

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 marca 2021 roku** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz (2) Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Radomiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - **(1) EKSPERT Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider); (2) EKSPERT Security AT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jabłonie (Partner); (3) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (Partner); (4) FOSA OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (Partner); (5) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner); (6) SILEZJAN EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner)**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w całości

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz (2) Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz (2) Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania

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

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 05 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 oraz art. 514, art. 515 ust 1 pkt 1) lit a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), (dalej jako „Pzp2019”) odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz (2) Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, dalej jako „Odwołujący”. Odwołanie dotyczy części 3 zamówienia.

Zamawiający: **42 Baza Lotnictwa Szkolnego z siedzibą w Radomiu** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) z zastosowaniem przepisów dla wartości zamówienia przewyższającej kwotę określoną treścią art. 11 ust 8 ustawy Pzp w przedmiocie „Usługa w zakresie ochrony fizycznej SUFO w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w latach 2021 – 2022”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 157-423834 w dniu 9 września 2020 roku.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postaci:

1) braku dokonania prawidłowej i kompleksowej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) EKSPERT Security DUO sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; (2) EKSPERT Security AT sp. z o.o. (partner); (3) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. (partner); (4) FOSA OCHRONA sp. z o.o. (partner); (5) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. (partner); (6) SILEZJAN EKO sp. z o.o. (partner); dalej zwany „Ekspert”

w tym w szczególności:

- poprzez zaniechanie wezwania Ekspert do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, która w przypadku Ekspert skalkulowana została w sposób nieuwzględniający wymogu konieczności zatrudnienia pracowników w ramach umowy o pracę oraz określonej obowiązującymi przepisami wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę;
- poprzez zaniechania odrzucenia oferty Ekspert w sytuacji kiedy analiza wskazanych w niej wartości wskazuje wyraźnie, iż mieszczą się one w pojęciu ceny rażąco niskiej;
- poprzez wybór oferty Ekspert jako oferty najkorzystniejszej mimo iż podlega ona odrzuceniu;

- poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1) przepisów art. 90 ust 1, w zw. z art. 89 ust 1 pkt 1) pkt 2) i pkt 4) w zw. z art. 7 ust 3 ustawy PZP poprzez:

- mylne uznanie, iż Ekspert w sposób prawidłowy złożył w postępowaniu swoją ofertę, uwzględniając wymagania Zamawiającego (SIWZ) oraz obowiązujące przepisy prawa dotyczące wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym nieprawidłowe uznanie, iż oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
- zaniechanie wezwania wykonawcy Ekspert do złożenia przez niego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny w sytuacji kiedy taka oferta budzi oczywiste wątpliwości w ujęciu możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z przepisów odrębnych;
- podjęcie działań noszących znamiona godzących w zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i brak wezwania wykonawcy Ekspert do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty w sytuacji kiedy oferta wykluczonego wykonawcy – Stekop S.A i Stekop – Ochrona sp. z o.o. oraz oferta wykonawcy Ekspert różniły się od siebie nieznacznie w wartościach wynagrodzenia za godzinę pracy w sposób następujący:
  - Stekop S.A. i Stekop – Ochrona sp. z o.o. - cena 23,15 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote i 15/100) – stawka najwyższa z formularza ofertowego tego Konsorcjum;
  - Ekspert - cena 23,38 zł (słownie: dwadzieścia trzy złote i 38/100).
- zaniechaniu odrzucenia oferty Ekspert w sytuacji kiedy złożona przez nie oferta nie odpowiada SIWZ - Ekspert nie uwzględnił obowiązku zatrudnienia pracowników wykonujących przedmiot umowy w oparciu o umowę o pracę;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Ekspert w sytuacji kiedy złożona przez nie oferta zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Ekspert;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wezwanie Ekspert do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, a w przypadku uznania wyjaśnień za nieprawidłowe, niewyczerpujące, nieprzekonujące i pozbawione dowodów jej popierających wykluczenie Ekspert z postępowania (odrzucenie ofert).

4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust 1 ustawy PZP. Odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowaną szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów ustawy PZP interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą w ujęciu zasad przewidzianych w ustawie PZP i SIWZ.

Odwołujący dowiedział się o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 23 lutego 2021 r. Informacja doręczona została Odwołującemu drogą elektroniczną. Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego dokumentacją postępowania każdy z wykonawców, winien w procesie kalkulacji ceny swojej oferty uwzględnić obowiązek zatrudnienia pracowników przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia w ramach umowy o pracę. Równie ważnym kryterium określono wymóg uwzględnienia przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2021 r. Zamawiający wprowadził ponadto ograniczenie dla Wykonawców w kwestii możliwości angażowania przez nich w realizację przedmiotu zamówienia pracowników posiadających orzeczenia o niepełnosprawności (zakaz kierowania do realizacji zadania takich pracowników).

Wynagrodzenie należne wykonawcy powinno w myśl określonych wyraźnie reguł być wynagrodzeniem uwzględniającym wszelkie koszty generowane przez tego wykonawcę w procesie realizacji przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego oferta Ekspert w ujęciu zawierających się w niej wartości jest ofertą opracowaną w sposób nieprawidłowy, który nie uwzględnia kosztów zatrudniania pracowników oraz kosztów dodatkowych, koniecznych dla realizacji usługi.

Koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy oszacowany na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2021 roku z uwzględnieniem kosztów przysługującego pracownikowi zgodnie z Kodeksem Pracy urlopu wypoczynkowego wynosi odpowiednio:

- dla etatu wykonującego pracę jedynie w porze dziennej (bez godzin nocnych) - 3 698,69 zł
- dla etatu wykonującego pracę jedynie w porze nocnej (z godzinami nocnymi) - 4 437,55 zł.

Zgodnie z przedstawionymi wartościami koszt 1 rbg pracownika wykonującego pracę w porze dziennej wynosi 22,02 zł (wynika to z następującego rachunku:  $3\ 698,69\ \text{zł} / 168$  (średni normatyw) = 22,02 zł) a w porze nocnej 26,41 zł (wynika to z następującego rachunku:  $4\ 437,55\ \text{zł} / 168$  (średni normatyw) = 26,41 zł).

Średni ważony koszt każdej rbg (w odniesieniu do założeń postępowania przetargowego zgodnie, z którym ilość rbg wypracowywanych w porze nocnej wynosić będzie średnio 3 650 godzin miesięcznie a w porze dziennej średnio 7 490,5 godzin miesięcznie) wynosi 23,46 zł.

Jest to średni ważony koszt wynagrodzenia skalkulowany bez uwzględnienia kosztów związanych z absencjami chorobowymi pracowników, które niewątpliwie będą występowały i logicznym wydaje się wkalkulowanie również tych kosztów w koszt zatrudnienia pracownika.

Celem art. 90 ustawy PZP jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie zaoferuje cenę lub koszt, lub ich istotne części składowe, za które nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ustawa PZP nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tą kwestię badać ad casum (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Tym niemniej, jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, pomimo że przepisy ustawy PZP nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy PZP będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział części składowej ceny w całości zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. Za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu należy uznać m.in. koszty pracy. Z dniem 1.09.2016 r. ustawa z 22.07.2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1265 ze zm.) zmieniła brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w ten sposób, że wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może przyjąć, że wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny, byłaby niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177).

Należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy PZP nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy PZP – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Przepis ten zawiera nakaz dla zamawiającego a nie jego uprawnienie. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy PZP zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek żądania od wykonawcy udowodnienia realności swojej ceny, gdy jej wysokość budzi uzasadnione wątpliwości”.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, iż Zamawiający, jako gospodarz postępowania nie wykazał się oczekiwaną od niego rzetelnością, skrupulatnością, nie wykonał czynności do których był zobligowany i dopuścił się tym samym naruszenia zasad PZP, co prowadzi do przekonania, iż odwołanie jest zasadne, a podniesione w nim argumenty trafione.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) EKSPERT Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider); (2) EKSPERT Security AT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jabłonie (Partner); (3) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (Partner); (4) FOSA OCHRONA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (Partner); (5) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner); (6) SILEZJAN EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Partner) – dalej jako „Przystępujący” lub „konsorcjum Ekspert”.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny i nie zachodziła konieczność jego ponownego przytaczania w ramach rozważań Izby.

**Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.**

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok *ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88*). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ocena, czy zaoferowana cena jest wiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ocena ta powinna mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Zauważyć bowiem należy, iż Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, a nie prowadzi postępowanie, które zakończyć może się wyborem oferty najkorzystniejszej. Dostrzeżenia również wymaga zdaniem składu Izby, że chociaż dowiedzenie w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to Odwołujący twierdzący, że oferta przeciwnika obarczona jest błędem w postaci rażąco niskiej ceny nie jest zwolniony z przedstawienia i udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu a odnoszących się do nieprawidłowości cen innych ofert.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest,



że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w postępowaniu nie zachodziły przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, więc Zamawiający nie był zobowiązany wzywać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty. Dodatkowo zauważyć należy, iż w postępowaniu odwoławczym KIO 3466/20, KIO 3468/20 Przystępujący przedstawił wyliczenia odnoszące się do cen jednostkowych swojej oferty w związku z podważaniem prawidłowości kalkulacji innego wykonawcy. Zamawiający zatem wiedział, dokonując ponownej oceny i badania ofert, jakie założenia przyjął Przystępujący kalkulując stawki jednostkowe w swojej ofercie. Jeżeli nie zachodziły ustawowe przesłanki wezwania danego wykonawcy do wyjaśnień, to w ocenie Izby Zamawiający mógł oprzeć się na wyjaśnieniach uzyskanych w toku innego postępowania odwoławczego. Nie przedstawiono również żadnych dowodów na to, że Zamawiający powinien powziąć co najmniej uzasadnione wątpliwości co do stawki jednostkowej w ofercie Przystępującego. Tylko bowiem wystąpienie uzasadnionych wątpliwości, ich zidentyfikowanie, obligowałyby Zamawiającego do wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie poza odniesieniem się do stawki jednostkowej nie przedstawił żadnych innych okoliczności, z których wynikałoby że przyjęta w kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego stawka jednostkowa wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić powinna wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ponadto jak zauważył Zamawiający stawka drugiej oferty (konsorcjum Ekspert) była znacząco wyższa, iż stawka w ofercie, którą Zamawiający zobowiązany był po wyroku Izby odrzucić. Natomiast różnica w stawce między ofertami Odwołującego i Przystępującego wynosi niespełna 30 groszy.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż przedstawione przez Odwołującego na rozprawie wyliczenia własne de facto pokrywają się z wyliczeniami przedstawionymi w toku rozprawy przez konsorcjum Ekspert, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczności, które przedstawił Przystępujący, a które pozwoliły mu daną stawkę obniżyć. Konsorcjum wyjaśniło, iż różnice w kalkulacjach poszczególnych firm polegają na przyjęciu innych założeń co do świadczeń urlopowych. Przystępujący wyjaśnił, że wykonawca przyjął 20 dni urlopu dla

pracownika, bowiem na tym zadaniu nie będą pracowali pracownicy z dłuższym stażem. Wskazał również, że różnica w wyliczeniach wynikać może z faktu, że większość pracowników zrezygnowała z udziału w pracowniczych planach kapitałowych, co oznacza, że pracodawca nie musi uwzględniać tych kosztów w stawce jednostkowej. Poza tym Przystępujący wykazał wszystkie niezbędne koszty do poniesienia, w tym koszty wyposażenia pracowników i koszty dodatkowe składając zestawienia materiałowe. Uwzględniając powyższe założenia wykonawca jest w stanie osiągnąć na danym zadaniu zysk w wysokości 3 000 zł miesięcznie. W opozycji do przedstawionych materiałów i założeń Odwołujący złożył jedynie własne kalkulacje, nie przedstawiając jakiegokolwiek innego materiału, który czyniłby założenia Przystępującego niewiarygodnymi. Nie wskazano innych kosztów, które należało w cenie uwzględnić a czego Przystępujący nie uczynił. Odwołujący odnosił się do kosztów zatrudnienia grupy interwencyjnej i kosztów eksploatacji samochodu, podczas gdy Zamawiający i Przystępujący zgodnie twierdzili, że na przedmiotowym zadaniu takie koszty nie wystąpią, nie przewiduje ich opis przedmiotu zamówienia. Jak podkreślił na rozprawie Przystępujący w ramach części III zamówienia nie jest wymagana praca grupy interwencyjnej. Wystawiona jest ona ze składu grupy odpoczywającej, nie było zatem konieczności ujęcia w kalkulacji kosztów samochodu. Odwołujący nie ustosunkował się do tych twierdzeń w jakikolwiek sposób.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że wystąpiły okoliczności określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które obligowałyby Zamawiającego do żądania od Przystępującego wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to zauważyć należy, iż zarzut ten nie został w jakikolwiek sposób przez Odwołującego uzasadniony. Zdaje się, że Odwołujący upatruje niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie nieuwzględnienia wymogu konieczności zatrudnienia pracowników w ramach umowy o pracę oraz przyjęcia określonej obowiązującymi przepisami wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Są to jednak tylko przypuszczenia Izby, bowiem Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie tej kwestii nie rozwinął. Nie jest natomiast rolą Izby domyślać się jakie pobudki i założenia kierują wykonawcą konstruującym dany zarzut. Kwestia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ winna zostać odpowiednio przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej wyjaśniona i uzasadniona. Jest to o tyle istotne, że nie przedstawiono żadnych dowodów, z których wynikałoby, że pracownicy Przystępującego nie są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Co ciekawe, przedstawiono raczej dowody przeczące tezom samego Odwołującego, skoro oparł on złożone przez siebie kalkulacje właśnie o przesłankę zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Z tych powodów Izba uznała zarzut za niewykazany.

Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 3466/20, KIO 3468/20, że *zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na zastosowanie stawki wynagrodzenia niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ta okoliczność, może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.* Nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu mielibyśmy do czynienia ze stawką jednostkową nie uwzględniającą założeń wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to podstawą działań Zamawiającego powinien być art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że ofertę odrzuca się, jeżeli jest niezgodna z ustawą, przez co rozumie się przepisy ustawy Pzp i przepisów wykonawczych do ustawy, a nie przepisy innych regulacji rangi ustawowej.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....