Sygn. akt: KIO 2552/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 10 października 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2022 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Art-Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Sąd Rejonowy w Chełmie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MM Service Monitoring spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (pełnomocnik) oraz MAXUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2552/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części zarzutów i nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu pn.: na „Świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej” w zakresie Zadania nr 1 unieważnienie czynności z dnia 22 września 2022 roku tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MM Service Monitoring spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (pełnomocnik) oraz MAXUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w zakresie Zadania nr 1.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MM Service Monitoring spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (pełnomocnik) oraz MAXUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w zakresie Zadania nr 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu nr 2, 3 i 4 z petitum odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Art-Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Zamawiającego Sąd Rejonowy w Chełmie i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Art-Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od Zamawiającego - Sąd Rejonowy w Chełmie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Art-Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie kwotę 5 550, 00 zł (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2552/22

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Sąd Rejonowy w Chełmie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie art. 359 pkt. 2 ustawy z zastosowaniem trybu podstawowego bez przeprowadzenia negocjacji tj.: na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych na „Świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2022 roku pod numerem 2022?BZP 00189778/01.

W dniu 27 września 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Ekspert Security MW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Art-Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Ekspert” lub „Odwołujący”) działając na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 dalej „ustawa”, „PZP”) w oparciu o art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy wnieśli odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 Postępowania oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MM Service Monitoring spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (pełnomocnik) oraz MAXUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej konsorcjum „MM") i zaniechaniu odrzucenia oferty MM jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum MM w sytuacji gdy złożone przez konsorcjum MM wyjaśnienia nie obalały domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, gdyż zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023;

- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum MM;

- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum MM, poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum MM, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska;

2) art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty konsorcjum MM podlegającej odrzuceniu pomimo iż, to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu;

3) art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk"), przez wybór oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie usług poniżej kosztów wytworzenia usługi, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w roku 2023;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 uznk, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MM pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników czyli kosztów wytworzenia usługi,

5) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum MM w Postępowaniu w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, prognozowanych w roku 2023, znanych na dzień składania ofert, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia;

6) art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1 Postępowania konsorcjum MM podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum MM jako najkorzystniejszej w zadaniu 1 Postępowania,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty konsorcjum MM w zadaniu nr 1,

4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący podał w zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, albowiem wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą Pzp ocena ofert złożonych w Postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

W przypadku uwzględnienia niniejszego Odwołania i odrzucenia oferty konsorcjum MM w zadaniu 1 Postępowania, która została oceniona jako najkorzystniejsza, oferta złożona przez Odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodne z ustawą Pzp nieodrzucenie oferty konsorcjum MM w zadaniu 1 Postępowania, uniemożliwia Odwołującemu realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

<u>W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:</u>

Pismem z dnia 21 lipca 2022 roku Zamawiający wezwał konsorcjum MM do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zadaniu 1 („Wezwanie").

Dowód: wezwanie do wyjaśnień z dnia 21 lipca 2022 roku (w aktach)

Pismem z dnia 26 lipca 2022 roku konsorcjum MM złożyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny („Wyjaśnienia").

Dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 26 lipca 2022 roku (w aktach)

Pismem z dnia 22 września 2022 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowania w zakresie zadania 1.

Rażąco niska cena oferty konsorcjum MM w zadaniu 1:

W §3 ust. 6 pkt 1 SWZ Zamawiający wprowadził wymóg zatrudnienia pracowników świadczących usługi ochrony osób fizycznych osób i mienia w budynku Zamawiającego na podstawie umowy o pracę.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 2 dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w 2023 roku, odpowiedział, że „Zamawiający nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Kalkulacja oferty oraz ryzyko z tym związane leży po stronie Wykonawcy."
Dowód: odpowiedzi na pytania z dnia 6 czerwca 2022 roku (w aktach)

Odwołujący podał, że ma to o tyle istotne znaczenie, że termin wykonania usługi obejmuje okres od dnia podpisania Umowy, nie wcześniej niż od 1 lipca 2022 roku do dnia 30 czerwca 2023 roku. Zatem 6 miesięcy usługi realizowane będzie w roku 2023, co wiąże się ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia — kosztów pracowniczych.

Zamawiający nie przewiduje możliwości waloryzacji wynagrodzenia, dlatego należy przyjąć, że wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, jako profesjonaliści funkcjonujący od lat na rynku powinni kalkulując cenę założyć podwyżkę kosztów zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji umowy posiadając z góry wiedzę, że Zamawiający nie dopuszcza waloryzacji wynagrodzenia. Tym samym aby móc zapewnić sobie rentowność kontraktu, a tym samym nie zaoferować ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi każdy wykonawca powinien założyć, że od 1 stycznia 2023 roku koszty zatrudnienia pracowników wzrosną. Zaoferowana przez konsorcjum MM w zadaniu 1 cena, tj. 985.416,96 zł brutto nie spełnia

takich wymogów.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku, ustalono obowiązujące od 1 stycznia 2022 roku minimalne wynagrodzenie za prace w wysokości 3.010,00 zł brutto. Natomiast w dniu 7 czerwca 2022 roku (dzień przed terminem składania ofert, który mijał 8 czerwca 2022 roku) na stronie gov.pl opublikowano informację o proponowanej przez Radę Ministrów wysokości minimalnego wynagrodzenia w 2023 roku. Zgodnie z nim od stycznia 2023 roku minimalne wynagrodzenie ma wynosić 3383 zł brutto, czyli o 373 zł więcej niż wynosi w roku.

Dowód: informacja prasowa ze strony gov.pl

W złożonych Wyjaśnieniach konsorcjum MM wskazało, że: „Nasze konsorcjum przystępując do udziału w postępowaniu założyło, iż minimalne wynagrodzenie w roku 2023 wynosić będzie 3.280 zł brutto.” Wykonawca wyjaśniał jak wyliczył ten koszt. Oznacza to, że posiadał wiedzę i możliwości weryfikacji informacji o kosztach minimalnego wynagrodzenia, a tym samym w swoim własnym interesie powinien zweryfikować czy jest już znane prognozowane wynagrodzenie na rok 2023. Powszechną praktyką, szczególnie w branży ochrony, która w większości oferuje swoim pracownikom wynagrodzenie minimalne jest stałe monitorowanie doniesień medialnych w tym zakresie, nie tylko aby móc w sposób rzetelny skalkulować ceny ofertowe, ale także przygotować się z wyprzedzeniem na wzrost kosztów prowadzonej działalność w kolejnym roku. Dodatkowo, zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. od dnia 1 stycznia 2023 roku ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3.490,00 zł brutto („Rozporządzenie"). Jest to zatem kwota jeszcze wyższa niż prognozowana w czerwcu 2022 roku.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący podał, że niezwykle istotną okolicznością jest fakt, że Wezwanie było efektem uprzednio toczącego się postępowania z odwołania złożonego przez Odwołującego (sygn. akt: KIO 1702/22), które Zamawiający w całości uwzględnił, podzielając tym samym w całości prezentowaną w nim argumentację. Konsekwencją uwzględnienia ww. odwołania było wykluczenie z Postępowania wykonawcy konsorcjum firm Agencja Ochrony MK sp. z o.o. i Agencja Ochrony K. Security sp. z o.o. z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Oznacza to, że Zamawiający zgodził się, że skoro na dzień składania ofert znane było wykonawcom prognozowane wynagrodzenie na rok 2023 roku w kwocie 3.383,00 zł brutto to wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu powinni te okoliczność uwzględnić w kalkulacji oferty lub nie czyniąc tego liczyć się z tym, że ich oferta nie zostanie uznana za skalkulowaną na poziomie rynkowym i może zostać uznana za cenę rażąco niską.

W związku z tym, obecnie zaakceptowanie przez Zamawiającego prawidłowości Wyjaśnień konsorcjum MM, w których wyjaśniono iż skalkulowano wynagrodzenie w 2023 roku na poziomie 3.280,00 zł (czyli niższym o 103,00 zł) jest prawidłowe, jest niezrozumiałe i stanowi zdaniem Odwołującego niekonsekwencję po stronie Zamawiającego. Tym bardziej, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił po opublikowaniu Rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu, które od stycznia wynosić będzie 3.490 zł brutto, zatem jego wysokość już nie był na moment wyboru kwestią spekulacji czy prognoz. O ile bowiem Odwołujący nie neguje, że na dzień złożenia oferty wykonawca nie mógł znać finalnie przyjętego przez Radę Ministrów w Rozporządzeniu poziomu minimalnego wynagrodzenia za pracę, to już bez trudu przed złożeniem oferty mógł i powinien zapoznać się z opublikowanymi prognozami tego wynagrodzenia publikowanymi na stronie rządowej. Niedochowanie tej staranności i skalkulowanie oferty na bazie własnych założeń, jak wskazuje sam

Zamawiający w odpowiedziach na pytania - stanowi ryzyko wykonawcy. Odwołujący podał, że z tabeli zamieszczonej w odwołaniu jednoznacznie wynika, że założenia leżące u podstaw wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników w 2023 roku poczynione w Wyjaśnieniach konsorcjum MM są zdecydowanie zaniżone w stosunku zarówno do prognozowanego wynagrodzenia w 2023 roku, jak i tego finalnie wynikającego z Rozporządzenia. Powoduje to że cena ofertowa konsorcjum MM jest rażąco niska i nie pozwala na pokrycie kosztów wytworzenia usługi, a to prowadzi do wniosku, że wykonawca nie oferuje minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku oraz nie będzie z zaoferowanej ceny w stanie wypracować zysku.

Kolejny przejaw braku konsekwencji w postępowaniu Zamawiającego uwypukla fakt, że wykluczono z Postępowania innego wykonawcę konsorcjum firm Agencja Ochrony MK sp. z o.o. i Agencja Ochrony K. Security sp. z o.o. z uwagi na wiele niejasności w złożonych przez ten podmiot wyjaśnieniach, a także nie uwzględnienie wzrostu kosztów zatrudnienia w 2023 roku. Obszerne uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy wskazuje na dużą wnikliwość w ocenie wyjaśnień, której próżno z kolei szukać przy analizie wyjaśnień konsorcjum MM, a to wprost prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Jeśli Zamawiający, słusznie wykluczył konsorcjum K. za nieuwzględnienie wzrostu kosztów zatrudnienia w 2023 roku, to także konsorcjum MM powinien wykluczyć z powodu niewystraczającego uwzględnienia wzrostu tych kosztów. Wykonawcy składając ofertę nie musieli bowiem sami dokonywać analiz, a mogli skorzystać co najmniej z gotowej informacji o prognozie wzrostu wynagrodzenia.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty konsorcjum K. w wyjaśnieniach ceny wykonawca ten szeroko uzasadnił pozapracownicze koszty oferty. Tymczasem konsorcjum MM w ogóle ich nie wyjaśniło odnosząc się jedynie do ogólnej kwoty tych kosztów, a Zamawiający nie zanegował takiej prezentacji wyjaśnienia wyliczenia ceny ofertowej.

Dalej, w Wyjaśnieniach konsorcjum MM wskazało, że przewiduje zysk na poziomie 2.915,84 zł, koszty zatrudnienia pracowników na poziomie 786.236,16 zł, a pozostałe koszty pozapłacowe na poziomie 12.000,00 zł netto. Zauważa Odwołujący także błąd w kalkulacji, pozapłacowe koszty konsorcjum MM określiło na kwotę 12.000,00 zł netto, zapominając o podatku VAT. Wykonawca nie wskazał, że może dokonać odliczeń w całości podatku, zatem oznacza to, że zapomniał ująć podatek VAT w cenie. Tym samym zaniżył ofertę co najmniej o kwotę 2.760.00 zł (przy założeniu podatku na poziomie 23%), czyli kwotę niemal równą prognozowanemu zyskowi na kontrakcie.

Dalej, gdyby konsorcjum MM dokonało prawidłowej kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników za rok 2023 roku to dochodzimy do kolejnych strat. Zauważyć należy, że zgodnie z pkt II Załącznika nr 1a do SWZ:

W okresie od 01.11.2022 r. do 30.06.2023 r. (8 miesięcy) wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia:

a) całodobowej bezpośredniej i stałej ochrony fizycznej:

- dwóch wykwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej we wszystkie dni tygodnia w budynku Sądu w Chełmie przy Pl. Kościuszki 3,

- dwóch wykwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej we wszystkie dni tygodnia w budynku Sądu przy Al. Żołnierzy lAWP 16;

b) całodobowego monitorowanie alarmowego systemu antynapadowego SSWiN i p.poż. w budynkach Sądu Rejonowego w Chełmie przy ul. Pl. Kościuszki 3, 22-100 Chełm oraz Al. Żołnierzy I AWP 16, 22-100 Chełm.

Odwołujący przedstawił wyliczenie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników z podziałem na poszczególne posterunki oraz okres realizacji usługi w roku 2023. Koszty realizacji usługi w roku 2022 roku określone w Wyjaśnieniach nie budzą wątpliwości Odwołującego.

<u>Liczba godzin pracy pracowników w okresie 01.01.2023r. - 30.06.2023r.</u>

Pl. Kościuszki 3

- dwóch wykwalifikowany pracowników ochrony fizycznej od godz. 7.00 do 7.00 (24h) we wszystkie dni tygodnia.

Łączna ilość godzin wypracowanych w powyższym okresie: 8688 godz. (2 x 24 godz. x 181 dni = 8688 godz.).

<u>Al. Żołnierzy 1 AWP 16</u>

- dwóch wykwalifikowany pracowników ochrony fizycznej od godz. 7.00 do 7.00 (24h) we wszystkie dni tygodnia.

Łączna ilość godzin wypracowanych w powyższym okresie: 8688 godz. (2 x 24godz. x 181 dni = 8688 godz.).

W tym miejscu w odwołaniu tabela - liczba godzin niezbędnych do realizacji Umowy. Liczba godzin w roku 2023 17.376h (8688 + 8688).

Z Wyjaśnień wynika, że konsorcjum MM przyjęło dla wszystkich posterunków koszt roboczogodziny na poziomie 26,92 zł.

Odwołujący przedstawia koszty pracy w 2023 roku zarówno przy uwzględnieniu prognozowanego wynagrodzenia opublikowanego przez RM przed dniem składania ofert jak i wynikającą z Rozporządzenia.

Minimalny koszt zatrudnienia pracowników w 2023 roku

Minimalne koszty zatrudnienia pracowników zgodnie z postanowieniami SWZ kształtują się następująco:

Z uwagi na różne godziny pracy pracowników (część pracować będzie w systemie 24h część po 7h dziennie konieczne jest uwzględnienie w wyliczeniu kosztów zatrudnienia zarówno z uwzględnieniem dodatku za godziny nocne, jak i bez tego dodatku. Natomiast od listopada 2022 roku do zakończenia obowiązywania umowy w czerwcu 2023 roku występować będą wyłącznie posterunki całodobowe, dlatego też w kalkulacjach należało wziąć pod uwagę wynagrodzenie pracowników obejmujące pracę w godzinach nocnych.

Wynagrodzenie z uwzględnieniem dodatku za godziny nocne wyliczone jest następująco:

Stawka obowiązująca 2023 Z godzinami nocnymi			
	Stawka brutto pracownika	Wynagrodzenie prognozowane przez Radę Ministrów	wynagrodzenie określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów
	Wynagrodzenie pracownika brutto (bez godzin nocnych)	3.383,00	3.490,00
	Wynagrodzenie pracownika brutto (z godzinami nocnymi)	3 608,53	3 722,67
9,76%	Emerytalna 9,76%	352,19	363,33
6,50%	Rentowa 6,5%	234,55	241,97
0,93%	Wypadkowa 0,93 %	33,56	34,62
2,45%	FP 2,45%	88,41	91,21
	FGśp 0,10%	3,61	3,72
	Dodatek za godziny nocne zgodnie z KP w wysokości	225,53	232,67
		445,81	459,85
Koszt brutto		4766,66	4917,38
Stawka za 1 rbh		28,37	29,27

Odwołujący podał, że koszty zatrudnienia pracowników w 2023 roku

W okresie 01.01.2023r. - 30.06.2023r

	Obiekt przy Kościuszki 3	Obiekt przy Żołnierzy I AWP 16
Wynagrodzenie prognozowane przez Radę Ministrów	8688 godz. x 28,37 zł = 246.478,56 zł	8688 godz. x 28,37 zł = 246.478,56 zł
Wynagrodzenie określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów	8688 godz. x 29,27 zł254297,76 zł	8688 godz. x 29,27 254297,76 zł

Łącznie koszty wynagrodzenia w 2023r. -

> Wynagrodzenie prognozowane przez Radę Ministrowa 492.957,12 zł (246.478,56 zł + 246.478,56 zł)

> wynagrodzenie określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów
508.595,52 zł (254.297,76 zł + 254.29726 zł)

Zgodnie z Wyjaśnieniami koszt zatrudnienia pracowników w roku 2022 roku konsorcjum MM określiło na kwotę 318.474,24 zł (173 772,48 zł + 144 701,76 zł).

Tym samym minimalny koszt zatrudnienia pracowników niezbędnych do realizacji całości przedmiotowego zamówienia w zadaniu 1 Postępowania to:

811.431,36 zł (wg prognozowanego wynagrodzenia) (318.474,24 zł + 492.957.12 zł)
lub

827.069,76 zł (wg Rozporządzenia) (318.47424 zł + 508.595,52 zł)

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowego postępowania i oferty złożonej przez konsorcjum MM jednoznacznie wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Konsorcjum MM przy złożonej cenie ofertowej nie pozostają już środki na pokrycie pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia, które oszacowano na poziomie 12.000,00 zł netto, nie wspominając już o uzyskaniu zysku. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że oferta konsorcjum MM zawiera stawki, które nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę tak prognozowanego (znanego na moment składania ofert) jak i wynikającego z Rozporządzenia dotyczącego minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku, a tym samym winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Dopuszczalność takiego rozwiązania potwierdzono chociażby w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2021 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 702/21, i podobnie w wyrokach sygn. akt KIO 3466/20, KIO 3468/20 z dnia 26 stycznia 2021 roku. Prezentowane stanowisko Izby zachowuje aktualność także na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, z uwagi na analogiczne brzmienie obecnie obowiązujących przesłanek odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Oferta konsorcjum MM powinna ulec odrzuceniu, ponieważ zaoferowana cena jest rażąco niska, gdyż nie pokrywa nawet kosztów wytworzenia usługi, a tym samym stawka nie jest możliwa do realizacji. Równocześnie jak przyjmuje się w doktrynie, oferta z rażąco niską ceną to oferta zawierająca cenę „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, to jest ceną, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, która nie pozwala na realizacje zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę" (tak: R. Groński, Odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, LEX nr 93494.) Odwołujący zwrócił również uwagę, że wszystkie oferty złożone przez wykonawców w zadaniu 1 przewyższały kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia tj. kwotę 864.501,56 zł brutto, co jedynie dowodzi że Zamawiający musiał nieprawidłowo skalkulować cenę realizacji zamówienia, co jednak nie zmienia faktu, iż nawet zaoferowanie przez ww. wykonawców cen powyższej kwoty Zamawiającego nie pozwala na pokrycie kosztów wytworzenia usługi, gdyż to ta okoliczność jest istotna na gruncie przepisów PZP.

II. Wyjaśnienia konsorcjum MM nie obalają domniemania, że cena ofertowa jest rażąco niska

Cena zaoferowana przez konsorcjum MM nie pozwala na zaspokojenie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023. Ww. konsorcjum złożyło wprawdzie Wyjaśnienia jednakże nie pozwalają one na obalenie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

W wezwaniu z dnia 21 lipca 2022 roku Zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w postępowaniu. W szczególności Zamawiający prosił o uwzględnienie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ oraz czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Niewątpliwie w postępowaniach dotyczących ochrony najważniejszym elementem cenotwórczym jest koszt związany z wynagrodzeniem pracowników, dlatego jego należyte wyliczenie i uwzględnienie kluczowe znaczenie dla oceny czy cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części

składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W zamówieniach związanych z ochroną fizyczną osób i mienia takich jak w niniejszym Postępowaniu niekwestionowana okolicznością jest, że koszt związany z zatrudnieniem jest najistotniejszym elementem cenotwórczym, który ma wpływ na całkowitą oferowaną cenę. Ustęp 3 pkt 4 tego przepisu wprowadza normę zgodnie z którą, w szczególności wyjaśnienia mogą dotyczyć 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. Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6, jeśli zamówienie dotyczy usług, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Przytacza Odwołujący komentarz UZP do ustawy, zgodnie z którym „Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Oznacza to również, że wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie, aby były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.” (...) „Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie.”

O ile Zamawiający prawidłowo dopełnił obowiązku wezwania do wyjaśnień, to już nieprawidłowo dokonał oceny otrzymanych Wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oferta ulega odrzuceniu. W orzecznictwie Izby wydanym zarówno na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, jak i poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku jednoznacznie przyjmuje się, że to po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy leży ciężar dowodu w zakresie wykazania prawidłowości wyliczenia zaoferowanej ceny oraz charakterystyki składanych wyjaśnień, które powinny być poparte dowodami. Odwołujący cytuje orzeczenia: wyrok z dnia 23 lutego 2022 roku w sprawie o sygn. akt KIO 290/22; wyrok z dnia 18 stycznia 2022 roku sygn. akt: KIO 3741/21; wyrok z dnia13 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1679/21

Konstrukcja przepisów zawartych w art. 224 Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień rozumieć należy jako domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska, bądź taka rażąco niska cena może wystąpić w ofercie wykonawcy. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 224 ust. 5 PZP (poprzednio art. 90 ust. 2 PZP z 2004 roku). Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie Izba. Odwołując się do pozostających aktualnymi wyroków wydanych na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, Odwołujący wskazał: wyrok z 24 czerwca 2010 roku sygn. akt: KIO 1157/10; wyrok z 17 października 2008 roku, sygn. akt: KIO 1068/08; wyrok z dnia 23 grudnia 2008 roku sygn. akt: KIO 1443/08. Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, w sprawie o sygn. akt: VI Ca 464/05. Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i powinien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę - wyrok z dnia 26 stycznia 2010 roku sygn. akt: KIO 1701/09. Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt: V Ca 2214/06, niepubl., nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień lecz muszą to być wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem sądu, „intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy PZP było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny”.

Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Podobne zdanie wyrażała wielokrotnie Izba podnosząc w wyrokach, iż wykonawca powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia i udowodnić realność zaoferowanej ceny (tak: wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 roku, sygn.

akt: KIO 1443/08) oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat (tak: wyrok z dnia 28 stycznia 2010 roku, sygn. akt: KIO 1746/09).

Prawo zamówień publicznych, regulując instytucję wyjaśnień, ma na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzysta z tej regulacji w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Wyjaśnienia wykonawcy konsorcjum MM, aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny w zakresie ponoszonych w związku z realizacją umowy kosztów oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat, a także uwzględniać elementy o które pytał Zamawiający. Konsorcjum MM nieprawidłowo skalkulowało koszty zatrudnienia pracowników, a tym samym cenę ofertową, potwierdzając tylko że zaoferowana cena nie jest niższa, a rażąco niska i nie pozwala na pokrycie kosztów wytworzenia usługi. Izba w swoim orzecznictwie wskazywała także wielokrotnie, że zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie, powinien poddać ja bardzo wnikliwej ocenie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taka odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 224 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienie. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 224 PZP i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z ust. 6 tego przepisu. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 224 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie Izby z dnia 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO 1415/09 czy orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 roku, sygn. akt KIO 262/09.

Odwołujący podał, że należy prawidłowo ocenić czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednakże uwzględnienie Wyjaśnień jako prawidłowych, było już czynnością, którą należy ocenić negatywnie. Cena niepozwalająca na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników (jak w ofercie konsorcjum MM) w żadnym razie nie może być rozpatrywana w kategoriach dopuszczalnej przez przepisy ceny „niższej" niż inne oferty. Cena niższa bowiem jest ceną pozwalającą na pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, wykazująca jeszcze zysk po stronie wykonawcy oraz zgodną z wymogami dokumentacją postępowania, a jedynie niższa od ofert zaoferowanych przez innych wykonawców. Z kolei w świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. Definicję tę spełnia cena zaoferowana przez konsorcjum MM. Wezwanie miało konkretny charakter. Zamawiający szczegółowo opisał jakich informacji oczekuje w złożonych wyjaśnieniach. Jednakże po otrzymaniu Wyjaśnień nie dokonał ich prawidłowej oceny, co skutkowało wyborem oferty konsorcjum MM zamiast jej odrzucenia. Odwołujący podał, że konsorcjum MM nie złożyło wyjaśnień, które spełniają wymogi z art. 224 ust. 6 ustawy wobec czego jego oferta powinna ulec odrzuceniu.

III. Oferta konsorcjum MM jako czyn nieuczciwej konkurencji

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Definicja ustawowa tego pojęcia wskazuje, że takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Odwołujący zacytował wyrok Izby z dnia 25 kwietnia 2018 roku.

W ocenie Odwołującego oferta złożona w Postępowaniu w zadaniu 1 zawiera rażąco niską cenę niepozwalającą na wykonanie zamówienia, tym samym spełniają przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Przenosząc powyższe rozważania, na grunt omawianej sprawy należy zauważyć, że wobec faktu, że konsorcjum MM złożyło ofertę zawierającą rażąco

niską cenę, która nie pozwala nawet na pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników w 2023 roku stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy w ww. częściach.

IV. Podsumowanie stanowiska Odwołującego

Zamawiający w nieuzasadniony sposób dokonał szeregu bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji nie doprowadziły do udzielenia Odwołującemu zamówienia, tj.:

- zaniechał rzetelnej oceny i badania oferty konsorcjum MM w zakresie zadania 1 i dokonał wyboru oferty konsorcjum MM jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

- zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum MM jako oferty podlegającej odrzuceniu, gdyż wykonawca złożył ofertę niezgodną z ustawą, zawierającą rażąco niską cenę, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

- nieprawidłowo ocenił złożone przez konsorcjum MM wyjaśnienia, nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Każda z ww. czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów ustawy. Czynności podejmowane przez Zamawiającego opisane powyżej, prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych, w szczególności że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 22 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

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

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 10 października 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowód załączony do odwołania, tj. wydruk ze strony internetowej Ministerstwa Rodziny i Polityki Społecznej.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalny,

- art. 226 ustawy -

ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 224 ust. 5 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Art. 3 ust. 1 - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta

Izba ustaliła, pismem z dnia 21 lipca 2022 roku Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MM Service Monitoring spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie (pełnomocnik) oraz MAXUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: wykonawcy MM) do:

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021.

poz. 1129 t.j. ze zm.), zwanej dalej ustawą, Zamawiający — Sąd Rejonowy w Chełmie wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w postępowaniu na „Świadczenie usług ochrony i usług wsparcia grupy interwencyjnej”

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w SWZ. Zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Wyjaśnienia, o których wyżej mowa, należy złożyć za pośrednictwem systemu SMART PZP do dnia 26 lipca 2022 r. do godziny 15.00.

Pismem z dnia 26 lipca 2022 roku wykonawcy MM złożyli wyjaśnienia (dokument jawny):

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 lipca podnosimy, iż w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o wystąpieniu zjawiska rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena naszej oferty uwzględnia bowiem wszystkie koszty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia tj. zgodnie z SWZ oraz odrębnymi przepisami. Nasze konsorcjum przystępując do udziału w postępowaniu założyło, iż minimalne wynagrodzenie w roku 2023 wynosić będzie 3280 zł brutto (wzrost o 270 zł brutto). Zostało to wyliczone na podstawie średniej wysokości wzrostu minimalnego wynagrodzenia w okresie ostatnich 3 lat. Wynagrodzenie minimalne w 2018 roku wynosiło 2250 zł brutto zaś obecnie wynosi 3010 zł brutto. Oznacza to, że średniorocznie wzrastało ono o 253,33 zł. Dodatkowo pozostawiliśmy kwotę 16,67 zł tytułem rezerwy na wypadek wyższego niż średni przyrostu minimalnego wynagrodzenia. Stąd przyjęta do kalkulacji wysokość minimalnego wynagrodzenia na poziomie 3280 zł brutto w roku 2023.

W dalszej części przystąpienia przedstawiamy stosowne kalkulacje.

(...)

Mając powyższe na uwadze poniżej dokonamy wyliczenia łącznych kosztów świadczenia usługi

WYLICZENIE KOSZTÓW WYNAGRODZEŃ W OKRESIE OD 1 LIPCA 2022 DO 31 PAŹDZIERNIKA 2022			
OKREŚLENIE OBIEKTU	ILOŚĆ RBH	KOSZT 1 RBH	ŁĄCZNY KOSZT
OBIEKT PRZY PLACU KOŚCIUSZKI 3	602	23,16	13942,32
OBIEKT PRZY PLACU KOŚCIUSZKI 3	2952	24,71	72943,92
OBIEKT PRZY AL. ŻOŁNIERZY I AWP 16	602	23,16	13942,32
OBIEKT PRZY AL. ŻOŁNIERZY I AWP 16	2952	24,71	72943,92
RAZEM			173772,48

WYLICZENIE KOSZTÓW WYNAGRODZEŃ W OKRESIE OD 1 LISTOPADA 2022 DO 31 GRUDNIA 2022			
OKREŚLENIE OBIEKTU	ILOŚĆ RBH	KOSZT 1 RBH	ŁĄCZNY KOSZT
OBIEKT PRZY PLACU KOŚCIUSZKI 3	2928	24,71	72350,88

OBIEKT PRZY AL. ŻOŁNIERZY I AWP 16	2928	24,71	72350,88
RAZEM			144701,76

WYLICZENIE KOSZTÓW WYNAGRODZEŃ W OKRESIE OD 1 STYCZNIA 2023 DO 30 CZERWCA 2023

OKREŚLENIE OBIEKTU	ILOŚĆ RBH	KOSZT 1 RBH	ŁĄCZNY KOSZT
OBIEKT PRZY PLACU KOŚCIUSZKI 3	8688	26,92	233880,96
OBIEKT PRZY AL. ŻOŁNIERZY I AWP 16	8688	26,92	233880,96
RAZEM			467761,92

Razem koszty wynagrodzeń wynoszą zatem 467 761,92 + 144 701,76 + 173 772,48 = 786 236,16 zł.

Pozostała kwota tj. 14 915,84 zł służyć będzie pokryciu pozostałych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia takich jak umundurowanie, wynagrodzenie podwykonawcy, koszty nadzoru itp. oraz pozwoli na wygenerowanie zysku. Wykonawca szacuje koszty pozapłacowe na poziomie 12000,00 zł netto tym samym łączne koszty realizacji przedmiotu umowy wyniosą: 786 236,16 + 12 000,00 = 798 236,16 zł.

Wobec faktu, iż cena naszej oferty wynosi 801 152,00 zł netto nie może być mowy o wystąpieniu zjawiska rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż pozwala ona na wypracowanie zysku w wysokości 2 915,84 zł.

Zaproponowane warunki finansowe pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z odrębnymi przepisami, w tym przepisami Kodeksu Pracy.

Izba ustaliła, że za pismem z dnia 6 czerwca 2022 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień do Specyfikacji Warunków Zamówienia i miedzy innymi:

Pytanie 2

Ze względu na fakt, iż na dzień składania ofert nie zostało podpisane rozporządzenie dotyczące zmiany minimalnego wynagrodzenia jakie ma obowiązywać w 2023r. proszę o udzielenie odpowiedzi czy zamawiający przewiduje możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy ?

Odpowiedź

Zamawiający nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Kalkulacja oferty oraz ryzyko z tym związane leży po stronie Wykonawcy.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia, w §

6, Zamawiający zgodnie i art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, informuje, że:

1) w zakresie zadania nr 1 - wymaga, aby osoby skierowane przez Wykonawcę do świadczenia usługi
ochrony fizycznej osób i mienia w budynku Zamawiającego byty zatrudnione przez Wykonawcę na
podstawie umowy o pracę. Wymóg ten dotyczy osób, które wykonują czynności bezpośrednio
związane z wykonywaniem usług w ramach realizacji zamówienia, czyli tzw. pracowników fizycznych.
Art. 11 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1976 r. • Kodeks pracy: przez nawiązanie stosunku pracy

pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod
jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca • do
zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Sposób dokumentowania zatrudnienia osób
zaangażowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, zasady kontroli
i sankcjonowania Wykonawcy z tytułu niespełnienia tych wymagań opisano odpowiednio w SWZ,
wzorze umowy o zamówienie publiczne stanowiącej Załącznik nr 5a do SWZ.

W zakresie zarzutu 1, 5 i 6 odwołania tj. naruszenia:

(1) art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców MM, poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawców MM, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska;

(5) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców MM w Postępowaniu w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, prognozowanych w roku 2023, znanych na dzień składania ofert, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewiduje waloryzacji wynagrodzenia;

(6) art. 16 pkt 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1 Postępowania wykonawców MM podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- Izba zarzuty (nr 1, 5 i 6) uznała za zasadne.

Izba na wstępie stwierdza, że odwołanie zostało złożone w zakresie Zadania 1 prowadzonego przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba mając na uwadze treść odwołania, jak również treść pisma Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie" uznała za niezbędne w pierwszej kolejności odniesienie się do znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych.

Na wstępie należy wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawny. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia - tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną

sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy, to cena za którą nie ma możliwości wykonania zamówienia.

To po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).
W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym kwestionowana przez Odwołującego jest ocena wyjaśnień wykonawców MM, jakie dokonał Zamawiający.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy - informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. Musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Izba poddał ocenie czynność Zamawiającego oceny wyjaśnień wykonawców MM z dnia 26 lipca 2022 roku i uznała, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień, a co za tym idzie w sposób nieprawidłowy uznał, że cena oferty wykonawców MM nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z poczynionymi ustaleniami odnotować należy, że zatrudnienie pracowników ochrony w ramach realizacji zamówienia miało się odbyć na podstawie umowy o pracę, co pociąga za sobą konieczność skalkulowania w cenie oferty wszystkich niezbędnych kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że brak waloryzacji ceny przyszłej umowy powoduje, że cena ofertowa musiała zostać skalkulowana w taki sposób, aby na moment jej składania obejmowała wszystkie koszty, w tym koszty pracy co najmniej na minimalnym poziomie z uwzględnieniem ryzyka kalkulacji tych kosztów po stronie wykonawcy kalkulującego cenę oferty. Jednoznacznie wskazał na to Zamawiający w informacji z 6 czerwca 2022 roku informując wykonawców, że kalkulacja oferty oraz ryzyko z tym związane leży po stronie Wykonawcy, co należy podkreślić uwarunkowane było treści samego pytania odnoszącego się do braku informacji o wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku.

Termin składania ofert w ramach postępowania wyznaczony był na dzień 8 czerwca 2022 roku, natomiast w dniu 7 czerwca 2022 roku została ogłoszona przez Radę Ministrów wysokość prognozowanego wynagrodzenia minimalnego w 2023 roku, zgodnie z którą od stycznia 2023 roku minimalne wynagrodzenie miało 3 383,00 zł brutto, czyli o 373,00 zł więcej niż wynosi w roku. W bieżącym roku, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku, obowiązujące od 1 stycznia 2022 roku minimalne wynagrodzenie za prace ustalono w wysokości 3 010,00 zł brutto. Natomiast zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. od dnia 1 stycznia 2023 roku ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3 490,00 zł brutto

Wykonawcy MM w wyjaśnienia z 26 lipca 2022 roku podali, że: „Nasze konsorcjum przystępując do udziału w postępowaniu założyło, iż minimalne wynagrodzenie w roku 2023 wynosić będzie 3 280,00 zł brutto."

W trakcie rozprawy pełnomocnik wykonawców MM przyznał, że wykonawcy nie zapoznali się w komunikatem z dnia 7 czerwca 2022 roku przed składaniem oferty. Oferta wykonawców MM została złożona do Zamawiającego w dniu 7 czerwca 2022 roku. Uczestnik postępowania tłumaczył również, że startując w postępowaniu wiedział, że nie ma możliwości waloryzacji wynagrodzeń dlatego też jakiś poziom zmian wynagrodzeń uwzględnił. Wyjaśniał, zgodnie z treścią wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, że wyliczył wynagrodzenie minimalne na 2023 rok uwzględniając przyrosty w stosunku do wynagrodzenia minimalnego pomiędzy latami 2019 a 2020 wynoszące 350,00 zł, między 2020 a 2021 wynoszące 200,00 zł i między 2021 a 2022 wynoszące 210,00 zł, po czym zsumował te wartości, podzielił przez 3 i wynik uznał jako tą wartość, którą ma dodać do wynagrodzenia z 2022 oraz doliczył jeszcze ok. 17 zł Pełnomocnik wyjaśnił, że minimalne wynagrodzenie w 2022 to 3 010 zł, natomiast wyliczone przez wykonawcę na 2023 rok to 3 280,00 zł.

Izba dostrzegła również, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 22 września 2022 roku, co oznacza, że dokonał tej czynności po opublikowaniu rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.. Należy również podkreślić, że w dacie składania ofert tj. 8 czerwca znana była już wysokość prognozowanego wynagrodzenia minimalnego w 2023 roku, zgodnie z którą od stycznia 2023 roku minimalne wynagrodzenie miało 3 383,00 zł brutto, a która została opublikowana w dniu 7 czerwca 2022 roku. Podkreślenia wymaga ponownie, że sam Zamawiający w wyjaśnieniach SWZ z dnia 6 czerwca br. przeniósł na wykonawców ryzyko uwzględnienia w cenie oferty wysokości minimalnego wynagrodzenia na 2023 roku, mając świadomość tego, że na dzień składania ofert nie było ogłoszonego roporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r..

W ocenie Izby Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień wykonawców MM z dnia 26 lipca 2022 roku wykonał to w tego w sposób nieprawidłowy i w oparciu niemające umocowania w przepisach prawa zasady. Prezentowana w piśmie procesowym Zamawiającego oraz w stanowisku na rozprawie argumentacja Zamawiającego w żaden

sposób nie zasługuje na uznanie za prawidłową. Po pierwsze, przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny złożonych wyjaśnień (wskazany na rozprawie oraz na str. 3 pisma procesowego) narusza zasady Prawa zamówień publicznych, w tym podnoszoną przez Zamawiającego zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający nie dokonał oceny ceny oferty wykonawców MM w kontekście złożonych wyjaśnień z dnia 26 lipca 2022 roku w sposób określony ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przyjął nieznaną ustawie konstrukcje odnosząca się do oceny oferty wykonawców MM na podstawie danych z chwili „składania oferty przez wykonawcę - Konsorcjum MM, terminu składania ofert określonego w SWZ, otwarcia i badania ofert przez Zamawiającego". Zamawiający tym samym stworzył nieznaną ustawie konstrukcję, która w zasadzie nie prowadzi do faktycznej oceny ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, czyli faktycznej i realnej możliwości realizacji zamówienia, lecz prowadzi do uzasadnienia czynności Zamawiającego dokonanej oceny wyjaśnień z dnia 26 lipca 2022 roku. Takie działanie należy ocenić negatywnie. Po drugie, złożone wyjaśnienia przez wykonawców MM nie potwierdzają możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia za kwotę jaką zaoferowali wykonawcy MM. Tym samym za niezasadne Izba uznaje całe stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, jednocześnie podkreślając, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazywał, że za zaoferowaną kwotę wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Ocena oferty pod kątem rażąco niskiej ceny uregulowana ustawą (art. 224 ustawy) ma odpowiedzieć Zmawiającemu na pytanie czy za zaoferowaną cenę będzie możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami. Natomiast przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny złożonych wyjaśnień nie wynika z obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Izby przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny ofert i odnoszenie oceny ceny oferty do danego punktu czasowego bez odnoszenia do faktycznej możliwości realizacji zamówienia, w zasadzie zaprzecza instytucji wyjaśnienia ceny oferty przyjętej w ustawie. Wydaje się, że Zamawiający przyjmując taki sposób argumentacji miał na celu utrzymanie dokonanej wcześniej czynności, bowiem w trakcie rozprawy wyjaśnił, że minimalne wynagrodzenie w 2023 przewidziane przez wykonawcę MM w wyjaśnieniach było niższe niż to prognozowane wynagrodzenie za prace w 2023, a opublikowane w lipcu 2022 roku. Co pozwala uznać, że wiedział Zamawiający, a na pewno miał tą pewność w chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejsze 22 września 2022 roku, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z umową za kwotę określoną w ofercie, bowiem znana była już minimalna stawka wynagrodzenia na rok 2023 wynikająca z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r..

Powyższe potwierdza również stanowisko wykonawców MM zaprezentowane na rozprawie, a mianowicie, w odpowiedzi na pytanie w jaki sposób wykonawca zapłaci swoim pracownikom wyjaśnił, że: firma jest profesjonalna i mimo odbiegającego od prognoz skalkulowania ceny oferty zapłaci pracownikom tyle ile musi zgodnie z przepisami. Pełnomocnik wyjaśnił, że najwyżej poniesie stratę, ale musi postąpić zgodnie z przepisami i zapłacić swoim pracownikom. Dodaje, że liczy się również jego wiarygodność jako wykonawcy. Wykonawcy MM w prezentowanym stanowisku jednoznacznie przyznali, że cena oferty jaką zaoferowali w złożonej ofercie nie gwarantuje realizacji zamówienia zgodnie z jego przedmiotem i zgodnie z przepisami prawa. Pełnomocnik wykonawców MM podał również, że poniesie stratę w realizacji tego zamówienia za tą kwotę - strata uczestnika wynosi 25 914,76 zł netto. Co oznacza, że taką kwotę do realizacji zamówienia musiałby dołożyć wykonawca ponad kwotę z oferty (tj. 985 416,96 zł brutto), aby możliwa była realizacja zamówienia zgodnie z jego przedmiotem i w poszanowaniu prawa.

Jednoznaczne i uczciwe stanowisko wykonawców MM potwierdza w sposób najbardziej wymowny, że cena oferty wykonawców MM została skalkulowana, mimo podjętej próby na która wskazują dokonywane przeliczenia wartości minimalnego wynagrodzenia, w sposób który nie pozwala za tą cenę oferty zrealizować zamówienia. W ocenie Izby zarówno argumentacja Odwołującego, ale i w zasadzie Zamawiającego (z odwołaniem do czasookresu oceny ofert) prezentowane w trakcie przebiegu rozprawy potwierdziły, że cena oferty wykonawców MM jest rażąco niska. Znalazło to również potwierdzenie w stanowisku wykonawców MM prezentowanych na rozprawie.

W ocenie Izby doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasad prawa zamówień publicznych, bowiem wypaczenie procedury wyjaśnienia ceny oferty nie może być uzasadnieniem dochowania zasad prawa zamówień publicznych. Dochodzi do naruszenia zasad zawsze wtedy, gdy postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z ustawowymi przesłankami i ma służyć uzasadnieniu czynności Zamawiającego. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień oraz w sposób nieprawidłowy nie odrzucił oferty wykonawców MM z postępowania, której cena oferty była rażąco niska.
W konsekwencji powyższego Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

W zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 239 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty konsorcjum MM podlegającej odrzuceniu pomimo iż, to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba stwierdza, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu 3 i 4 tj.

(3) naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw z art. 16 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk"), przez wybór oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie usług poniżej kosztów wytworzenia usługi, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w roku 2023;

(4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 16 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 uznk, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MM pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom przez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników czyli kosztów wytworzenia usługi

- Izba zarzuty (3, 4) uznała za niezasadne.

W ocenie Izby, w zakresie rozpoznania zarzutu 3 i 4 z odwołania Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek stanowiących podstawę do odrzucenia oferty wykonawców MM jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał bowiem, że złożenie oferty przez wykonawców MM utrudniało dostęp do rynku innym wykonawcom przez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników czyli kosztów wytworzenia usługi i oferowanie usług poniżej kosztów wytworzenia usługi, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników w roku 2023.

Odwołujący w pisemnym uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej merytorycznego uzasadnienia zarzutów w ogóle nie odnosił się do kluczowego i bezwzględnie niezbędnego, a wymagającego wykazania przez Odwołującego bezprawności działania wykonawców MM. Zgodnie z ar. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencjiczynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta - określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Wymieniony wyżej przepis określa przesłanki jakie muszą być spełnione aby dany czyn można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, są nimi: działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (tak: J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa

2019). Tym samym, aby można dany czyn uznać za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy, który to narusz dobre obyczaje niezbędne jest wykazanie przez Odwołującego zaistnienia przesłanek o jakich mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W treści odwołania brak jest jakiegokolwiek odniesienia do powyższych przesłanek oraz ich wykazania. Oznacza to, że żadna z powyższych przesłanek nie mogła zostać oceniona w ramach tego postępowania odwoławczego. Brak wykazania zaistnienia powyższych przesłanek powoduje niezasadność podniesionego zarzutu odwołania.
Nie wypełnia obowiązku wykazania przesłanek danego czynu nieuczciwej konkurencji, które pozwalałaby na ocenę naruszenia przepisu ustawy pzp, odwołanie się i cytowanie orzeczeń Izby. Dla oceny konkretnego czynu niezbędne jest wykazanie spełnienia przesłanek w danym przypadku, w zachowaniu danego podmiotu, w odniesieniu do danego wykonawcy skarżącego takie zachowanie innego wykonawcy. Izba nie zastępuje w argumentacji faktycznej Odwołującego i nie poszukuje faktycznego uzasadnienia czy też go nie tworzy za Odwołującego. Izba jedynie poddaje ocenie przedstawioną argumentację w zakresie spełnienia powyższych przesłanek, natomiast brak ich przedstawianie skutkować musi niezasadnością podniesionych zarzutów (3 i 4) odwołania.

Odwołujący w zasadzie w treści zarzutu podanego w petitum odwołania wskazał na naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencjizgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji
jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jednakże, co było wyżej podniesione w żaden sposób nie uzasadniał naruszenia tego przepisu, którego naruszenie stanowiłoby wypełnienie przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy i w konsekwencji zasad prawa zamówień publicznych.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy według reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że niedopuszczalna jest interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych czy prowadząca do wypaczenia stosowanych i uregulowanych w tym prawie instytucji i procedur np. takich jak wyjaśnienie ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku, w zakresie 3 z 6 zarzutów odwołania.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, że w postanowieniu o kosztach zawartym w tenorze wyroku nie uwzględniono kosztów pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 1 800,00 zł odpowiadającej proporcjonalnie ilości zarzutów nieuwzględnionych, bowiem faktura -

opiewająca na kwotę 3 600,00 zł za zastępstwo procesowe przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2552/22 od Kancelarii Radcy Prawnego M. S. - została złożona do akt sprawy, jednakże w trakcie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron nie był obecny pełnomocnik zawodowy radca prawny M. S., umocowany do reprezentacji w tej sprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....