oraz

powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) do złożenia wyjaśnień w sprawie sposobu wyliczenia ceny zawartej w ofercie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Politechnikę Bydgoską im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Konsorcjum: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego – Politechniki Bydgoskiej im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy na rzecz odwołującego – Konsorcjum: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego 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 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

Politechnika Bydgoska im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów, terenów i mienia Politechniki Bydgoskiej”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2023 r., Nr 2023/BZP 00085298/01.

W dniu 8 marca 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum”, wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy PZP, tj.:

- 1) zaniechania badania ceny oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Bydgoszczy, zwanego dalej „wykonawcą JAG”, co do której istnieje podejrzenie, że jest rażąco niska,
- 2) udzielenia zamówienia wykonawcy JAG bez uprzedniego badania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP oraz naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ustawy PZP.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy JAG,
- 2) wezwanie wykonawcy JAG do przedstawienia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofert na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP,
- 3) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem przedmiotowych wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum podało, że według jego własnych wyliczeń łączna liczba roboczogodzin do wypracowania w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi 97 820 (dziewięćdziesiąt siedem tysięcy osiemset dwadzieścia) roboczogodzin, z czego 1/3 stanowi praca w porze nocnej. Odwołujący zauważył, że cena zaoferowana przez wykonawcę JAG wyniosła 2 192 745 zł 60 gr (dwa miliony sto dziewięćdziesiąt dwa tysiące siedemset czterdzieści pięć złotych sześćdziesiąt groszy), co w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę realizacji usługi daje kwotę 18 zł 22 gr (osiemnaście złotych dwadzieścia dwa grosze) netto, czyli jest to cena istotnie niższa od kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł też, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 3 126 256 zł 36 gr (trzy miliony sto dwadzieścia sześć tysięcy dwieście pięćdziesiąt sześć złotych trzydzieści sześć groszy) brutto, co oznacza, iż cena oferty wykonawcy JAG jest niższa od tej kwoty aż o 29,86 %, natomiast w swoim planie zamówień publicznych Zamawiający określił wartość orientacyjną zamówienia w wysokości 3 234 900 zł 00 gr (trzy miliony dwieście trzydzieści cztery tysiące dziewięćset złotych zero groszy) brutto, co oznacza, iż cena oferty wykonawcy JAG jest niższa od wartości orientacyjnej o 32,21 %. Według opinii Odwołującego wskazane powyżej różnice powinny skłonić Zamawiającego do skierowania na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wezwania do wykonawcy JAG w celu zweryfikowania poprawności kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący wskazał również, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty w dniu 22 lutego 2023 r. zasygnalizował Zamawiającemu w piśmie możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy JAG. Na potrzeby uzasadnienia zarzutów swojego odwołania Odwołujący opracował kalkulację kosztów 1 (jednej) roboczogodziny pracy pracownika ochrony. Ze względu na to, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zakazał realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych Odwołujący w swojej kalkulacji uwzględnił pozyskanie dofinansowania w wysokości 1 350 zł 00 gr (tysiąc trzysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) do każdego etatu, przy założeniu realizacji usługi przy pomocy osób z orzecznym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie dysponując wiedzą odnośnie tego, czy wykonawca JAG faktycznie zatrudnia osoby niepełnosprawne, nie powinien takiego założenia przyjmować w sposób automatyczny. Jednakże, co podkreślił Odwołujący, w świetle jego własnych wyliczeń nawet przyjęcie tak optymistycznego założenia nie pozwala wykonawcy JAG na wygenerowanie zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zważywszy na treść regulacji art. 19 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w swojej kalkulacji Konsorcjum założyło 36-dniowy wymiar urlopu wypoczynkowego, tj. 26 dni urlopu podstawowego oraz dodatkowo obowiązkowo 10 dni na podstawie przepisów wspomnianej ustawy. Ponadto Konsorcjum uwzględniło minimalny poziom składek ZUS, tj. składkę emerytalną – 9,76%, składkę rentową – 6,5% oraz składkę wypadkową – 0,93 %. Zastrzegło przy tym, że faktyczny poziom składek ZUS może być wyższy w przypadku obowiązku zapłaty za pracowników składek ZUS na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Jednocześnie wśród swoich kalkulacyjnych założeń Konsorcjum nie uwzględniło absencji chorobowych pracowników, które to założenie wydaje się być mało realne zważywszy na wykonywanie zamówienia przez osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Oczywistym jest, że uwzględnienie kosztów absencji chorobowych spowodowałoby zwiększenie kosztów jednostkowych 1 roboczogodziny.

Następnie Odwołujący, kierując się postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) i wyjaśnieniami udzielonymi do treści SWZ, wskazał, że Zamawiający wymagał, aby w cenie oferty zostało ujęte wynagrodzenie minimalne za pracę obowiązujące w całym 2023 r. Skoro usługa ochrony powinna być realizowana w okresie od dnia 23 marca 2023 r. przez okres 12 miesięcy, to Odwołujący obliczył, że będzie ona realizowana przez 3,29 miesiąca przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę na poziomie 3 490 zł 00 gr (trzy tysiące czterysta dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) oraz 8,71 miesiąca przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę na poziomie 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy). Poza tym według

wyjaśnień udzielonych do treści SWZ waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę może mieć miejsce dopiero począwszy od 2024 r. Na tej podstawie Odwołujący obliczył, że uśrednione wynagrodzenie zasadnicze wyniesie 3 569 zł 84 gr (trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze). Odwołujący zauważył równocześnie, że wyliczony przez niego koszt jednostkowy 1 roboczogodziny jest i tak najniższy z możliwych i zakłada połączenie trzech wyjątkowo sprzyjających okoliczności, których wystąpienie jednocześnie jest bardzo mało realne: 1) brak jakichkolwiek zwolnień lekarskich (co jest mało realne z uwagi na realizację usługi przy pomocy osób z dość istotnymi problemami zdrowotnymi), 2) rezygnacja przez wszystkich pracowników z uczestnictwa w Pracowniczych Programach Kapitałowych, 3) zatrudnienie pracowników w wieku powyżej 55 lat (kobiety) / 60 lat (mężczyźni) odnośnie których nie istnieje obowiązek uiszczania składek ZUS na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Na tej podstawie Odwołujący obliczył, że minimalna cena netto 1 (jednej) roboczogodziny pokrywającej koszty wynagrodzenia pracowników wynosi 22 zł 32 gr (dwadzieścia dwa złote trzydzieści dwa grosze), przy cenie netto 18 zł 22 gr (osiemnaście złotych dwadzieścia dwa grosze) zaoferowanej przez wykonawcę JAG. Zdaniem Odwołującego z jego wyliczeń wprost wynika, że nawet zatrudnienie aż 100 % pracowników z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oznacza, iż wykonawca JAG tylko z tytułu kosztów wynagrodzeń pracowników odnotuje stratę w wysokości 4 zł 10 gr (cztery złote dziesięć groszy) na każdej roboczogodzinie.

Odwołujący podkreślił, że cena oferty powinna obligatoryjnie uwzględniać: koszt zatrudnienia wszystkich pracowników na umowę o pracę oraz związane z zatrudnieniem szeroko rozumiane koszty na ubezpieczenia społeczne, dodatki do pracy w porze nocnej z uwzględnieniem ilości roboczogodzin ustalonych w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, absencje urlopowo-zdrowotne i związaną z tym konieczność zapewnienia zastępstwa pracowników nieobecnych. Ponadto koszty wynagrodzeń nie są jedynymi kosztami jakie winien ponieść wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu umowy – w cenę usługi należy wliczyć koszty umundurowania, bieżącego nadzoru, wsparcia grup interwencyjnych, monitoringu sygnałów alarmowych, koszty artykułów biurowych i piśmiennych, środków łączności itp. Odwołujący podsumował, że za cenę określoną w ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza, jest niemożliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej i odrębnymi przepisami, w tym przepisami Kodeksu Pracy. Z powyższych względów zdaniem Odwołującego zasadnym jest wezwanie wykonawcy JAG na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Konsorcjum stwierdziło, że jeżeli Zamawiający poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny oferty, to powinien ją zbadać zgodnie z art. 224 ustawy PZP. Natomiast o tym, czy ma się do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona ceną realną, czyli każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. Jednocześnie koszty pracy stanowią istotną część składową oferty, mogą zatem stanowić element ceny oferty, mający wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie. W odniesieniu do konkretnego zamówienia, którym jest usługa ochrony osób i mienia, Odwołujący podkreślił, że głównym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony oddelegowanych na obiekt Zamawiającego. W tej sytuacji Zamawiający oceniając ofertę pod względem realności jej ceny powinien przede wszystkim mieć na uwadze koszty osobowe związane z realizacją usługi ochrony z uwzględnieniem określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymagań mających wpływ na cenę oferty, takich jak wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a także realizacja usługi w porze nocnej. Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę te okoliczności, Zamawiający powinien mieć na względzie, że może zachodzić w tym wypadku zjawisko rażąco niskiej ceny. Według opinii Odwołującego obowiązek badania rażąco niskiej ceny po stronie Zamawiającego aktualizuje się zawsze wtedy, kiedy istnieją co do niej wątpliwości, w szczególności w sytuacji kiedy stawki za usługę ochrony są niższe niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Powołał się przy tym na poglądy prawne wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 16 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 599/22.

Podsumowując zarzuty odwołania Konsorcjum wskazało, że konsekwencją braku badania oferty wykonawcy JAG w kontekście rażąco niskiej ceny jest jej uwzględnienie podczas oceny ofert, przyznanie punktacji na zasadach określonych w SWZ i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy istniały wiarygodne przesłanki, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 239 ustawy PZP. Według Odwołującego w wyniku tych naruszeń przepisów ustawy Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, bez jej wnikliwego badania, a do czego był zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów. W konsekwencji jako najkorzystniejsza została wybrana oferta zawierająca zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania zamówienia za cenę, która może

być rażąco niska, co oznacza de facto brak możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, w zamian za zaproponowane w przedmiotowej ofercie wynagrodzenie. Odwołujący uważa, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w swoich ofertach uwzględnili wszystkie wymagania związane z przedmiotem zamówienia, działając uczciwie oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, musieli określić znacznie wyższą cenę oferty, ufając zarazem, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 ustawy PZP. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył też art. 239 ustawy PZP, ponieważ jako najkorzystniejszą wybrał ofertę, która nie została w sposób należyty zbadana i mogła podlegać odrzuceniu. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że choć art. 239 ustawy PZP nie stanowi o tym wprost, to oczywistym jest, że wyboru oferty najkorzystniejszej można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdzają m. in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1716/19 i z dnia 14 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1615/20.

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

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

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

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy JAG do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 656/23 po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

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

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę JAG i uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 marca 2023 r. i stanowisko prezentowane przez wykonawcę JAG w jego pismach z dnia 11 marca 2023 r. i z dnia 20 marca 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej i dokumentów stanowiących załączniki do pism stron i uczestnika postępowania odwoławczego, a także z dokumentów złożonych przez odwołującego na rozprawie:

- Informacji Odwołującego dla Zamawiającego przekazanej w dniu 22 lutego 2023 r. wraz z potwierdzeniem,
- Planu zamówień Zamawiającego,
- Wyliczenia ilości roboczogodzin,
- Kalkulacja ceny ofertowej wykonawcy JAG z dnia 17 marca 2023 r.,
- Informacji z dnia 15 marca 2023 r. o wysokości przysługującego dofinansowania do wynagrodzeń,
- informacji z otwarcia ofert w postępowaniu na świadczenie usług ochrony numer AZZP.243.004.2022, w którym dokonano wyboru oferty na świadczenie usług bliźniaczych z usługami objętymi postępowaniem, którego dotyczy odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 656/23,
- Pisma Zamawiającego z dnia 21 lutego 2023 r. stanowiącego odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej,

- Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 13 stycznia 2023 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r.,
- Informacji z otwarcia ofert w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie,
- Protokołu postępowania przetargowego,
- Wyjaśnień treści SWZ z dnia 15 lutego 2023 r.,
- Kalkulacji wynagrodzeń na 2023 r. według sposobu wyliczenia narzuconego przez Uczestnika postępowania odwoławczego,
- Wyliczenia ilości roboczogodzin,
- Wyliczenia ilości roboczogodzin za rok 2022,
- Pisma Zamawiającego z dnia 21 lutego 2023 r. skierowanego do wnioskodawcy Joanny Walenciak z Mysłowic.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

Zamawiający – Politechnika Bydgoska im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „*świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów, terenów i mienia Politechniki Bydgoskiej*”. Numer referencyjny zamówienia to RZP.243.4.2023.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2023 r., Nr 2023/BZP 00085298/01.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego z rozprawy szacunkowa wartość zamówienia wynosi 2 541 672 zł 00 gr (dwa miliony pięćset czterdzieści jeden tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy).

Według pkt 4.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem tego zamówienia jest wykonywanie świadczenia usług ochrony fizycznej obiektów, terenów, osób i mienia z interwencją wyspecjalizowanej załogi grupy interwencyjnej na terenach Politechniki Bydgoskiej im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich zlokalizowanych na terenie miasta Bydgoszcz. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 8 do SWZ.

Według rozdziału IV SWZ wykonawca będzie zobowiązany świadczyć usługi ochrony przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż od dnia 23 marca 2023 r.

W pkt 2 Załącznika nr 8 do SWZ Zamawiający określił lokalizację obiektów podlegających ochronie, wymaganą obsadę służby ochroniarskiej i czas jej pełnienia. Wynika z niego, że ochrona 12 (dwunastu) lokalizacji na terenie miasta Bydgoszczy będzie wymagała czasu w wymiarze 268 (dwustu sześćdziesięciu ośmiu) godzin dziennie oraz dostępności grupy interwencyjnej przez 24 (dwadzieścia cztery) godziny na dobę.

W pkt 34 Załącznika nr 8 do SWZ Zamawiający podał, że wykonawca w złożonej ofercie musi skalkulować planowany od dnia 1 lipca 2023 r. wzrost najniższego wynagrodzenia zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.

Odpowiadając w dniu 15 lutego 2023 r. na pytanie nr 3 do treści SWZ „Czy Zamawiający zezwala na zatrudnienie pracowników ochrony z orzeczoną stopniowością o niepełnosprawności?” Zamawiający wskazał, że „SWZ nie stawia ograniczeń w tym zakresie”.

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Politechnikę Bydgoską im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich oferty złożyło ośmiu wykonawców:

1) wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy na kwotę 2 192 745 zł 60 gr (dwa miliony sto dziewięćdziesiąt dwa tysiące siedemset czterdzieści pięć złotych sześćdziesiąt groszy),

2) wykonawca GDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na kwotę 2 353 076 zł 40 gr (dwa miliony trzysta pięćdziesiąt trzy tysiące siedemdziesiąt sześć złotych czterdzieści groszy),

3) Konsorcjum MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM SERVICE MONITORING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszwie na kwotę 2 391 887 zł 52 gr (dwa miliony trzysta dziewięćdziesiąt jeden tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt dwa grosze)

4) Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Biuro Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Grupa Ochrony DOGMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu na kwotę 2 529 792 zł 00 gr (dwa miliony pięćset dwadzieścia dziewięć tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy),

5) wykonawca EKOTRADE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na kwotę 2 691 633 zł 60 gr (dwa miliony sześćset dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćset trzydzieści trzy złote sześćdziesiąt groszy),

6) wykonawca TIME SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach na kwotę 2 726 729 zł 28 gr (dwa miliony siedemset dwadzieścia sześć tysięcy siedemset dwadzieścia dziewięć złotych dwadzieścia osiem groszy),

7) Konsorcjum DGP Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy i SECURITY 24 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pecnej na kwotę 2 766 081 zł 60 gr (dwa miliony siedemset sześćdziesiąt sześć tysięcy osiemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy),

8) Konsorcjum Security Emporio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, Emporio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na kwotę 2 864 188 zł 32 gr (dwa miliony osiemset sześćdziesiąt cztery tysiące sto osiemdziesiąt osiem złotych trzydzieści dwa grosze).

Pismem z dnia 22 stycznia 2023 r. lider Konsorcjum (wykonawca MAXUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi) zasygnalizował Zamawiającemu, że w jego opinii oferty wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i wykonawcy GDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie gwarantują należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym powinny one podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Swoje stanowisko wykonawca ten poparł odpowiednimi wyliczeniami.

Ostatecznie w dniu 3 marca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu uznając za taką ofertę wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „JAG” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, której przyznał łącznie 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Konsorcjum i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

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

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

W świetle art. 16 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

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

Izba uwzględniła złożone odwołanie, albowiem niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył regulację art. 224 ust. 1 ustawy PZP nie wzywając wykonawcy JAG do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia zaoferowanej ceny.

Jak podnosi się w literaturze prawa zamówień publicznych, prawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy PZP użył sformułowania „zamawiający żąda”, przez co zostało uwypuklone, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a nie jedynie taka możliwość. Obowiązek ten powstaje zarówno wtedy, gdy zajdzie samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny, jak i wówczas, gdy zrodzi się obawa co do braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Możliwa jest też sytuacja, że oba te czynniki wystąpią wspólnie. W ocenie Izby w niniejszej sprawie zaszła druga z ustawowych przesłanek opisanych w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, albowiem z materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej wynika, że cena zaoferowana przez wykonawcę JAG jest na tyle niska, że może ona skutkować niemożnością wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 2 Załącznika nr 8 do SWZ, jak również zgodnie z regulacją Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za

pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952). Izba uznała za rzetelną i wiarygodną zarówno kalkulację Odwołującego załączoną do jego odwołania, jak i kalkulację złożoną przez niego na rozprawie. Analiza obliczeń dokonanych przez Odwołującego wskazuje na to, że w sposób prawidłowy zinterpretował on dokumentację postępowania i przyjął trafne założenia w swojej kalkulacji, czego z kolei nie można powiedzieć o kalkulacji wykonawcy JAG załączonej do jego pisma z dnia 20 marca 2023 r. i przyjętych przez niego założeniach. Wykonawca JAG w sposób błędny zaniżył zarówno łączną dzienną liczbę roboczogodzin (168 godzin), jak i średniomiesięczną liczbę roboczogodzin (7380 godzin). Prawidłowe w tym zakresie są założenia Odwołującego, który na podstawie danych zawartych w pkt 2 Załącznika nr 8 do SWZ poprawnie zsumował liczbę roboczogodzin i ustalił, że łączna dzienna liczba roboczogodzin w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi 268, zaś średniomiesięczna liczba roboczogodzin to $8151 \frac{2}{3}$. Konsekwencją przyjęcia tych wadliwych założeń przez wykonawcę JAG było zaniżenie minimalnej liczby wymaganych etatów pracowniczych (45). Natomiast z obliczeń Odwołującego wynika, że powinno to być minimum 49 etatów, natomiast w ocenie Izby prawidłowe wykonanie tego zamówienia, przy uwzględnieniu niewątpliwych absencji chorobowych i urlopowych kilkudziesięciu pracowników wykonawcy JAG, z których w świetle jego wyjaśnień z dnia 17 marca 2023 r. każdy ma orzeczony stopień niepełnosprawności, wymaga zatrudnienia na umowę o pracę minimum pięćdziesięciu kilku osób. Rację ma też Odwołujący twierdząc, że wykonawca JAG w sposób niewłaściwy przyjął stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę zaniżając ją, albowiem wbrew regulacji pkt 34 Załącznika nr 8 do SWZ nie uwzględnił w swoich wyliczeniach zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę od lipca 2023 r. Argumentacja wykonawcy JAG, że Zamawiający w SWZ dopuszcza możliwość negocjacji umowy od dnia 1 lipca 2023 r. w związku ze wzrostem płacy zasadniczej do kwoty 3 600 zł 00 gr stoi w sprzeczności z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 9 do SWZ. Poza tym na podstawie wyjaśnień z dnia 17 marca 2023 r. nie jest wiadome, jakie będą koszty funkcjonowania grupy interwencyjnej wykonawcy JAG, jak również brak jest informacji co do innych planowanych wydatków, które miałby ponieść ten wykonawca (oprócz umundurowania i wyposażenia jego pracowników). Stąd też Odwołujący w swoim odwołaniu i załączonych do niego dokumentach uwiarygodnił i należycie uzasadnił, że cena oferty jego konkurenta, który wygrał przetarg organizowany przez Politechnikę Bydgoską, może być niska w stopniu rażącym, a zwłaszcza, że główny składnik cenotwórczy oferty w postaci wynagrodzenia za pracę osób oddelegowanych do realizacji zamówienia może być niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę na rok 2023 określonego w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. Dodać też należy, że Zamawiający nie podważył

skutecznie obliczeń Odwołującego, natomiast pisma złożone przez Uczestnika postępowania odwoławczego w znacznym stopniu wręcz potwierdziły trafność tez postawionych przez Odwołującego i wiarygodność jego wyliczeń.

Za niemające większego znaczenia dla przedmiotu tego odwołania Izba uznała dowody złożone zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego, które dotyczyły przetargu na świadczenie usług ochrony obiektów Politechniki Bydgoskiej w 2022 r., albowiem dotyczyły one zupełnie innego postępowania, które miało określone swoje własne warunki.

Podsumowując Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka do wezwania wykonawcy JAG do złożenia wyjaśnień w sprawie sposobu obliczenia zaoferowanej w przetargu ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie Izby nie było podstaw do tego, aby z góry zakładać, że niska cena oferty wykonawcy JAG może wynikać z zatrudniania przez niego osób ze stwierdzonym stopniem niepełnosprawności i z otrzymywania przez niego dofinansowania do wynagrodzeń z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Zamawiający powinien zatem każdorazowo żądać od wykonawców wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, jeśli pojawią się uzasadnione wątpliwości odnośnie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a zwłaszcza z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jeśli cena zaoferowana przez wykonawcę uzasadnia podejrzenie niezgodności z przepisami prawa z zakresu minimalnego wynagrodzenia za pracę, to Zamawiający powinien każdorazowo zweryfikować czy wykonawca zatrudnia osoby niepełnosprawne, a jeśli tak, to w jakim zakresie i w jakiej wysokości dofinansowanie do wynagrodzeń otrzymuje. W ocenie Izby w tej sprawie Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy JAG już po piśmie sygnalizacyjnym lidera Konsorcjum z dnia 22 stycznia 2023 r.

Izba stwierdzając naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP stwierdziła również, że Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JAG do złożenia wyjaśnień w sprawie sposobu obliczenia zaoferowanej ceny, która obiektywnie budziła wątpliwości co do możliwości realizacji usług ochrony zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej i wynikającymi z odrębnych przepisów, dopuścił się też naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Wbrew regulacji art. 239 ustawy PZP doszło też do

przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, bez weryfikacji czy cena zaoferowana przez wykonawcę JAG jest zgodna z przepisami ustawy PZP z zakresu rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na względzie Izba uznała za uzasadnione zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 1 ustawy PZP i art. 239 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z racji tego, że odwołanie zostało uwzględnione w całości, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wpis od odwołania i koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika, tj. łącznie kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy). Zgodnie z regulacją § 5 pkt 2 lit. b 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 nie było podstaw do zasądzenia na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów za wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie wynikającej z przedłożonego rachunku, tj. w kwocie 4 500 zł 00 gr, która przekracza wynikającą z rozporządzenia maksymalną kwotę podlegającą zwrotowi w wysokości 3 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: