sygn. akt: **KIO 2000/24**

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2024 r. przez wykonawcę ADRIANEX sp. z o.o., ul. 3-go Maja 27/46; 81-364 Gdynia, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk, ul. Powstańców Warszawy 55; 81-712 Sopot,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o., Ekotrade Serwis FM sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ADRIANEX sp. z o.o., ul. 3-go Maja 27/46; 81-364 Gdynia i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ADRIANEX sp. z o.o., ul. 3-go Maja 27/46; 81-364 Gdynia tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 118 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto osiemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ADRIANEX sp. z o.o., ul. 3-go Maja 27/46; 81-364 Gdynia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 955 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk, ul. Powstańców Warszawy 55; 81-712 Sopot, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę,
   2.2. zasądza od wykonawcy ADRIANEX sp. z o.o., ul. 3-go Maja 27/46; 81-364 Gdynia na rzecz zamawiającego Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk, ul. Powstańców Warszawy 55; 81-712 Sopot kwotę 3 955 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk, ul. Powstańców Warszawy 55; 81-712 Sopot stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2000/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk w Spocie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Usługa zapewnienia ochrony mienia w obiektach Instytutu Oceanologii PAN”*.

7 czerwca 2024 r. wykonawca ADRIANEX sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej *„Odwołujący”*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego niezgodnych z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych, polegających na:

1)wyborze oferty konsorcjum składającego się z następujących wykonawców: Ekotrade sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00- 712 Warszawa (lider), Ekotrade Serwis FM sp. z o.o., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia (partner) (dalej jako „konsorcjum Ekotrade”), jako najkorzystniejszej,

2)zaniechaniu wezwania konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w konsekwencji czego wybranie jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Ekotrade, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę,

2)art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena jest o 1,53 zł poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, a zatem zaoferowana cena jest rażąco niska,

3)art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum Ekotrade jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta odwołującej - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - jest ofertą najkorzystniejszą,

4)art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania
w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości, w szczególności ze względu na:
- wybranie jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Ekotrade podczas gdy wskazana przez konsorcjum Ekotrade oferta zawiera cenę rażąco niską, a zatem brak jest możliwości realnego wykonania zamówienia za cenę

wskazaną przez tegoż wykonawcę,

- zaniechanie czynności zamawiającego polegających na wezwaniu konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy sam zamawiający w Aneksie nr 1 do Umowy z odwołującą w styczniu 2024 r. wyliczył jaka cena winna zostać przyjęta za minimalną stawkę za jedną roboczogodzinę, nadto z uwagi na fakt, że cena oferty tegoż wykonawcy jest o 1,53 zł niższa niż minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,

2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Ekotrade,

3)dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującej i wybór najkorzystniejszej oferty,

4)zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego,

5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności przytoczone w treści rzeczonego odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Uzasadnienie do zarzutu Ad. 1, Ad. 2 i Ad. 3

Wykonawca - konsorcjum Ekotrade w swojej ofercie zaoferował cenę netto jednej roboczogodziny jednego pracownika ochrony w wysokości 34,40 zł netto/42,31 zł brutto.

W ocenie odwołującego, oferta ta jest poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę. Sam zamawiający ustalając nowe wynagrodzenie dotychczasowej umowy między nim a odwołującym, w styczniu 2024 r. wskazał, że: „*Procent, o jaki wzrosła wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w okresie od 01.01.2023 r. (na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.) do dnia 01.01.2024 (na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.) wynosi 21,55%. W związku z powyższym podwyższenie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (wynagrodzenia za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony) mogło nastąpić jedynie o 20%*” (vide: Aneks nr 1 do Umowy Nr IOPAN/RZ/19/2023 z dnia 29.06.2023 zawartego w dniu 31 stycznia 2024 r.).

W konsekwencji ww. wyliczeń zamawiającego, w załączonym do odwołania Aneksie nr 1 strony ustaliły wynagrodzenie za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony za cenę 43,84 zł (brutto), w tym podatek VAT 23%, wartość netto 35,64 zł (vide: Aneks nr 1 do Umowy Nr IOPAN/RZ/19/2023 z dnia 29.06.2023 zawartego w dniu 31 stycznia 2024 r.).

Zatem wskazana w ofercie konsorcjum Ekotrade cena netto jednej roboczogodziny jednego pracownika ochrony w wysokości 34,40 zł netto/42,31 zł brutto jest rażąco niska. Za taką bowiem cenę nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia. Kwota ta bowiem jest o 1,53 zł poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W tym miejscu wskazać należy, że „*Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a przez to nierzetelna, niedokładna lub nieuczciwa*” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2023 r., KIO 1055/23).

Tak więc cena oferty wykonawcy wybranego jako najkorzystniejsza, jest rażąco niska, bowiem jest poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zatem wybrany wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, zgodnie ze SWZ, jak też zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. z dnia 14 września 2023 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893).

Zdaniem odwołującego, zamawiający winien był wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednakże w ocenie odwołującego okoliczność,
iż cena jest rażąco niska, nie wymaga nawet wezwania, skoro cena ta jest poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Niewątpliwie bowiem na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w przypadku, gdy cena oferty jest niższa niż wskaźniki określone w tym przepisie jest zasadą, obowiązkiem zamawiającego. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od tej zasady nie może być traktowana rozszerzająco. Rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert musi wynikać z okoliczności oczywistych, czyli z okoliczności nie budzących wątpliwości, widocznych na pierwszy rzut oka. Jak wskazuje się w orzecznictwie różnice cenowe
i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (vide: wyrok z 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 983/23).

Zamawiający zatem może skorzystać z możliwości odstąpienia od wezwania do wyjaśnień, jeśli nie ma żadnych

wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną
a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny (vide: wyrok z 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21).

Zamawiający zaniechał czynności wezwania konsorcjum Ekotrade w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, iż sam zamawiający w Aneksie nr 1 do Umowy z odwołującym wskazał jaka cena roboczogodziny jest adekwatna do przyjęcia w roku 2024.

Zamawiający dokonał zatem wyboru oferty, która zawiera cenę o 1,53 zł niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę (przy uwzględnieniu SWZ), mimo, że zamawiający już
w styczniu 2024 r. wiedział, ile winna wynosić minimalna kwota roboczogodziny, bowiem zamawiający sam ją wyliczył w załączonym Aneksie nr 1.

Niewątpliwie zamawiający winien był powziąć wątpliwości dot. oferty konsorcjum Ekotrade i wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Czynności, mimo jej zasadności, zamawiający zaniechał. W konsekwencji powyższego, zamawiający winien był odrzucić ofertę konsorcjum Ekotrade.

Uzasadnienie do zarzutu Ad. 4)

Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 2 Pzpw zw. z art. 18 ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadzie zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości, w szczególności ze względu niezasadne wybranie jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Ekotrade, podczas gdy wskazana przez konsorcjum oferta zawiera cenę rażąco niską, a zatem brak jest możliwości realnego wykonania zamówienia za cenę wskazaną przez konsorcjum, tak też z uwagi na niewezwanie konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy sam zamawiający w Aneksie nr 1 do Umowy z odwołującym w styczniu 2024 r. wyliczył jaka cena winna zostać przyjęta za minimalną stawkę za jedną roboczogodzinę.

Niewątpliwie zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane
w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione –vide: wyrok TSUE (i przytoczone w jego uzasadnieniu orzecznictwo) z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S, EU:C:2013:647. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (vide: wyrok TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r.
w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347;
z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis
i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731).

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (vide: postanowienie SO w Bydgoszczy z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl).

Zamawiający żądał od odwołującego złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, zaś od konsorcjum Ekotrade, zamawiający wyjaśnień nie żądał mimo, iż cena zaproponowana przez ww. wykonawcę odbiega od tej wyliczonej przez zamawiającego i wskazanej w Aneksie nr 1 ze stycznia 2024 r. do Umowy między zamawiającym a odwołującym, nadto przede wszystkim z uwagi na fakt, że cena ta jest o 1,53 zł niższa niż minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Mimo powyższego zamawiający wybrał ofertę konsorcjum Ekotrade, jako najkorzystniejszą.

Takie zachowanie Zamawiającego jest sprzeczne z zasadą równego traktowania oraz narusza art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania
w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W opinii zamawiającego zarzut ten jest nietrafiony i co najmniej przedwczesny.

Pomijając okoliczność, że zamawiający nie powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych, wskazać należy, że Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny, bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp na tym etapie postępowania jest przedwczesny i bezprzedmiotowy.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

W ramach przedmiotowego postępowania szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 298.055,00 zł (netto). Ww. kwota, powiększona o należny podatek VAT wynosi: 366.607,65 zł.

Kwota o 30 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług wynosi zatem: 256.625,36 zł (366.607,65 zł x 70 %).

W ramach niniejszego postępowania wykonawcy złożyli oferty na następujące kwoty:

Oferta nr 1: Adrianex sp. z o.o. – cena oferty: 337.546,44 zł;

Oferta nr 2: Szeryf Security A.S. – cena oferty: 282.205,00 zł;

Oferta nr 3: konsorcjum Ekotrade – cena oferty: 325.787,00 zł.

Średnia cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 wynosi: 315.179,48 zł ((337.546,44 + 282.205,00 + 325.787,00) / 3).

Kwota o 30 % niższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 wynosi zatem: 220.625,64 zł (315.179,48 zł x 70 %).

Z uwagi na powyższe, nie doszło do złożenia przez konsorcjum Ekotrade oferty niższej o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. W konsekwencji zamawiający nie był zobowiązany do wezwania ww. konsorcjum do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest nieuzasadniony (dowód: 1) informacja z otwarcia ofert, 2) dokument ustalenia wartości szacunkowej zamówienia).

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do wskazanych przez odwołującego okoliczności, zamawiający wskazuje co następuje.

Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk w dniu 29 czerwca 2023 r. podpisał z firmą Adrianex sp. z o.o. umowę nr IOPAN/RZ/19/2023 na świadczenie usługi zapewnienia ochrony mienia w obiektach Instytutu Oceanologii Polskiej Akademii Nauk. Okres obowiązywania umowy: od dnia 1 lipca 2023 r. do dnia 30 czerwca 2024 r. (dowód: umowa nr IOPAN/RZ/19/2023 z dnia 29 czerwca 2023 r.)

Na podstawie ww. umowy ustalona została stawka za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony: z podatkiem VAT (brutto): 36,54 zł, wartość netto: 29,70 zł. (§ 5 ust. 1 umowy). Zgodnie z umową dopuszczona została możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że nastąpi zmiana cen zgodnie ze średniorocznym wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 roku w stosunku do 2022 roku, ogłoszonym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w komunikacie wydanym na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych o przynajmniej 10 punktów procentowych. Zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z 15 stycznia 2024 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 r. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 r. w stosunku do 2022 r. wyniósł 111,4 (wzrost cen o 11,4%).

Z uwagi na powyższe, zamawiający wyraził zgodę na zmianę stawki za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony.

W związku z powyższym, strony w dniu 31 stycznia 2024 r. zawarły Aneks nr 1 do umowy nr IOPAN/RZ/19/2023 z dnia 29.06.2023 r., zgodnie z którym ustaliły nową stawkę za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony: z podatkiem VAT (brutto): 43,84 zł, wartość netto 35,64 zł (dowód: 1) Komunikat Prezesa GUS z 15 stycznia 2024 r., 2) Aneks nr 1 do umowy nr IOPAN/RZ/19/2023, zawarty w dniu 31 stycznia 2024 r.).

Jako podstawę ustalenia, o ile wzrosły koszty realizacji zamówienia (koszty pracy), przyjęto procent, o jaki wzrosła wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w okresie od dnia 01.01.2023 r. do dnia 01.01.2024 (wzrost o 21,55%). W związku z ograniczeniem wysokości o jaką może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy, stawkę za jedną roboczogodzinę pracy jednego pracownika ochrony zwiększono o 20 % (maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia przewidziana w § 13 ust. 8 umowy).

Zamawiający wskazuje jednocześnie, iż w trakcie postępowania nr IO/ZP/7/2023 (w wyniku którego została zawarta ww. umowa) odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia wyliczenia swojej stawki za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony (tak jak to miało miejsce w bieżącym postępowaniu, wykonawcy przedstawiali jedynie swoje stawki

za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony oraz cenę oferty, która była wyliczana jako iloczyn stawki za jedną roboczogodzinę i maksymalnej liczby godzin). Wykonawca nie był również wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji wykonawca na żadnym etapie postępowania nie wskazywał jak wyliczył swoją stawkę za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony oraz jakie wynagrodzenie otrzymują zatrudniani przez niego pracownicy.

W związku z powyższym, zamawiający nie miał wiedzy czy pracownicy wykonawcy otrzymują wynagrodzenie w wysokości minimalnej oraz jakie inne koszty zostały ujęte
w ramach oferty wykonawcy i w jakiej wysokości (jakie są koszty administracyjne wykonawcy, jaki jest jego zysk, jaki jest koszt szkoleń, umundurowania, koszty nadzoru pracowników itp.).

Jak już opisano powyżej, podczas waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (podwyższenia stawki za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony) porównano, jak zmieniły się koszty pracy (koszty realizacji usługi w okresie od dnia 01.01.2023 do 01.01.2024 r.
i w konsekwencji ustalono procent, o jaki powinno wzrosnąć wynagrodzenie wykonawcy.

Zamawiający w żaden sposób nie ustalił tym samym minimalnej stawki za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony (wbrew twierdzeniom odwołującego nie został ustalony poziom minimalnego wynagrodzenia za pracę). Zamawiający wskazuje, iż nie ma ku temu kompetencji (zamawiający nie ma możliwości określenia minimalnej stawki, poniżej której występuje rażąco niska cena, w oderwaniu od sytuacji faktycznej danego wykonawcy) ani uprawnień (zamawiający nie ma ku temu upoważnienia ustawowego). Należy przy tym podkreślić, że różni wykonawcy mogą mieć różne koszty pracy (różnice mogące wynikać przykładowo z uczestnictwa pracowników w PPK, posiadaniu przez wykonawcę dofinansowania z PFRON czy chociażby z wielkości przedsiębiorstwa), w związku z czym nie jest możliwe ustalenie minimalnego progu, poniżej którego występuje rażąco niska cena.
Co więcej, zamawiający nigdy nie komunikował odwołującemu, że taką minimalną stawkę ustala. Dodatkowo, zdaniem zamawiającego, arbitralne ustalenie przez zamawiającego progu (stawki), poniżej którego występowałaby rażąco niska cena, o wysokości którego wiedziałby tylko jeden wykonawca, stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeśli 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.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie powziął takich wątpliwości. Sama okoliczność, że cena oferty konsorcjum Ekotrade jest niższa od ceny oferty firmy, która obecnie świadczy usługi – odwołującego (wykonawca zaoferował tę samą stawkę, którą otrzymuje obecnie na mocy Aneksu nr 1), nie przesądza o tym, że w ofercie wykonawcy (konsorcjum) występuje rażąco niska cena albo zagrożenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Jak już wspomniano wcześniej, różni wykonawcy mogą mieć różne koszty prowadzenia swojej działalności. Dodatkowo, z uwagi na fakt, iż zamawiający nie miał wiedzy o tym jak kształtuje się wynagrodzenie odwołującego (w tym w jakiej wysokości płaci wynagrodzenia swoim pracownikom oraz jakie ma koszty pozapłacowe), trudno wskazywać je jako podstawę wątpliwości co do wynagrodzenia innego wykonawcy. Co więcej, przedstawiona przez konsorcjum Ekotrade cena oferty nie odbiega znacznie od oferty odwołującego (jest niższa
o ok. 3,5%) oraz od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT (jest niższa o ok. 11%). W związku z czym, pomimo, iż jest ona nieznacznie niższa od oferty odwołującego (oraz od wynagrodzenia wykonawcy ustalonego Aneksem nr 1), to nie można uznać, że jest ona rażąco niska.

Zamawiający wskazuje przy tym, że oceniając złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty (w tym ceny tych ofert i stawki za jedną roboczogodzinę pracownika ochrony) brał pod uwagę posiadane przez siebie doświadczenie w zakresie usług ochrony (jak wyglądała realizacja ww. usługi przez dotychczasowych wykonawców oraz stawek oferowanych za analogiczne usługi w ujęciu historycznym). W ocenie zamawiającego różnice w ofertach wykonawców (odwołującego i konsorcjum Ekotrade) są bardzo niewielkie i nie przesądzają
o braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów przez wykonawcę oferującego niższą stawkę (konsorcjum Ekotrade). Co ważne, zamawiający nie jest zobligowany do badania każdej oferty w zakresie występowania w niej rażąco niskiej ceny, tylko z tego powodu, iż zaoferowano niższe stawki niż zamawiający płaci w chwili obecnej. Tym bardziej, że na etapie trwania postępowania odwołujący w żaden sposób nie podnosił,
że oferta konsorcjum Ekotrade może być rażąco niska.

Odwołujący przesłał swoje zastrzeżenie zamawiającemu dopiero po wybraniu oferty konsorcjum Ekotrade. Co istotne, nawet na tym etapie odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń, dlaczego jego zdaniem oferta konsorcjum Ekotrade jest rażąco niska, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że skoro w Aneksie nr 1 została ustalona stawka 43,84 zł

(brutto), to oferta konsorcjum Ekotrade jest rażąco niska (jest o 1,53 zł poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę).

W związku z powyższym, cena oferty oraz jej istotne części składowe nie wydawały się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie budziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że odwołujący oprócz wskazania odniesienia do swojej obecnej stawki za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony nie wskazał żadnych innych argumentów przemawiających za tym, że oferta konsorcjum Ekotrade zawiera rażąco niską cenę (odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do oferty ww. konsorcjum, nie przedstawił też wyliczeń dlaczego jego zdaniem wysokość stawki za jedną roboczogodzinę pracy pracownika ochrony ustalona Aneksem nr 1 stanowi próg minimalnego wynagrodzenia za pracę).

Zamawiający wskazuje również, iż w związku z niezaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także niepowstaniem u zamawiającego wątpliwości,
o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie ziścił się obowiązek zamawiającego do żądania od konsorcjum Ekotrade wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że w ocenie zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (w tym w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, a także art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), nie doszło w konsekwencji również do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Ekotrade.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jest w przedmiotowej sytuacji bezprzedmiotowy i oderwany od sytuacji faktycznej. W przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa. Żadnemu wykonawcy nie odmówiono dostępu do jakiejkolwiek części oferty jakiegokolwiek wykonawcy.

W związku z powyższym, w opinii zamawiającego nie doszło do naruszenia ww. artykułu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający nie zgadza się z zarzutem, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Jako uzasadnienie powyższego zarzutu wykonawca wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu porównywalne sytuacje były traktowane w sposób odmienny. Powyższe odwołujący argumentował tym, że został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast konsorcjum Ekotrade nie zostało wezwane do złożenia wyjaśnień (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny).

Twierdzenie to jest zupełnie błędne. Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie: (…).

Jest to sytuacja zupełnie odmienna od wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (inny jest zakres wezwania, inna podstawa prawna, itp.). Podkreślenia wymaga,
że zamawiający również nie wzywał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
W związku z czym nie można przyjąć, że odwołujący został w tym zakresie potraktowany odmiennie niż konsorcjum Ekotrade. Co więcej konsorcjum Ekotrade w tym samym dniu co odwołujący zostało wezwane do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym trudno jest również stwierdzić, że w tym zakresie wykonawcy zostali potraktowani odmiennie (dowód: 1) wezwanie do złożenia wyjaśnień kierowane do odwołującego z 13.05.2024 r. wraz z potwierdzeniem wysłania, 2) wezwanie do złożenia wyjaśnień kierowane do konsorcjum Ekotrade z 13.05.2024 r. wraz z potwierdzeniem wysłania).

Z uwagi na powyższe, nie została naruszona w stosunku do odwołującego zasada zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Jak wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, aby można było stwierdzić, że zachodzą podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w celu ustalenia, czy cena ta (ofertowa) jest rażąco niska (RNC), konieczne jest ustalenie przez zamawiającego, gdyż przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp,

w brzmieniu - 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 – skierowany jest do zamawiającego, wszystkich okoliczności skutkujących takim ustaleniem.

W szczególności zamawiający zobowiązany jest kierować się dyrektywami wynikającymi

z przepisów art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (próg 30%).

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła żadna z wyżej wskazanych okoliczności skutkująca zobowiązaniem zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC.

Nadto wskazać należy, iż wskazana w ofercie konsorcjum Ekotrade cena netto jednej roboczogodziny jednego pracownika ochrony w wysokości 34,40 zł netto/42,31 zł brutto, nie jest stawką niższą niż stawka określona w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. z dnia 14 września 2023 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893), gdyż minimalna stawka ustalona ww. rozporządzeniem, od 1 lipca 2024 roku to 28,10 zł brutto. Oznacza to,

że stawka 1 roboczogodziny brutto jest w ofercie konsorcjum Ekotrade wyższa niż minimalna stawka wynikająca z rozporządzenia o 14,24 zł brutto. Tym samym, podnoszenie przez odwołującego zarzutu o niezgodności stawki konsorcjum Ekotrade z ww. rozporządzeniem jest całkowicie bezzasadne.

Ponadto okoliczności, na które powołuje się odwołujący są irrelewantne z punku widzenia oceny stawianych w odwołaniu zarzutów. Fakt, iż zamawiający w styczniu bieżącego roku dokonał waloryzacji umowy zawartej z odwołującym o określony procent wartości pozostaje bez wpływu na możliwość zaoferowania określonej ceny za świadczenie usługi będącej przedmiotem obecnie prowadzonego postępowania. Podnieść należy, że każdy wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kalkuluje swoją ofertę

w oparciu o posiadane doświadczenie oraz możliwości zrealizowania danego przedmiotu

w ramach posiadanych zasobów i środków.

Wskazać również należy, iż odwołujący w żaden sposób nie wykazał (nie udowodnił),

że cena ofertowa przystępującego uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia. Samo odwoływanie się do okoliczności związanych z realizacją obecnie obowiązującej umowy jest niewystarczające. Podnosząc zarzut zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, konieczne jest przekonanie zamawiającego przez złożenie stosownych wyliczeń, dowodów, itp. środków dowodowych, że zachodzą uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny przez innego wykonawcę. Odwołujący zaniechał przeprowadzenia takich dowodów, a to na nim jako stronie wywodzącej określone skutki prawne spoczywał obowiązek dowiedzenia zasadności podniesionych zarzutów (przepis art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne).

Za całkowicie niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzut nr 1 z odwołania), gdyż przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, a co za tym idzie niemożliwe jest stwierdzenie RNC na tym etapie postępowania – zarzut przedwczesny.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny – argumentacja została zaprezentowana powyżej.

Zarzuty nr 3 i 4 odwołania dotyczące naruszenia przepisów art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – jako wynikowe, w związku z niepotwierdzeniem się zarzutu nr 2 oraz przedwczesnością zarzutu nr 1 – Izba uznała za bezzasadne.

Izba zwraca uwagę, że całkowicie bezpodstawny, nieznajdujący swojego oparcia

w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który

dotyczy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych treści przez wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu takie informacje nie występują, co wyklucza możliwość uwzględnienia tego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……