

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Grupa Wena spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu

ul. Józefa Włodka 11

86-300 Grudziądz

KRS: 0000825786

Nr tel.: 600 250 240

Mail: biuro@grupawena.pl

reprezentowany przez:

adwokata Jakuba Godlewskiego

ul. Jana Nowaka Jeziorańskiego 6/104

03-984 Warszawa

Nr tel.: +48 519 310 333

Mail: jakub@godlewski.biz

Zamawiający:

Grudziądzki Park Przemysłowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu

ul. Waryńskiego 32-36

86-300 Grudziądz

KRS: 0000228967

Nr tel.: 56 696 80 93

Mail: p.jagodzinski@gpp.grudziadz.pl

gz@gpp.grudziadz.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o., nr postępowania PN/06/22, ID 580374, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 043-112503 („Postępowanie”)

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „PZP”), wnoszę odwołanie wobec:
1. czynności wyboru oferty wykonawcy – konsorcjum składającego się z Agencji Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. - Lidera Konsorcjum, Patrol Dogmat Spółka Cywilna Martyna Pinszke Robert Krawczyk, D&S DOGMAT Sp. z o. o., Biura Ochrony DOGMAT Sp. z o. o., Ochrona DOGMAT Sp. z o. o. - Partnerów Konsorcjum („Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej oraz jako tej, która spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu,
 2. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum;
 3. zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wymaganych dokumentów/wyjaśnień;
 4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:
1. **art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP** poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez Konsorcjum nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta Konsorcjum zawiera rażąco niskie ceny (co było Zamawiającemu sygnalizowane przez Odwołującego), zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum **[Zarzut #1]**;
 2. **art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP** poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo wskazywanej przez Odwołującego rażącej dysproporcji pomiędzy minimalnym wynagrodzeniem za pracę, a stawką za roboczogodzinę zaproponowaną przez Konsorcjum, co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w Odwołaniu, jak również brakiem uwzględnienia w ofercie kosztu kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego Wykonawcy (wymóg określony w SWZ), a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania po stronie Konsorcjum strat **[Zarzut #2]**;
 3. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 116 pkt 1 i 2 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w Rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. a), lit. d) oraz lit. g) SWZ (tj. świadczenie usług ochrony osób i mienia w 35 instytucjach, dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut, dysponowanie doświadczonym personelem) **[Zarzut #3]**;

4. **art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 PZP oraz art. 117 ust. 3 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że Konsorcjum nie udowodniło Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponowało niezbędnymi zasobami podwykonawców na których to się powołuje, w ten sposób, iż podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. e) (tj. dysponowanie bankowozami) **[Zarzut #4];**
5. **art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 125 ust. 5 PZP** poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia dokumentów JEDZ podmiotów trzecich, na których zasoby powołują się członkowie Konsorcjum w swoich dokumentach JEDZ **[Zarzut #5];**
6. **art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 125 ust. 4 PZP** poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia osobnych dokumentów JEDZ dla członka Konsorcjum będącego spółką cywilną **[Zarzut #6];**

A także z ostrożności procesowej:

7. **art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP** przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych dokumentów dotyczących:
 - a) referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Załącznik nr 6 – wykaz usług);
 - b) dysponowania co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut (Załącznik nr 7 – wykaz narzędzi);
 - c) dysponowania doświadczonym personelem na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury (Załącznik nr 9 – wykaz osób);w sytuacji, gdy przedstawione dokumenty przez Konsorcjum nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, których mowa w Rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. a), lit. d) oraz lit. g) **[Zarzut #7];**
8. **art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 117 ust. 3 i art. 118 PZP** poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasoby powołują się członkowie Konsorcjum w swoich dokumentach JEDZ **[Zarzut #8];**

- III. Stawiając powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
 2. odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP z uwagi na fakt, że Konsorcjum nie spełniło warunków udziału w postępowaniu, jak również z uwagi na fakt, iż oferta Konsorcjum zawiera cenę, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
 4. względnie wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, w związku z odrzuceniem oferty Konsorcjum.

- IV. Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem (fakturą), który zostanie przedłożony na rozprawie.

V. **WNIOSKI DOWODOWE**

Jednocześnie, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego w dziedzinie ochrony osób i mienia w celu wyliczenia rzeczywistej i zgodnej z prawem minimalnej stawki za roboczogodzinę w sektorze ochrony osób i mienia, tj. z uwzględnieniem pracy w godzinach dziennych, w godzinach nocnych oraz w cyklu mieszanym, jak również wszystkich kosztów i zobowiązań publicznoprawnych jakie musi ponieść pracodawca zatrudniając takiego pracownika.

VI. **PRZEPISY WŁAŚCIWE**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) (dalej „PZP”).

VII. **INTERES I SZKODA ODWOŁUJĄCEGO**

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w Postępowaniu, która winna zostać uznana przez Zamawiającego jako niepodlegająca odrzuceniu, gdyż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.
2. Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie Zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym, bowiem w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.
3. Zamawiający oceniając oferty wykonawców błędnie uznał, że oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu i winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego, opisanych w niniejszym odwołaniu, Odwołujący został pozbawiony

możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia, co w konsekwencji spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując to Zamówienie.

4. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało unieważnieniem czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniem oferty Konsorcjum. Tym samym oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu oferta w Postępowaniu, co w dalszej kolejności umożliwi Odwołującemu uzyskanie Zamówienia. W przypadku, gdyby Zamawiający w Postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył, że nie zamierza zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty brutto Odwołującego, to niezależnie od powyższego Odwołujący chciałby wskazać na ugruntowaną, aktualnie obowiązującą linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazującą, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może dotyczyć również ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została przesądzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. itp. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). W konsekwencji uznaje się, że interes w uzyskaniu zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Ww. interpretację itp. 179 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza także wykładnia dokonana przez TSUE w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esc, jak również w wyroku ETS z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 Fastweb.¹ Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku Jak wskazał Zamawiający, naruszenie interesu polega na utraceniu przez wykonawcę szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie ma szans na wygranie niniejszego postępowania. Obligatoryjne unieważnienie postępowania na podstawie itp. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje bowiem, że żaden z oferentów nie uzyska zamówienia. Powyższy pogląd Zamawiającego jest błędny, a opinie, na które się powołuje, nieaktualne w świetle bieżącego orzecznictwa, czy to krajowego, czy to w szczególności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który przesądził przedmiotową kwestię. Itp. w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama Trybunał wskazał bowiem, że „pojęcie danego zamówienia w rozumieniu itp. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66 [tzw. dyrektywy odwoławczej], może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. „Dane zamówienie” nie jest więc równoznaczne „danemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, lecz „danemu przedmiotowi zamówienia².*

VIII. DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I WARUNKI FORMALNE

1. Zamawiający w dniu 23 marca 2022 roku zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na Świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1256/20, KIO 1260/20;

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 703/19;

wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 509 ust. PZP - jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Odwołujący składa odwołanie w dniu 4 kwietnia 2022 roku, co oznacza, że termin przewidziany w PZP został dotrzymany.

2. Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu w dniu 4 kwietnia 2022 roku oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu, czyniąc tym samym zadość obowiązkowi wskazanemu w art. 516 ust. 2 pkt 2) PZP.
3. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł, a potwierdzenie wykonania przelewu załączył do odwołania.

IX. OGŁOSZENIE

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 043-112503, pod adresem:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:112503-2022:TEXT:PL:HTML&tabId=1>

UZASADNIENIE

ZARZUT # 1 CENA

W niniejszym przypadku wskazać należy, iż Zamawiający dokonał naruszenia art. 224 PZP, 226 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Konsorcjum oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia w/w oferty.

Należy zauważyć, iż ustawa PZP wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez Zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (*wyroki Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08*). Oznacza to, iż cena winna znacząco odbiegać od cen przyjętych, wskazując na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Podkreślenia wymaga, iż przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej od innych ofert może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji.

Zaistnienie powyższych przesłanek związane jest również z zagrożeniem nienależytego wykonania lub niewykonaniem zobowiązania w przyszłości. Ponadto, o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę

byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotowego zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W ocenie Odwołującego proponowane przez Konsorcjum warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślenia wymaga fakt, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym, jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie do przetargu oferty zawierającej rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Przekładając powyższe na działalność objętą przedmiotem zamówienia, wskazać należy, iż ceny firm działających na terenie Grudziądza są dużo wyższe niż ceny wskazane przez Konsorcjum, tj.:

- a) średnia cena monitorowania jednego obiektu (na podstawie trzech niezależnych ofert) wynosi 58 zł netto na miesiąc, tymczasem Konsorcjum przyjęło łączną cenę w zależności od obiektu 31 zł netto;
- b) jednorazowy koszt podłączenia i aktywacji wynosi średnio 187,75 zł netto, tymczasem Konsorcjum nie uwzględniło tej ceny w ofercie (brak adnotacji Konsorcjum w dokumentacji ofertowej);
- c) roboczogodzina pracowników bez orzeczenia o niepełnosprawności (w cyklu mieszanym, tj. przy założeniu pracy w 20% w godzinach nocnych) rozpoczynają się od 26,01 zł netto (bez uwzględnienia zysku i kosztów pracodawcy), tymczasem Konsorcjum przyjęło kwotę 25,23 zł netto z uwzględnieniem swojego zysku w kwocie w 0,05 zł;
- d) średnia cena odśnieżania za metr kwadratowy powierzchni wynosi 1,20 zł netto, tymczasem Konsorcjum uśredniając przyjęło stawkę 0,2 zł netto za metr kwadratowy powierzchni;

Zestawiając powyższe oferty z Formularzem Oferty złożonym przez Konsorcjum – już na pierwszy rzut oka widać, że ceny zaproponowane przez Konsorcjum są rażąco niskie i znacznie odbiegają od ofert rynkowych.

Konsorcjum w swojej ofercie (punkt 5 oferty) za usługę monitorowania, w zależności od obiektu – jako cenę jednostkową łączną za jeden obiekt wskazało 31 zł netto. Co istotne – koszty podane w ofercie Konsorcjum – nie obejmują kosztu przepięcia alarmu w obiekcie do nowej bazy monitorującej i aktywacji nadajnika alarmowego, który winien zostać uwzględniony w ofercie zgodnie z SWZ (Rozdział 3 ust. 3 - *Wykonawca składając ofertę, musi wliczyć w cenę oferty, koszt kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego Wykonawcy*).

Koszt kompletnego i całkowitego przepięcia alarmu w obiekcie do nowej bazy monitorującej i aktywacji nadajnika alarmowego wynosi za tego typu usługę średnio 187,75 zł netto za jeden obiekt.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje łącznie 64 obiekty, całkowity koszt przeniesienia systemu/instalacji alarmowego wyniesie minimum 12.016,00 zł netto. Niemal wszystkie pozycje i poszczególne koszty w ofercie Konsorcjum zostały obliczone poniżej kosztów rynkowych – uznać należy, iż Konsorcjum nie spełniło kolejnego wymogu narzuconego przez Zamawiającego w SWZ. Oferta oraz załączniki nie zawierają nawet adnotacji na temat tego kosztu, z kolei ceny jednostkowe poszczególnych pozycji w ofercie – także nie uwzględniają tych kosztów.

Przyjmując nawet, że Konsorcjum uwzględniło powyższy koszt w swojej ofercie (w poszczególnych częściach) – to w dalszym ciągu mamy dalsze zniżenie kosztów poszczególnych elementów oferty, tj. jeszcze niżej, niż to zostało wskazane powyżej.

Zamawiający w SWZ wskazał wprost wymagania związane z obowiązkiem zatrudniania na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia (na podstawie art. 95 ust. 1 PZP) w stosunku do osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj. stałej bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia. Podkreślić tu należy, iż w przypadku usług ochrony osób i mienia praca świadczona jest 24 godziny na dobę, co niewątpliwie obejmuje pracę w godzinach nocnych a w przypadku zadania opisanego w specyfikacji przetargowej praca w godzinach nocnych stanowi ok. 40% całkowitej sumy roboczogodzin przewidzianych w zadaniu.

W ocenie Odwołującego przedstawione przez Konsorcjum warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Niewątpliwie stwierdzić należy, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia ma być realizowany począwszy od 2022 roku – minimalne wynagrodzenie o pracę w 2022 roku wynosi 3.010,00 zł brutto. Niezależnie od tego zauważyć należy, iż założyć należy, że pracodawca winien odprowadzać składkę na Pracownicze Plany Kapitałowe („PPK”), gdyż to do pracownika należy decyzja o ewentualnej rezygnacji z tego tytułu (jak również powrotu), a nie do pracodawcy. Tym samym, już ten fakt winien być odnotowany w kontekście obliczania stawki za roboczogodzinę.

Ponadto, poza stawką za roboczogodzinę należy uwzględnić także koszty pracodawcy, na które składają się m.in. konieczność zapewnienia specjalistycznej odzieży ochronnej dla pracowników (obuwie, spodnie, koszule, kurtki), wyposażenia w stosowne urządzenia, wykonanie obowiązkowych badań lekarskich, uzyskanie przewidzianych w specyfikacji przetargowej szkoleń w zakresie udzielania pierwszej pomocy oraz w zakresie ochrony informacji niejawnych, dostęp do pojazdów – co niewątpliwie ma związek ze szczególnym charakterem zamówienia.

Odnosząc się do w/w kosztów, na miesięczny koszt utrzymania pracownika ochrony w pełnym wymiarze czasu pracy z uwzględnieniem urlopu pracownika składa się:

- a) wynagrodzenie minimalne – 3.010,00 zł;
- b) dodatek za godziny nocne (w 2022 roku średnio za 20% pracy w porze nocnej) – 201,47 zł;
- c) ZUS pracodawcy (składka emerytalna, rentowa, wypadkowa, FP, FGŚP) – 633,94 zł;
- d) świadczenie urlopowe pracownika w skali jednego miesiąca – 396,75 zł (z uwzględnieniem całkowitego przychodu, tj. minimalnego wynagrodzenia, dodatku za pracę w godzinach nocnych oraz składek ZUS);
- e) wynagrodzenie chorobowe za 10 dni – 61,58 zł;

Wobec czego łączny, podstawowy miesięczny koszt utrzymania pracownika wynosi 4.303,75 zł.

- f) Urlop pracownika – 2,04 zł z 1 roboczogodzinę.

Powyższe w rezultacie daje podstawową (minimalną) stawkę miesięczną stawkę za roboczogodzinę w wysokości 25,72 zł, przy czym uwzględniając składki na PPK – stawka za roboczogodzinę kształtuje się na poziomie 26,01 zł (bez VAT). Powyższa kalkulacja nie uwzględnia kosztów dodatkowych, o których mowa powyżej, jak również ewentualnej pracy w godzinach nadliczbowych.

Tym samym, w stosunku do realizacji usług z podmiotami publicznymi (jak ma to miejsce w Postępowaniu), gdzie wynagrodzenia finansowane są ze środków publicznych – stawka 26,01 zł stanowi niejako punkt wyjścia w kontekście obliczania stawki za roboczogodzinę przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Konsorcjum oferując stawkę 25,28 zł za roboczogodzinę (uwzględniając w tym już swój śladowy zysk na poziomie 0,05 zł) znacznie zaniża koszty utrzymania pracownika przy realizacji zamówień publicznych (co stoi w sprzeczności z wymogami w tym zakresie określonymi wprost w SWZ). Jednocześnie Zamawiający zgadzając się na stawkę poniżej minimalnego wynagrodzenia pracownika określonego przez przepisy obowiązującego prawa – swoim zachowaniem postąpiłby w całkowitej sprzeczności w stosunku do opracowanych przez siebie wymagań, a tym samym wbrew przepisom obowiązującego prawa.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż każdy pracownik przed przystąpieniem do wykonywania pracy winien zostać skierowany na wstępne badania lekarskie oraz przejść przeszkolenie z BHP – co także generuje koszty po stronie pracodawcy.

Biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego w SWZ oraz przepisy obowiązującego prawa, tj. Kodeks pracy, PZP oraz ustawę o minimalnym wynagrodzeniu – oferta Konsorcjum nie tylko świadczy o zaniżeniu kosztów pracowników (stawka za roboczogodzinę poniżej realnych kosztów), ale przede wszystkim wskazuje na to, że oferta Konsorcjum wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i co oczywiste powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Należy zwrócić uwagę, iż dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (*wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 1032/19*). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzić może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do dopuszczenia do przetargu oferty zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji jej wybór jako pozornie najkorzystniejszej.

Z całą stanowczością należy podkreślić, iż przedmiotowa oferta przygotowana została z pominięciem reguł konkurencji oraz racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej, co również wskazuje na jej faktyczną nieopłacalność dla oferentów. W związku z tym całkowicie niezrozumiałym jest fakt braku przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji oferty, która jednoznacznie wskazuje na rażące zniżenie ceny. Nadto, należy zauważyć, iż Zamawiający w sposób całkowicie niezrozumiały nie wziął pod uwagę zarówno oceny realności jak też rentowności ceny ofertowej, na co również wskazuje załączona do niniejszego odwołania szczegółowa kalkulacja.

Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO 1726/19 przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny. Ponadto zgodnie z tezą zawartą w wyroku KIO 2057/19 każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na

uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe, według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Wskazać należy także, iż zgodnie wyrokiem KIO 992/19, sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z - "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy".

Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Mając na uwadze Postępowanie – Zamawiający zaniechał wszystkich w/w czynności w stosunku do oferty Konsorcjum.

Już powyższe okoliczności wskazują wprost, że przedstawiona przez Konsorcjum oferta jest nie tylko rażąco niska, ale także wymagała weryfikacji przez Zamawiającego w zakresie zbadania jej rynkowości. Tym samym, z uwagi na przedstawione koszty zaoferowane przez Konsorcjum – z uwagi na to, że są stawki nierynkowe – naruszają one zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

ZARZUT # 2 CENA

W tym miejscu wskazać należy, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania poszczególnych usług (w tym ceny minimalnej a roboczogodzinę), pomimo sygnalizowania przez Odwołującego rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usług, a ceną zaoferowaną przez Konsorcjum, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Konsorcjum.

Artykuł 224 PZP zawiera opis procedury, jaką musi wszcząć zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie informację o rażąco niskiej cenie w którejkolwiek z ofert w stosunku do ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Źródłem informacji jest analiza treści złożonej oferty przez wykonawcę albo odwołanie innego uczestnika postępowania, zawierające żądanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną (wyr. KIO z 29.2.2008 r., KIO/UZP 126/08, *Legalis*; wyr. ZA z: 24.4.2007 r., UZP/ZO/0-452/07, *Legalis*; 2.3.2006 r., UZP/ZO/0-564/06, *Legalis*; wyr. KIO z 1.7.2013 r., KIO 1428/13, *Legalis*: "O zaistnieniu obowiązku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 PrZamPubl2004 (obecnie art. 224 ust. 1 i 3) przesądza powzięcie przez zamawiającego wiedzy o rażącym odbieganiu ceny oferty od cen pozostałych ofert lub wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, które nie znajduje usprawiedliwienia w okolicznościach faktycznych, przy czym źródłem powstania wątpliwości może być zarówno przeprowadzona przez zamawiającego analiza ekonomiczna złożonych ofert, jak i argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę").

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż cena oferty budzi wątpliwości. W związku z powyższym, żądanie wezwania do wyjaśnień lub żądanie odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę powinno być odpowiednio umotywowane oraz udowodnione (wyr. KIO z 29.3.2013 r., KIO 633/13). Taka też sytuacja miała miejsce w Postępowaniu, bowiem Odwołujący wskazał wprost, w oparciu o konkretne informacje – że oferta Konsorcjum jest poniżej wynagrodzenia minimalnego.

Wskazać również należy, iż w sytuacji powzięcia informacji o rażąco niskiej cenie lub koszcie albo istotnych częściach składowych ceny lub kosztu ustawa - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Toteż, w związku z otrzymanymi ze strony jednego z oferentów zastrzeżeniami dotyczącymi warunków cenowych przedstawionych przez Konsorcjum, Zamawiający winien wyjaśnić przedmiotową sytuację, wzywając oferenta do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny znacząco odbiegającej od ofert pozostałych oferentów – a co zostało przez Zamawiającego całkowicie zaniechane.

ZARZUT #3 – NIESPEŁNIENIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU OKREŚLONEGO W ROZDZIALE 5, PKT 6, PPKT 4 LIT. A), D), G) SWZ

Ad. lit. A)

Zamawiający w Rozdziale 5 pkt 6, ppkt 4 lit. a) SWZ wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie lub wykonywanie w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: usług ochrony osób i mienia na rzecz co najmniej 35 jednostek budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury o łącznej wartości co najmniej 2 mln złotych.

Jednostka budżetowa jest definiowana jako jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych nieposiadająca osobowości prawnej, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Samorządową instytucją kultury jest samorządowa osoba prawna, dla której działalność kulturalna jest podstawowym celem statutowym (nie stanowiącym jednocześnie działalności gospodarczej), prowadzona w szczególności w formie: muzeów, biur wystaw artystycznych, galerii i centrów sztuki, bibliotek, domów i ośrodków kultury, świetlic i klubów.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. a) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu usług wraz z referencjami (por. str. 12 SWZ).

Tym samym na potwierdzenie spełnienia w/w warunku Konsorcjum przedłożyło Załącznik nr 6 (wykaz usług), w którym wskazano 39 podmiotów, na rzecz których Konsorcjum świadczy i świadczyło usługi w powyższym zakresie. Dodatkowo, na potwierdzenie wykazu Konsorcjum przedłożyło listę stosownych referencji.

Poddając analizie wykaz świadczonych usług i przedłożone referencje, wskazać należy co następuje:

- 1) Gdańskie Wody Sp. z o. o. – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną, nie jest również instytucją kultury;

- 2) Szpital Miejski im. Jana Pawła II w Elblągu – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;
- 3) Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Rudno – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;
- 4) Stowarzyszenie Rodzin Katolickich Diecezji Elbląskiej – nie jest jednostką budżetową ani instytucją kultury (jest społeczną organizacją działającą w ramach przepisów o stowarzyszeniach);
- 5) Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Elblągu – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury;
- 6) HANYANG ZAS Sp. z o. o. – nie jest jednostką budżetową, gdyż posiada osobowość prawną. Nie jest również instytucją kultury, gdyż działalność spółki skupia się wokół montażu, lakiernictwa.

Wobec powyższego, podmioty wskazane powyżej nie powinny być brane pod uwagę w zakresie potwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum warunku wskazanego w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. a) SWZ.

Wobec powyższego, Konsorcjum nie spełniło kolejnego warunku, który został wprost określony w SWZ i jest jednocześnie warunkiem udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie – oferta powinna zostać odrzucona.

Ad. lit. D)

Ponadto Zamawiający w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. d) SWZ wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut, licząc od chwili wezwania przez pracowników ochrony lub upoważnionych pracowników Zamawiającego.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. d) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (por. str. 12 SWZ).

Powyższy warunek został całkowicie pominięty przez Konsorcjum w swojej ofercie, gdyż w Załączniku nr 7 (wykaz narzędzi) Konsorcjum wskazało jedynie *Patrol interwencyjny, Centrum Monitorowania oraz Bankowozy*.

W tym wypadku niewątpliwie „Patrol interwencyjny” odnosi się do wymogu z Rozdziału 5, pkt 6, ppkt 4 lit. b) SWZ, jednak nie było przy tym żadnego oświadczenia, wzmianki lub adnotacji o sposobie realizacji warunku, o którym mowa powyżej. Podobnie, w oświadczeniach JEDZ – żaden z partnerów Konsorcjum nie odniósł się do tej kwestii.

Tym samym, także w tym zakresie oferta Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, który został wprost określony w SWZ.

Ad. lit. G)

Zamawiający w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. g) SWZ wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie doświadczonym personelem, tj. pracownikami posiadającymi co najmniej roczne

doświadczenie na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. g) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu osób (por. str. 12 SWZ).

W Załączniku nr 9 (wykaz osób) Konsorcjum wskazało co prawda listę delegowanych pracowników oraz ich kwalifikacje i ogólnie doświadczenie na danym stanowisku, to jednak całkowicie pominięto to, czy ci pracownicy posiadają jakiegokolwiek doświadczenie na stanowisku pracownika ochrony w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury, co jest w pełni zbieżne z przedmiotem zamówienia.

Ponownie nie można zatem uznać, że Konsorcjum bezsprzecznie spełniło warunek udziału w postępowaniu.

ZARZUT #4 – NISPEŁNIENIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU OKREŚLONEGO W ROZDZIALE 5, PKT 6, PPKT 4 LIT. E) SWZ

Zamawiający w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy bankowozami, tj. posiadającymi wymaganą przepisami prawa homologację, tj. pojazdami samochodowymi przeznaczonymi do transportu wartości pieniężnych, oznaczone w zależności od konstrukcji i zabezpieczenia technicznego homologacją typu: A lub B lub C.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (por. str. 12 SWZ).

Analizując ten warunek – jasnym jest, że poza dysponowaniem dwoma bankowozami przez Konsorcjum, pojazdy te winny posiadać specjalną homologację, w zależności od posiadanej konstrukcji.

Zamawiający w Rozdziale 9 ust. 1 SWZ wskazał wprost, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 SWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do Zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wobec powyższego, jasnym jest, że brak posiadania określonych narzędzi przez wykonawców można uzupełnić w oparciu o zasoby, które zostaną udostępnione przez podmiot trzeci.

Kolejno, zgodnie z Rozdziałem 9 ust. 3 i 4 - Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, **składa, wraz z Ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia** (dalej „Zobowiązanie”) lub **inny Podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.**

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt. 3, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, zgodnie z SWZ: „W przypadku korzystania przez Wykonawcę z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby na warunkach określonych w art. 118 Ustawy PZP, Podmiotowe środki dowodowe składa każdy z tych podmiotów z wyłączeniem oświadczenia wskazanego w pkt. 5 ppkt. 1. lit. b).”. Ponownie – z oferty wynika, że faktyczne jest korzystanie z zasobów podmiotów trzecich przez Konsorcjum, ale brak ich zgłoszenia, jak również przedstawienia środków dowodowych.

Przenosząc powyższe na ofertę Konsorcjum oraz jej załączniki, zauważyć należy, iż każdy z partnerów Konsorcjum jako oddzielny wykonawca w swoim JEDZ wskazał:

- „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? – **NIE**”
- „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: **TAK**”
- W części IV dotyczącej Kryteriów Kwalifikacji – żaden z partnerów nie wskazał bankowozów.

W związku z powyższym, z uwagi na fakt, iż żaden z partnerów Konsorcjum nie dysponuje bankowozami, które są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ – Konsorcjum w plikach JEDZ oświadczyło informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd (nie będzie korzystał), jak również nie wskazało w jakim zakresie oraz w zakresie, której części przedmiotu zamówienia – będzie polegać na zasobach podmiotów trzecich. Tym samym, Konsorcjum nie dołączyło także żadnego zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w celu realizacji zamówienia.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż uzyskanie przez danego wykonawcę dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu musi nastąpić przed terminem składania ofert. W przeciwnym bowiem razie oferta składana jest przez podmiot, który warunków takich nie spełnia. Ewentualne uzupełnienie dokumentów musi więc zmierzać do wykazania, że warunki spełnione były już w terminie składania oferty.

Jest to stanowisko zbieżne z Opinią Rzecznika Generalnego M.B. przedstawioną w dniu 24 listopada 2016 r., sprawa C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, który stwierdził, że co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu. W związku z powyższym powoływanie się na inny podmiot w wyżej opisany sposób nie stanowi jedynie wyjaśnienia lub formalności. Jest to faktycznie znacząca zmiana oferty. Tym sposobem ulega zmianie sama tożsamość podmiotów realizujących prace, a przynajmniej tożsamość podmiotu, na którego doświadczeniu się polega. Jest to istotna zmiana mająca wpływ na kluczowy element postępowania.

W wyroku z dnia 16 października 2019 r., KIO 1941/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

Składane przez wykonawcę w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego (lub inny dokument służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci) stanowi potwierdzenie, że dany potencjał został wykonawcy faktycznie udostępniony dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zobowiązanie to stanowi zatem niezbędny punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców oraz środki dowodowe w postaci dokumentów, jeśli wykonawcy powołują się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania tych warunków.

Powyższy pogląd pozostaje w zgodzie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zważyć bowiem należy, że możliwość wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę polegającego na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy. Stanowisko to pozostaje też w zgodzie z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE.

Powyższe jest w pełni zgodne z orzecznictwem KIO w tym zakresie, a zatem Konsorcjum po raz kolejny nie spełniło warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc zaś powyższą kwestię w kontekście skorzystania z podwykonawców (tak wskazało Konsorcjum w Załączniku nr 7 (wykaz narzędzi) w kontekście bankowozów), wskazać należy, iż co prawda każdy z partnerów Konsorcjum wskazał w JEDZ (część II, sekcja D), że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, to jednak nie wskazano w jakim zakresie – do czego zobowiązywało wprost SWZ („Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w JEDZ (część II, sekcja D) części Przedmiotu Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom, oraz podania ewentualnych Podwykonawców, jeżeli są już znani”).

Niezależnie od powyższego, Konsorcjum w pierwszej kolejności winno wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a dopiero później wskazać, iż ewentualnie zamierza polegać na podwykonawcach w konkretnym zakresie. W tym przypadku ani jeden, ani drugi warunek nie został spełniony przez Konsorcjum, w związku z czym ponownie oferta ta winna zostać odrzucona.

ZARZUT #5 - ZANIECHANIE WEZWANIA KONSORCJUM DO PRZEDŁOŻENIA DOKUMENTÓW JEDZ PODMIOTÓW TRZECICH

Zgodnie z art. 125 ust. 5 PZP Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

SWZ stanowi, że: „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. JEDZ podmiotów udostępniających zasoby należy złożyć pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. (por. str. 9 i 10 SWZ)“

Jak już wskazano powyżej (w zarzucie #4), Konsorcjum nie przedłożyło żadnych dokumentów dot. podmiotów trzecich (w tym również dokumentów JEDZ), na których to Konsorcjum się powołuje. Tym samym Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia tych dokumentów JEDZ.

ZARZUT # 6 ZANIECHANIE WEZWANIA KONSORCJUM DO PRZEDŁOŻENIA OSOBNYCH DOKUMENTÓW JEDZ DLA CZŁONKA KONSORCJUM BĘDĄCEGO SPÓŁKĄ CYWILNĄ

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający w Rozdziale 6 ust. 4 SWZ wskazał wprost, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, JEDZ w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym składa pod rygorem nieważności każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Jak zostało wskazane powyżej, w skład Konsorcjum wchodzi m.in. Patrol Dogmat Spółka Cywilna Martyna Pinszke Robert Krawczyk. Mamy tu więc spółkę cywilną, której działanie i funkcjonowanie jest uregulowane nieco odmiennie niż inne podmioty posiadające osobowość prawną, której spółka cywilna nie posiada.

Należy podkreślić, iż spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków, lecz ma charakter umowy cywilnoprawnej. Podmiotowość prawną, mają tylko wspólnicy tej spółki, a nie sama spółka. Oznacza to, iż oświadczenie woli, jakim jest JEDZ, powinno być złożone, przez wspólników spółki cywilnej, a nie przez spółkę. W świetle powyższego, wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko wspólnicy spółki cywilnej, a nie sama spółka.

W tym kontekście, należy zauważyć, że w orzecznictwie podkreśla się, iż „*Obaj wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia działający w formie spółki cywilnej zobowiązani są złożyć oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz informacje o przynależności do grupy kapitałowej dotyczące każdego z tych wykonawców z osobna*” (por. wyrok KIO z 1.09.2014 r., KIO 1674/13).

Co prawda, cytowany wyrok, został wydany w stanie prawnym, w którym nie obowiązywał jeszcze JEDZ, jednak wskazana w nim zasada, zachowuje swoją aktualność również obecnie. Skoro bowiem JEDZ, zawiera m.in. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, to w świetle cyt. wyroku, powinien on być złożony przez każdego wspólnika spółki cywilnej, gdyż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, muszą złożyć wszyscy wspólnicy spółki cywilnej.

Wobec powyższego, badanie prawidłowej reprezentacji przy składaniu oferty jest jednak obowiązkiem Zamawiającego i w przypadku wątpliwości powinien on skorzystać z instytucji wzywania do uzupełnienia dokumentów lub pełnomocnictw lub wzywania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów – a czego Zamawiający w niniejszej sprawie całkowicie zaniechał.

Podsumowując, spółka cywilna w niniejszej sprawie nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu PZP. Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcami w rozumieniu PZP, są wyłącznie wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Tym samym Zamawiający winien wezwać Konsorcjum do przedłożenia tych dokumentów JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 PZP.

Zarzuty ewentualne

ZARZUT #7 I Zarzut #8 - ZANIECHANIE DO ZŁOŻENIA, POPRAWIENIA LUB UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

Zgodnie z art. 128 ust. 1 PZP: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...).”

Tym samym w przypadku nie uwzględnienia zarzutów, o których mowa w #3, #4, Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w sposób bezprawny zaniechał do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia następujących dokumentów:

a) Załącznik nr 6 (wykaz referencji) – albowiem jak opisano powyżej, nie wszystkie referencje spełniają wymogi opisane w SWZ;

b) Załącznik nr 7 (wykaz narzędzi) – albowiem jak wskazano powyżej, Konsorcjum nie wykazało, że dysponuje najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy pojazdami zapewniającymi przyjazd patrolu interwencyjnego do ochranianego obiektu w czasie nie dłuższym niż 15 minut, licząc od chwili wezwania przez pracowników ochrony lub upoważnionych pracowników Zamawiającego;

c) Załącznik nr 9 (wykaz osób) - jak wskazano powyżej, Konsorcjum nie potwierdziło dysponowania doświadczonym personelem, tj. pracownikami posiadającymi w samorządowych budżetowych i/lub samorządowych instytucji kultury;

d) zobowiązań podmiotów trzecich – albowiem jak wskazano powyżej, Konsorcjum powołuje się na doświadczenie podmiotów trzecich, nie przedłożyło jednak zobowiązań tych podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów zgodnie z wymogami PZP.

Oceniając zaś powyższe zarzuty całościowo, tj. w zakresie niespełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 2 lit. a) oraz w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. a), d), e), g) SWZ – podkreślić należy, iż Zamawiający całkowicie pominął kwestię jakiegokolwiek weryfikacji oferty Konsorcjum oraz przedłożonych do oferty załączników. Jak wykazano powyżej, wątpliwości oraz ewentualnie braki nie są jednostkowe, a w toku postępowania pojawiło się ich bardzo dużo. W takim przypadku bez weryfikacji wszystkich niewiadomych – wybór Konsorcjum jest bezzasadny, a z uwagi na niespełnianie licznych warunków udziałów w Postępowaniu oraz jawną sprzeczność z SWZ – ofertę należało odrzucić.

W ocenie Odwołującego niezgodności oferty Konsorcjum przytoczone w Odwołaniu mają charakter 0/1. Chcąc dochować należytej staranności Zamawiający winien co najmniej zbadać ofertę Konsorcjum pod kątem podstaw odrzucenia wskazanych w Odwołaniu, które są bowiem widoczne gołym okiem przy analizie spełniania warunków formalnych oferty - wzywając do złożenia wyjaśnień czego zaniechał.

Mając na uwadze powyższe, zasadne jest poprawienie lub uzupełnienie ww. dokumentów.

PODSUMOWANIE

Konsekwencją naruszenia w/w przepisów było, jak wskazano powyżej – naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Błędna ocena oferty Konsorcjum, która powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SWZ, spowodowała, że Odwołujący, który złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i jest

zdolny do należytego wykonania Zamówienia (zgodnie z realiami rynkowymi oraz przepisami prawa regulującymi m.in. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę) utracił możliwość jego uzyskania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 stycznia 2021 r. (sygn. KIO 3470/20) „*Ukształtowana w danym postępowaniu treść SIWZ wiąże nie tylko wykonawców, ale także Zamawiającego, który w toku tego postępowania ma obowiązek respektować ustalone założenia, a odstąpienie od nich godzić może w zasadę równego traktowania wykonawców*”.

Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2020 r. (sygn. KIO 2598/20) gdzie wskazała, że „*Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych*” oraz w wyroku z dnia 10 grudnia 2020 r. (sygn. KIO 3040/20) „*Przestrzeganie przez zamawiającego reguł, które on sam określił w siwz oraz przepisów określonych w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie jest formalizmem, ale jedynym sposobem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami, o których mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p. Wymagania zamawiającego służą bowiem (o ile są sformułowane adekwatnie do przedmiotu zamówienia) do weryfikacji tego, czy wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia i czy to, co on oferuje spełnia oczekiwania zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Zamawiający zobowiązany jest zatem rzetelnie sprawdzić spełnienie tych wymagań nie "dla formalności", ale dla uzyskania pewności, że zamówienie zostanie należycie zrealizowane*”.

W niniejszym Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia zostały wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SWZ oraz wyjaśnieniach SWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum już podczas badania ofert. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie należy zatem uznać za naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych.

Mając zatem na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację złożenie odwołania przez Odwołującego jest w pełni uzasadnione, bowiem Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP dokonując wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oraz dokonując błędnej jej oceny, uznając je za zgodne z treścią SWZ, a tym samym niepodlegające odrzuceniu.

Jednocześnie Odwołujący zastrzega możliwość złożenia na rozprawie dowodów na potwierdzenie okoliczności i argumentacji wskazanych w odwołaniu.

Za Odwołującego:

Adwokat Jakub Godlewski

(podpisano elektronicznie)

Załączniki:

Załącznik nr 1 – pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej

Załącznik nr 2 – dowód uiszczenia wpisu od odwołania

Załącznik nr 3 – aktualna informacja z KRS Odwołującego

Załącznik nr 4 – dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu