

**WYROK**  
**z dnia 17 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez wykonawcę **Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o., ul. Obywatelska 201, 94-111 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Nieruchomości Województwa Łódzkiego, ul. Kamińskiego 7/9, 91-427 Łódź,**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy konsorcjum: TS SERVICE sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., PROTECT TECHNOLOGY sp. z o.o. oraz Fides AMM sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, w tym w szczególności w zakresie wykazania realności kosztów monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Nieruchomości Województwa Łódzkiego, ul. Karpińskiego 7/9, 91-427 Łódź, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Zarząd Nieruchomości Województwa Łódzkiego, ul. Karpińskiego 7/9, 91-427 Łódź,** na rzecz odwołującego: **Agencja Ochrony Eskort sp. z o.o., ul. Obywatelska 201, 94-111 Łódź,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania i 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 2019 r. poz. 2019 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 – Zarząd Nieruchomości Województwa Łódzkiego, ul. Karpińskiego 7/9, 91-427 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi ochrony osób i mienia, numer referencyjny: ZP.262.194.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.05.2020 r., nr 2021/S 085-220831.

Pismem z dnia 18.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o., Fides AMM sp. z o.o.

W dniu 28.05.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Agencja Ochrony Eskort Sp. z o.o., ul. Obywatelska 201, 94-111 Łódź (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) poprzez zaniechanie zwrócenia się do: konsorcjum TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o. i Fides AMM sp. z o.o. oraz konsorcjum MM SERVIVCE SECURITY sp. z o.o. i MAXUX sp. z o.o. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w sytuacji gdy cena (cena całkowita oraz cena jednostkowa kosztów monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz w sytuacji gdy cena całkowita ofert ww. wykonawców jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje. „Zamawiający w toku postępowania za najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum TS Service Sp. z o.o., PROTECTOR Sp. z o.o., Protect Technology Sp. z o.o., Fides AMM Sp. z o.o. (Wykonawca nr 1). Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 3.964.361,52 zł. Oferta Wykonawcy nr 1 zawierała cenę 2.449.380,67 zł, a więc była o 39 % niższa niż średnia arytmetyczna złożonych ofert. Natomiast oferta Konsorcjum MM SERVIVCE SECURITY Sp. z o.o., MAXUX Sp. z o.o. (Wykonawca nr 2) zawierała cenę 2.467.311,92 zł, a więc była o 38% niższa niż średnia arytmetyczna cen złożonych ofert.

Odwołujący wezwał Zamawiającego do usunięcia uchybień pismem z 21 maja 2021 r. Odwołujący wskazał, że jednym z zadań przy usłudze związanej z monitorowaniem obiektów jest czterokrotny podjazd do chronionych obiektów w ciągu doby, co daje w miesiącu ok. 122 podjazdy. Wykonawca nr 1. podaje cenę za miesięczną obsługę takiego obiektu w wysokości 120 zł netto, czyli poniżej 1 zł za jeden podjazd nie licząc: kosztów utrzymania grupy interwencyjnej w gotowości, stanowiska monitorowania, zainstalowania nadajników monitorujących. Cena za monitorowanie obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi jest składową ceny ogólnej i takiej przy ilości tych obiektów i czasie trwania umowy ma istotny wpływ na całą cenę zamówienia. Zaniżenie wskazanej pozycji cenowej doprowadziło więc tego, że oferty Wykonawców nr 1 i 2 są o 30% niższe niż średnia cen arytmetyczna złożonych ofert. Z powyższego wynika więc, że Wykonawcy poniosą stratę na realizacji zamówienia i tym samym cenę Wykonawców należy uznać za rażąco niską (...). Pomimo wezwania Odwołującego Zamawiający nie usunął stwierdzonych uchybień. Za budzące wątpliwości należy więc uznać cenę całkowitą wskazanych ofert oraz cenę jednostkową monitorowania obiektów wraz z podjazdami. Odwołujący wskazuje, że cena wskazana w ofertach w/w wykonawców jest niższa o 30% w stosunku do wartości zamówienia.

Odwołujący wykazał, że ceny ofert Wykonawców nr 1 i 2 były o 30% niższe niż średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień co do ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych (...). Treść przepisu wskazuje w sposób oczywisty i jednoznaczny, że zasadą, czyli nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem, jest każdorazowe wzywaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadkach, gdy cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Taka regulacja przepisu, nakładająca na Zamawiającego skonkretyzowany obowiązek wynikający jedynie z arytmetyki. Odwołujący wskazuje, że po złożeniu przez ww. wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny oferty i ich oceny przez Zamawiającego, możliwym będzie stwierdzenie istnienia podstawy do odrzucenia ofert. Dopiero wówczas będzie można mówić o prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej będącym wynikiem prawidłowo przeprowadzonej procedury oceny i badania ofert.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o. i Fides AMM sp. z o.o jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców: konsorcjum TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o. i Fides AMM sp. z o.o. oraz konsorcjum MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., MAXUX sp. z o.o.,

w szczególności w zakresie wykazania realności kosztów monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi,

4) dokonania ponownej oceny ofert.

Pismem z dnia 10.06.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Przedmiotem zamówienia są:

- usługi stałej i bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w 5 obiektach,
- usługi monitoringu systemów sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN) w 24 obiektach, zarządzanych przez Zarząd Nieruchomości Województwa Łódzkiego.

W zakres usług monitoringu wchodziła m.in. niezależnie od przesyłanych sygnałów z lokalnego systemu alarmowego, codzienna (co najmniej 4-krotna, w tym dwukrotna w porze nocnej w godzinach 22:00 a 6:00 dnia następnego) kontrola monitorowanego obiektu, wykonywana przez grupę interwencyjną. Przeprowadzenie kontroli miało być każdorazowo potwierdzone powiadomieniem pracownika zamawiającego w sposób z nim ustalony.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 3.055.597,00 zł. W postępowaniu złożono sześć ofert:

Nr oferty	Wykonawca, który złożył ofertę	Łączna cena ofertowa brutto
1	Konsorcjum: MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., MAXUS sp. z o.o.	2 467 311,92 zł
2	Konsorcjum: EKOTRADE sp. z o.o., Silesia EKOTRADE sp. z o.o., EKOTRADE Serwis FM sp. z o.o.	3 390 348,39 zł
3	Konsorcjum: TS SERVICE sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., PROTECT TECHNOLOGY sp. z o.o., Fides AMM Sp. z o.o.	2 449 380,67 zł
4	Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o.	3 034 695,75 zł

5	Konsorcjum: MJK sp. z o.o., Małpol Grupa Sp. z o.o., Małpol Grupa Bis Sp. z o.o.	6 739 454,25 zł
6	Konsorcjum: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k., HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k., GREEN HUNTERS sp. z o.o. sp. k., BLUE HUNTERS sp. z o.o. sp. k., HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o.	5 704 978,13 zł

Średnia arytmetyczna ofert wyniosła 3.964.361,52 zł brutto.

Pismem z dnia 18.05.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o., Fides AMM sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. 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.

2. 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

niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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 pierwszej kolejności należy podzielić stanowisko zamawiającego, że jest on zwolniony z wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, jeśli rozbieżność między tą ceną a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Należy także zgodzić się z zamawiającym, że przyczyna zastosowania ww. przepisu, tj. odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny, może wynikać z tego, że znacząco wyższa od innych cena jednej lub kilku ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie zawyża średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert, co powoduje, że pozostałe oferty okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże średniej. Inną przyczyną odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny może być sytuacja, w której wartość szacunkowa powiększona o VAT jest wyraźnie zawyżona w stosunku do cen złożonych ofert, wskutek czego oferty te okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże wartości. W każdym ze wskazanych przykładów ziszczenie się przesłanki dotyczącej wskaźnika 30%, wynika z niedostosowania wartości szacunkowej zamówienia lub cen niektórych ofert do realiów rynkowych.

Należy jednak mieć na uwadze, że ww. przykłady nie mogą być stosowane automatycznie, tj. nie w każdym przypadku, gdy jedna z ww. sytuacji ma miejsce w postępowaniu, zamawiający jest automatycznie zwolniony z obowiązku badania rażąco niskiej ceny. Każdy przypadek musi być analizowany indywidualnie, tak by można było stwierdzić, że w danym postępowaniu rozbieżność między ceną danej oferty a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, rzeczywiście wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie należy zwrócić uwagę, że odwołujący powołał się w odwołaniu nie tylko na zaniżone ceny całkowite ofert konsorcjum: TS Service sp. z o.o., PROTECTOR sp. z o.o., Protect Technology sp. z o.o., Fides AMM sp. z o.o. (dalej „konsorcjum TS Service”) oraz konsorcjum: MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., MAXUS sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum MM SERVICE”), ale także na zaniżone w tych ofertach ceny za usługę monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi.

Izba ustaliła, że monitorowanie obiektów stanowi jedną z dwóch głównych usług składających się na wykonanie zamówienia i już sam ten fakt świadczy o tym, że cena za tę część usługi stanowi istotną część składową ceny za niniejsze zamówienie. Przy czym podkreślić należy, że badaniu w trybie art. 224 ustawy Pzp podlega nie tylko całkowita cena oferty, ale także istotna jej część składowa.

Dodatkowo, na podstawie „Zestawienia obiektów, na których planowane jest świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia, w tym usługi monitoringu SSWiN” oraz na podstawie formularzy cenowych w poszczególnych ofertach, Izba ustaliła, że wartość usługi monitorowania:

- 1) w wartości szacunkowej zamówienia wynosi – ok. 3,5%,
- 2) w cenie oferty konsorcjum TS Service uznanej za najkorzystniejszą wynosi – ok. 3,5%,
- 3) w cenie oferty konsorcjum MM SERVICE wynosi – ok. 8,5%,
- 4) w cenie oferty odwołującego wynosi – ok. 19%,
- 5) w cenie oferty konsorcjum EKOTRADE sp. z o.o., Silesia EKOTRADE sp. z o.o., EKOTRADE Serwis FM sp. z o.o. (najbardziej zbliżonej cenowo do oferty odwołującego) wynosi – ok. 30%.

Jak widać z powyższego zestawienia, Izba nie uwzględniła w nim dwóch najdroższych ofert, którym zamawiający zarzuca zawyżenie średniej arytmetycznej ofert, a mimo to wartość usługi monitorowania w całkowitej wartości zamówienia znacząco różni się pomiędzy kwotami ustalonymi przez zamawiającego i wykonawcę konsorcjum TS Service a kwotami ustalonymi przez odwołującego i wykonawcę konsorcjum EKOTRADE. Ponadto nawet w ofercie konsorcjum MM SERVICE, którego cena jest tylko nieznacznie wyższa (o ok. 18.000 zł) od ceny oferty wybranej, tj. oferty konsorcjum TS Service, wartość usługi monitorowania w cenie całkowitej oferty jest ponad dwukrotnie wyższa niż w wartości szacunkowej zamówienia oraz w cenie oferty konsorcjum TS Service.

Odwołujący zwraca uwagę, że przyczyną ustalenia niższych cen usługi monitorowania może być nieuwzględnienie w niej konieczności kosztów wykonywania podjazdów kontrolnych, które obejmują koszty utrzymywania grupy interwencyjnej w gotowości, stanowiska monitorowania i zainstalowania nadajników monitorujących. Przy czym odwołujący twierdzi, że wykonanie tej usługi za kwoty ustalone przez zamawiającego i konsorcjum TS Service może być możliwe jedynie pod warunkiem, że dany wykonawca posiada już w obiektach objętych monitoringiem, pracowników wykonujących ochronę fizyczną. Jednocześnie zamawiający powołując się na analizy cen rynkowych, nie przedstawił ich i nie wykazał, że ustalone przez niego ceny monitorowania obiektów na rynku obejmują podjazdy kontrolne i są oparte na cenach wykonawców, którzy nie mają ochrony fizycznej na tych obiektach. Tym bardziej zamawiający nie ustalił powyższych (ani innych) okoliczności w stosunku do ceny oferty wykonawcy konsorcjum TS Service.



Jak wskazano powyżej, badaniu w trybie art. 224 ustawy Pzp podlega nie tylko całkowita cena oferty, ale także istotna jej część składowa. Cena za usługę monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi stanowi istotną część składową ceny za niniejsze zamówienie. Sposób wyliczenia ceny za tę część zamówienia ma zatem znaczenie dla ustalenia całej ceny oferty, a różnice cenowe między ofertą wybraną jako najkorzystniejsza i pozostałymi ofertami w zakresie usługi monitorowania (nawet bez dwóch ofert najdroższych) oraz konieczność uwzględnienia w kosztach monitorowania także kosztów podjazdów kontrolnych, powoduje, że okoliczności niniejszej sprawy nie można uznać za oczywiste.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest w niniejszym postępowaniu – po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - wezwać wykonawcę konsorcjum TS Service, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, w tym w szczególności w zakresie wykazania realności kosztów monitorowania obiektów wraz z podjazdami kontrolnymi. W oparciu o uzyskane wyjaśnienia, zamawiający zobowiązany będzie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Izba nie nakazała wykonania ww. czynności wobec drugiego wskazanego w odwołaniu wykonawcy - konsorcjum MM SERVICE, ponieważ wykonawca ten, zgodnie z art. 98 ust. 3 ustawy Pzp, nie uczestniczy już w postępowaniu.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

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 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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 .....