

Łódź, dnia 16.05.2023 r.

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 62-676 Warszawa**

Odwolujący:

Konsorcjum:

MAXUS sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi – Lider konsorcjum

ul. 3-go Maja 64/66, 93- 408 Łódź

KRS 0000428092

MM Service Security sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi – Uczestnik konsorcjum

ul. 3-go Maja 64/66, 93- 408 Łódź

KRS 0000247990

reprezentowane przez:

Mariusza Pycia Prezesa Zarządu Lidera Konsorcjum

e-mail: zp@mmservice.com.pl; tel. 42 682 43 32

Zamawiający:

Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Mikroelektroniki i Fotoniki

al. Lotników 32/46

02-668 Warszawa

e-mail:

agata.zygler@imif.lukasiewicz.gov.pl

katarzyna.klimowska@imif.lukasiewicz.gov.pl

tel 22 548 78 28

Dotyczy: **Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:**

„Świadczenie usługi ochrony obiektów, osób i mienia w Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytutu Mikroelektroniki i Fotoniki w Warszawie, Piasecznie i

Krakowie. Dotyczy części 4 przedmiotu zamówienia – Świadczenie usługi ochrony obiektów, osób i mienia w Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytutu Mikroelektroniki i Fotoniki w Warszawie, ul. Krakowiaków 53, 02-255 Warszawa

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 06.04.2023 r. pod nr 00167752/01

ODWOŁANIE

I. Działając na podstawie art. 513 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „Ustawą”) w imieniu Konsorcjum, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- 1) W zakresie części 4 zaniechania badania ceny oferty Wykonawcy Konsorcjum Firm w składzie: Grupa Alfa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w 83-200 Starogard Gdański Rokocin 4 d – Lider Konsorcjum, Alfa Guard Security Sp. z o.o. 83-200 Starogard Gdański ul. Doktora Floriana Ceynowy 27 – Uczestnik Konsorcjum (zwanego dalej Konsorcjum Alfa), co do której istnieje podejrzenie, że jest rażąco niska;
- 2) W zakresie części 4 udzielenia zamówienia Wykonawcy Konsorcjum Alfa bez uprzedniego badania rażąco niskiej ceny.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) odnośnie pkt I.1) odwołania- naruszenie art. 224 ust. 1;
- 2) odnośnie pkt I.2) odwołania- naruszenie art. 16 pkt 1 Ustawy oraz art. 239 Ustawy;

III. Wobec wyżej przytoczonych zarzutów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum Alfa w zakresie części 4;

- 2) wezwania wykonawcy Konsorcjum Alfa do przedstawienia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny ofert na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy PZP w zakresie części 4;
- 3) ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem przedmiotowych wyjaśnień o których mowa w pkt III.2) dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty w zakresie części 4;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

IV. Odwołujący wskazuje, iż na podstawie art. 505 Ustawy pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert może być ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności badania ceny ofert wykonawcy Konsorcjum Alfa, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem.

V. Mając na uwadze, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana dnia 12.05.2023 r. niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy.

VI. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na zasadzie art. 514 Ustawy.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia w zakresie części 4 jest wykonywanie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Zamawiającego zlokalizowanym w Warszawie przy ul. Krakowiaków 53. Zakres usługi obejmuje ochronę w wymiarze całodobowym przez 1 osobę na zmianie przez okres 12 miesięcy. Zgodnie z formularzem ofertowym przewidywana do zrealizowania ilość roboczogodzin wynosi 8760.

Cena oferty Wykonawcy Konsorcjum Alfa wyniosła 221 960,88 zł co w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę realizacji usługi daje kwotę 20,60 zł netto.

Wskazać należy, iż cena oferty Konsorcjum Alfa jest istotnie niższa od kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 287 687,16 zł brutto, co oznacza, iż cena oferty Wykonawcy Konsorcjum Alfa jest niższa od tej kwoty aż o 22,85 %.

Ponadto Odwołujący przed wyborem najkorzystniejszej oferty w dniu 10 maja 2023 złożył Zamawiającemu informację o możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny odnośnie Wykonawcy Konsorcjum Alfa w zakresie części 4. Kopia niniejszej informacji wraz z potwierdzeniem jej wysłania stanowi załącznik do odwołania.

Poniżej przedstawiamy kalkulację kosztów 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie zakazywał realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych w kalkulacji ujęto pozyskanie dofinansowania w wysokości 1350 zł do każdego etatu przy założeniu realizacji usługi przy pomocy osób z orzeczoną umiarkowaną stopniem niepełnosprawności. Wskazać należy, iż Zamawiający nie dysponuje wiedzą odnośnie tego, czy Wykonawca Konsorcjum Alfa faktycznie zatrudnia takie osoby i nie może takiego założenia przyjąć z automatu.

Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2022 r. oznaczonym sygnaturą KIO 599/22. Izba stwierdziła, iż:

„Z faktu, iż istnieje możliwość takiego dofinansowania, nie można wyprowadzać tezy, że Zamawiający tego rodzaju okoliczności winien uwzględniać niejako „z urzędu” i że zwalnia go to od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zaoferowanych cen. Zamawiający nie ma wiedzy co do poziomu dofinansowania otrzymywanego przez poszczególnych wykonawców. Dopiero złożone wyjaśnienia, poparte dowodami, pozwalają Zamawiającemu na ocenę, czy w jaki sposób obniżenie stawki godzinowej przez wykonawcę było uprawnione”

Jednakże jak pokażą wyliczenia nawet przyjęcie tak optymistycznego założenia nie pozwala Wykonawcy Konsorcjum Alfa na wygenerowanie zysku z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na treść artykułu 19 Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w kalkulacji założono 36 dniowy wymiar urlopu wypoczynkowego (26 dni urlopu podstawowego oraz dodatkowo obowiązkowo 10 dni na podstawie Ustawy o rehabilitacji). Poniżej fragment Ustawy:

Art. 19. 1. Osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym. Prawo do pierwszego urlopu dodatkowego osoba ta nabywa po przepracowaniu jednego roku po dniu zaliczenia jej do jednego z tych stopni niepełnosprawności.

W kalkulacji uwzględniono minimalny poziom składek ZUS emerytalna – 9,76%, rentowa – 6,5%, wypadkowa – 0,93 %. Poziom składek ZUS faktyczny może być wyższy w przypadku obowiązku zapłaty za pracowników składek ZUS na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. W kalkulacji nie uwzględniono także absencji chorobowej, które to założenie jest mało realne z uwagi na realizację osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Uwzględnienie kosztów tejże absencji spowodowałoby zwiększenie kosztów jednostkowych 1 roboczogodziny.

Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do treści SWZ oraz zapisami SWZ Zamawiający wymagał aby w cenie oferty ująć wynagrodzenie minimalne obowiązujące w całym 2023 roku. Biorąc pod uwagę powyższe dokonamy wyliczenia kosztów 1 roboczogodziny świadczenia usługi.

Usługa winna być realizowana w okresie od 1 czerwca 2023 przez okres 12 miesięcy. Oznacza to, że usługa będzie realizowana przez 1 miesiąc przy minimalnym wynagrodzeniu na poziomie 3490 zł oraz 11 miesięcy przy minimalnym wynagrodzeniu na poziomie 3600 zł. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do SWZ waloryzacja wynagrodzenie wykonawcy z

tytułu zmiany minimalnego wynagrodzenia może się odbyć dopiero od 2024 roku. Poniżej fragment wyjaśnień do SWZ udzielonych przez Zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2023 r.

Pytanie 7.

Czy wykonawca kalkulując cenę oferty uwzględnić musi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą zarówno od dnia 01 stycznia 2023 jak i od 1 lipca 2023, czy też Zamawiający dopuszcza waloryzację wynagrodzenia wykonawcy od 1 lipca 2023 ?

Odpowiedź:

Cena oferty musi uwzględniać wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 01.01.2023 r. i 01.07.2023 r.

W związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza waloryzacji wynagrodzenia od 01.07.2023 roku **z wyjątkiem sytuacji w której kwota zostanie zmieniona przepisami prawa – to o tę różnicę będzie można zwaloryzować wynagrodzenie wykonawcy.**

Uśrednione wynagrodzenie zasadnicze wyniesie tym samym:

$$(3490 \times 1 + 3600 \times 11) / 12 \text{ miesięcy} = 3590,83$$

Wyliczony poniżej koszt jednostkowy 1 roboczogodziny jest najniższy z możliwych i zakłada połączenie trzech wyjątkowo sprzyjających okoliczności, których wystąpienie jednocześnie jest bardzo mało realne:

- brak jakichkolwiek zwolnień lekarskich (co wydaje się mało realne z uwagi na realizację usługi przy pomocy osób z dość istotnymi problemami zdrowotnymi);
- rezygnacja wszystkich pracowników z uczestnictwa w Pracowniczych Programach Kapitałowych;
- 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.

Kalkulacja wynagrodzeń na 2023 rok

L.P	ROK	2023	Uwagi
1	WYNAGRODZENIE ZASADNICZE	3590,83	POZIOM UŚREDNIONY – DO POŁOWY ROKU 3490,00 ZŁ OD POŁOWY ROKU 3600,00 ZŁ
2	DODATEK ZA PRACĘ W GODZINACH NOCNYCH DLA 1 ETATU	239,12	PRZECIĘTNIE 56 RBH X 4,27 ZŁ
3	PREMIA	0,00	
4	ŁĄCZNIE WYNAGRODZENIE	3829,95	
5	SKŁADKI ZUS – 17,19 %	658,37	17,19 % X POZ. 4
7	WYNAGRODZENIE BRUTTO POWIĘKSZONE O SKŁADKI ZUS	4488,32	
8	WYNAGRODZENIE ZA URLOP – 36 DNI W ROKU	641,19	4488,32 / 168 X 36 DNI X 8 RBH / 12
9	ŁĄCZNY KOSZT BRUTTO WYNAGRODZENIA	5129,51	POZ. 7 + POZ. 8
10	DOFINANSOWANIE Z PFRON	-1350	DOFINANSOWANIE DO PRACOWNIKA Z UMIARKOWANYM STOPNIEM NIEPEŁNOSPRAWNOŚCI
11	ŁĄCZNY KOSZT 1 WYNAGRODZENIA	3779,51	POZ. 7 + POZ. 8 + POZ. 10
12	KOSZT 1 RBH – MINIMALNA CENA 1 ROBOCZOGODZINY POKRYWAJĄCA KOSZTY WYNAGRODZENIA PRACOWNIKÓW	22,50 ZŁ	3779,51 / 168
13	CENA NETTO ZA 1 RBH ZAOFEROWANA PRZEZ WYKONAWCĘ KONSORCJUM FIRM GRUPA ALFA SP. Z O.O. SP. K, ALFA GUARD SECURITY SP. Z O.O.	20,60 ZŁ	180 456 ZŁ / 8760 RBH / 1,23 = 18,22 ZŁ
14	STRATA NA 1 RBH	-1,90 ZŁ	20,6 – 22,50

Jak widać z powyższych wyliczeń wynika wprost, iż nawet zatrudnienie 100% obsady kadrowej w postaci pracowników z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności oznacza, iż Wykonawca Konsorcjum Alfa tylko z tytułu kosztów wynagrodzeń pracowników odnotuje stratę w wysokości 1,90 zł na każdej roboczogodzinie.

Stwierdzić należy, iż koszty wynagrodzeń nie są jedynymi kosztami jakie winien ponieść Wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu umowy. W cenę usługi należy także wliczyć koszty umundurowania, bieżącego nadzoru, wsparcia grup interwencyjnych, monitoringu sygnałów alarmowych, koszty artykułów biurowych i piśmiennych, środków łączności itp. **Reasumując, Odwołujący wskazuje, że za cenę określoną w ofercie która została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia**

zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz odrębnymi przepisami w tym Kodeksu Pracy.

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 związana z tym konieczność zapewnienia zastępstwa pracowników nieobecnych, co ma bardzo istotne znaczenie w kształtowaniu się ceny oferty oraz pozostałe koszty realizacji usługi opisane powyżej.

Mając na uwadze podniesioną argumentację za zasadne uznać należy wezwanie w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy PZP.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jeżeli Zamawiający podejmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny oferty, to winien ją zbadać zgodnie z art. 224 Ustawy. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia (np. wyrok KIO 3201/2020 z dnia 21 grudnia 2020 r.). Natomiast zgodnie z wyrokiem KIO **211/21** z dnia 22 lutego 2021 r. koszty pracy stanowią niewątpliwie istotną część składową, mogą stanowić zatem element ceny oferty, mający wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie. W myśl przytoczonych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, odnosząc się konkretnego zamówienia jakim jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia należy mieć na uwadze, że głównym składnikiem cenotwórczym oferty są koszty pracy zatrudnionych pracowników ochrony oddelegowanych na obiekt Zamawiającego. Innymi słowy, 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. Biorąc więc pod uwagę przytoczone okoliczności, Zamawiający powinien mieć na uwadze, że może zachodzić w tym wypadku zjawisko rażąco

niskiej ceny. Niezrozumiałe jest więc dla Odwołującego zaniechanie badania ofert pod tym względem.

Obowiązek badania rażąco niskiej ceny po stronie Zamawiającego aktualizuje się zawsze, kiedy istnieją co do niej wątpliwości, a nie jedynie w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Ustawy pzp. W szczególności w sytuacji kiedy stawki za usługę ochrony są niższe niż wynikają z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Powyższą tezę potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2022 r., sygn. KIO 599/22, zgodnie z którym:

„Bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że cena zaoferowana przez przystępującego i konsorcjum nie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Izba podkreśla, że zamawiający obowiązany jest badać cenę oferty nie tylko na podstawie wymogów zawartych w przepisach P. z. p., ale również w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający jest również obowiązany badać, czy zaoferowana przez wykonawców cena nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Taka konstatacja jest oczywista w świetle brzmienia zawartego w art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy P. z. p. W tym przypadku zastosowanie znajdzie art. 224 ust. 1, nie zaś ust. 2 ustawy P. z. p.”.

Konsekwencją braku badania oferty Wykonawcy Konsorcjum Alfa w kontekście rażąco niskiej ceny jest jej uwzględnienie podczas oceny ofert, przyznanie punktacji na zasadach określonych w SWZ oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy istniały wiarygodne przesłanki, że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy. Powyższa czynność stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wyrażona w art. 16 pkt 1 Ustawy oraz art. 239 Ustawy.

W wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, bez jej wnikliwego badania, do czego był zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów. W konsekwencji wybrał ofertę zawierającą 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. 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 jednocześnie, że Zamawiający dokona wyboru oferty z poszanowaniem obowiązujących zasad wyrażonych w art. 16 Ustawy. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 Ustawy, wybierając najkorzystniejszą ofertę, która nie została w sposób należyty zbadana i mogła podlegać odrzuceniu. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Co prawda przytoczone przepisy art. 239 nie stanowią o tym wprost, to jednak oczywiste jest, że wyboru oferty można dokonać tylko i wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 1716/19 z dnia 17 września 2019 r., „Oferta, która winna zostać odrzucona nie może być podana ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert na równi z ofertami prawidłowymi i ocena taka nie może prowadzić do wskazania takiej oferty jako oferty najkorzystniejszej”, wyrok KIO 1615/20 z dnia 14 października 2020 r. „Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu”. Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone okoliczności, przedmiotowe odwołanie jest konieczne oraz prawnie dopuszczalne.

Załączniki:

Odpisy KRS dla firmy Maxus Sp. z o.o. oraz MM Service Security Sp. z o.o.;

Potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania;

Pełnomocnictwa konsorcjalne;

Informacja dla Zamawiającego przekazana w dniu 10 maja 2023 r.;

Potwierdzenie przekazania informacji w dniu 10 maja 2023 r.;

Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.