

WYROK

z dnia 15 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **13 marca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 lutego 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Biuro Ochrony PERSONA SECURITY W. G., Z. K. sp.k. z siedzibą w Kobyłce** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Ochrona fizyczna Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce* (nr 1/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w takim zakresie, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórnego badania ofert – wezwania Agencji Ochrony TRANSFER sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za 1 godzinę pracy pracownika ochrony podanej w formularzu cenowym oferty.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5559 zł 00 gr**

Sygn. akt KIO 564/23

(słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), odpowiadającą połowie kwoty uiszczanego wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 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**.

Uzasadnienie

Ośrodek Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Ochrona fizyczna Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce* (nr 1/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 lutego 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00078789.

Wartość tego zamówienia jest niższa niż progi unijne.

23 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencja Ochrony TRANSFER sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim {dalej również: „Agencja Ochrony”, „Wykonawca”}.

28 lutego 2023 r. Biuro Ochrony PERSONA SECURITY W. G., Z. K. sp.k. z siedzibą w Kobyłce {dalej również: „Odwołujący” lub „Biuro Ochrony”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 – przez zaniechanie zwrócenia się do Agencji Ochrony o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi.
2. Art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez Agencję Ochrony oferta nie budzi wątpliwości, niedokonaniu rzetelnego zbadania złożonych ofert, w tym nieuwzględnieniu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem jej odrzucenia.
3. Art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 – przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, która zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie zamówienia przy spełnieniu wszystkich wymogów Zamawiającego, jak chociażby zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę, jest niewykonalne, zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak i uwarunkowań rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty uznane zostały za niekonkurencyjne.
4. Art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 – przez wybór oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa zgodnie z obowiązującym prawem,

albowiem jest skalkulowana poniżej aktualnych kosztów pracy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia oceny ofert.
3. Wezwania Agencji Ochrony do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.
4. Odrzucenia oferty Agencji Ochrony jako zawierającej rażąco niską cenę.
5. Ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Ze Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: SWZ} wraz z załącznikami wynika, że wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz.1320), obejmującym m.in. ochronę fizyczną Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce przy ul. Napoleona 2 i minimum dwa podjazdy grupy interwencyjnej z 40-minutowym postojem.

Agencja Ochrony określiła stawkę roboczogodziny na 22,80 zł oraz zaoferowała wykonywanie trzech takich podjazdów.

Kalkulacja kosztów pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę, przy użyciu kalkulatora Polskiego Związku Pracodawców „Ochrona”, służącego do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach, pokazuje, że minimalnie stawka ta powinna wynosić 25,10 zł.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1726/19 przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu tej ceny.

Ponadto zgodnie z tezą zawartą w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2057/19 każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest dokonać prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze, że w trakcie tego postępowania może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć zarówno całkowitej ceny lub kosztu, jak i ich istotnych części składowych, za które należy między

innymi uznać ceny jednostkowe, według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku w sprawie sygn. akt KIO 992/19 sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także z ciążącym na wykonawcy obowiązkiem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że cena oferty jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, stąd procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a ponadto, że:

- nie wezwał Agencji Ochrony w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnień, pomimo wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi a ceną tej oferty, co oznacza, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Wykonawcy;
- wadliwie i z naruszeniem zasady należytej staranności dokonał oszacowania wartości tego zamówienia na kwotę, która w obecnych realiach gospodarczych jest nieadekwatna do cen rynkowych oraz nakładów ponoszonych przez wykonawców.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny oferty oświadczył, że według jego ustaleń byłoby zobligowany do takiej czynności, gdyby cena oferty Agencji Transfer była niższa niż 81.485,04 zł (wg kryterium odbiegania od ubruttowionej wartości zamówienia) lub niższa niż 82.200,75 zł (wg kryterium odbiegania od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert), podczas gdy cena tej wybranej oferty wynosi 94.809,00 zł.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie

na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie czynności objętych żądaniem względem oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie załącznika nr 6 do SWZ – „Opisu przedmiotu zamówienia”:

Przedmiotem zamówienia jest ochrona fizyczna Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce znajdującego się w Kobyłce przy ul. Napoleona 2A.

- 1. Ochrona fizyczna polegać będzie na obecności pracownika/pracowników ochrony na terenie ochranianego obiektu (Zamawiający uzna za wystarczające przebywanie na terenie obiektu jednej osoby) i wykonywana będzie w następujących godzinach: 1) od poniedziałku do piątku w godzinach 21:00 – 7:00; 2) w soboty według ustaleń; 3) w niedziele oraz święta w godzinach 7:00 – 7:00.*
- 2. Czas pracy ochrony może ulec zmianie po wcześniejszym pisemnym uzgodnieniu, jednak nie później niż na siedem dni przed planowaną zmianą.*
- 3. Do zadań pracownika/pracowników ochrony należy w szczególności: 1) patrolowanie terenu obiektu nie rzadziej niż raz na dwie godziny, 2) dbanie o porządek w dyżurce oraz dbanie o swój wygląd, 3) prowadzenie dziennika zmiany, 4) sporządzenie raportów z zaistniałych zdarzeń, 5) obserwacja terenu, w razie zagrożeń poinformowanie odpowiednich służb (policji, pogotowia, straży pożarnej itp.) o występujących zagrożeniach, 6) monitorowanie i reagowanie na akty wandalizmu na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wicher” w Kobyłce, 7) niedopuszczanie do wstępu osób nieupoważnionych na teren chronionego obiektu, 8) przestrzeganie przepisów prawa oraz przepisów BHP.*
- 4. Grupa interwencyjna Wykonawcy zobowiązana jest do wykonywania podjazdów kontrolnych na teren obiektu, mieszczącego się przy ul. Napoleona 2A, w tym również do zgłaszania wszelkich uwag związanych z zaobserwowanymi i zastanymi*

zdarzeniami.

5. *Podjazdy kontrolne wykonywane będą minimum dwukrotnie w ciągu doby – chyba, że w ofercie wykonawca zadeklaruje zwiększoną liczbę, oznakowanym samochodem, a jej postój powinien wynosić minimum 40 minut.*
6. *Kwalifikowany koordynator ochrony powinien minimum jeden raz dziennie dozorować chroniony obiekt, a jego wizyta powinna być udokumentowana w książce służby/dzienniku zmiany.*
7. *Wykonawca powinien przez cały okres realizacji zamówienia posiadać: 1) uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej – koncesja MSWiA zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. (Dz. U. z 2021 poz. 1995), 2) ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia (obejmujące również szkody związane z organizacją imprez masowych) na sumę ubezpieczenia 2 000 000,00 zł.*

Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące bezpośrednio zamówienie, w tym pracownicy ochrony, były zatrudnione przez wykonawcę lub jego podwykonawcę na podstawie umowę o pracę [zob. pkt 4 rozdziału V SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”].

Zamówienie ma być realizowane przez okres maksymalnie 306 następujących po sobie dni liczonych od 1 marca 2023 r. [zob. pkt 1 i 2 rozdziału IV SWZ „Termin wykonania zamówienia”].

W załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu cenowym podano jako przewidywaną łączną liczbę godzin pracy pracownika ochrony na 3380 godzin.

Z rozdziału XVI SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” wynika, że cena oferty podana w sposób zgodny z formularzem cenowym (stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ) musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia [zob. pkt 1 i 3].

W tabeli zamieszczonej w tym załączniku należało kolejno podać: 1) stawkę godzinową pracy pracownika ochrony netto w zł, 2) stawkę VAT w %, 3) stawkę godzinową pracy pracownika ochrony brutto w zł, 4) cenę oferty wynikającą z przemnożenia tej ostatniej przez 3380 godzin.

27 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie usług z lat ubiegłych oszacował wartość udzielanego zamówienia na 94.640,00 zł (wyższa wartość szacunkowa zamówienia została ustalona z uwzględnieniem dodatkowo przewidywanych na 50% tej kwoty zamówień z wolnej ręki w trybie art. 214 ust. 1 pkt 7 pzp).

10 lutego 2023 r., bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 130.000,00 zł, czyli – jak wyjaśnił

Zamawiający na rozprawie – dysponuje kwotą wyższą niż wartość szacunkowa powiększona o kwotę podatku od towarów i usług.

Ceny złożonych przez wykonawców ofert: 1) Monster Group sp. z o.o. z siedzibą w Tęgoborze – 101.602,80 zł, 2) Biuro Ochrony PERSONA SECURITY W. G., Z. K. sp.k. z siedzibą w Kobyłce – 107.585,40 zł, 3) Agencja Ochrony TRANSFER sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim – 94.809,00 zł [po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej pismem Zamawiającego z 14 lutego 2023 r.], 5) Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 165.721,40 zł.

Agencja Ochrony zaoferowała zwiększenie z dwóch do trzech na dobę liczby podjazdów grupy interwencyjnej z 40-minutowym postojem, za co otrzymała dodatkową punktację w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Ponadto z oferty Agencji Ochrony wynika, że powyższy zakres zamierza powierzyć podwykonawcy.

Stawka godzinowa pracy pracownika ochrony wynikająca z:

- oszacowania Zamawiającego – 28,00 zł,
- oferty Agencji Ochrony – 22,80 zł.

Z wydanego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. poz. 1952) wynika, że:

- od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3490 zł [§ 1],
- od 1 stycznia 2023 r. minimalną stawką godzinową wynosi 22,80 zł [§ 2],
- od 1 lipca 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3600 zł [§ 3].
- od 1 lipca 2023 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 23,50 zł [§ 4].

Minimalny koszt roboczogodziny pracownika zatrudnionego na umowę o pracę w 2023 r. [1) stawka na rękę, 2) stawka ze składkami na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe, 3) stawka uwzględniająca koszty zatrudnienia ponoszone przez pracodawcę]:

- od 1 stycznia – 1) 19,67 zł, 2) 22,80 zł, 3) 27,47 zł,
- od 1 lipca – 1) 20,28 zł, 2) 23,50 zł, 3) 28,31 zł.

[zob. wydruki z kalkulatora wynagrodzeń złożone na posiedzeniu przez Odwołującego]

Minimalny koszt roboczogodziny pracy pracownika ochrony zatrudnionego na umowę o pracę według Polskiego Związku Pracodawców „Ochrona” w 2023 r. [przy następujących założeniach: średnia liczba roboczogodzin w miesiącu – 166,67, w tym 56 h miesięcznie

pracy w porze nocnej, 10-letni staż pracy, składka wypadkowa 0,93%, urlop w wymiarze 26 dni, zwolnienie chorobowe w wymiarze 10 dni, składka pracodawcy na PPK 1,5%]:

- od 1 stycznia – 30,28 zł,
- od 1 lipca – 31,24 zł.

[zob. „Kalkulatory kosztów płacowych...” załączone do odwołania]

Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do powyższych dowodów, co należało poczytać na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp za przyznanie powyższych faktów.

Jednocześnie z powyżej przywołanej wypowiedzi Zamawiającego na rozprawie wynika, że badanie istnienia podstaw faktycznych wezwania Agencji Ochrony do wyjaśnienia ceny oferty ograniczył do ustalenia, że cena ta odbiega o mniej niż 30% zarówno od ubruttowionej wartości zamówienia, jak i od średniej arytmetycznej cen pięciu otwartych ofert, z których żadna nie została odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny (oferta Monster Group sp. z o.o. z siedzibą w Tęgoborze została odrzucona za niezgodność z warunkami zamówienia).

Reasumując, Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad tym, że nawet gdyby przedmiot tego zamówienia sprowadzał się wyłącznie do czynności wykonywanych przez jednego pracownika ochrony w dni powszednie i nie w porze nocnej, stawka godzinowa z oferty Agencji Ochrony przez niespełna pierwsze cztery miesiące realizacji usługi odpowiadałaby obowiązującemu wynagrodzeniu minimalnemu. Jednak już w tym okresie (a w jeszcze większym stopniu przez pozostały okres realizacji tego zamówienia) taka stawka nie pokrywa wszystkich kosztów pracodawcy związanych z wymaganym w tym postępowaniu zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę (nie mówiąc o kosztach wynikających z urlopów wypoczynkowych czy absencji chorobowej), chyba że Wykonawca z jakichś powodów (np. dzięki korzystaniu z pomocy publicznej) nie ponosi tych kosztów w pełnej wysokości. Tym bardziej nie wiadomo, jak przy takiej cenie oferty miałyby być pokryte koszty związane z grupą interwencyjną i koordynatorem.

Z drugiej strony Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie sprecyzował, czynu nieuczciwej konkurencji, którego miałyby się dopuścić Agencja Ochrony. Odwołujący nie wskazał również ani faktycznych, ani prawnych okoliczności, które pozwalałyby na uznanie ceny oferty Agencji Ochrony za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jedynie wykazał, że zachodzi co do tego domniemanie, które jednak ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez Wykonawcę dzięki stosownym wyjaśnieniom i dowodom.

Pomimo zakwestionowania na wstępie odwołania prawidłowości oszacowania

wartości zamówienia, z odwołania nie wynika nawet, na czym miałyby polegać wadliwość tej czynności Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest częściowo zasadne.

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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Co istotne dla tej sprawy przywołanych powyżej przepisów wynika, że warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero w sytuacji, gdy nie sprostą on ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, otwiera prawną możliwość odrzucenia z tego powodu tej oferty.

Z kolei relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób obiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Z odwołania wynika jednocześnie zarzucenie Zamawiającemu zaniechania zarówno odrzucenia wybranej przez niego oferty jako zawierającej cenę rażąco niską i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, jak i wezwania do wyjaśnienia ceny tej oferty, w ustalonych powyżej okolicznościach potwierdził się ten ostatni zarzut.

Zamawiający z uwagi na wymagany przez siebie sposób realizacji usługi, uwzględniając obowiązujące przepisy dotyczące kosztów pracy, obiektywnie rzecz biorąc winien powziąć wątpliwości co do możliwości jej należytego wykonania przez wybranego wykonawcę bez ponoszenia straty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że

- naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik

prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, sąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

- zarzuty naruszenia innych przepisów nie potwierdziły się, sąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika będącego adwokatem (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT) oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego mu pełnomocnictwa (tym samym uznano za nieuzasadniony koszt opłatę od pełnomocnictwa dla drugiego pełnomocnika, będącego pracownikiem Odwołującego, którego udział podczas posiedzenia i rozprawy nie był niezbędny), orzeczono – jak w pkt 3. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie.