

**WYROK**  
**z dnia 9 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum)** oraz **Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Agencja Ochrony Osób i Mienia „ROMA” R.S., prowadzący działalność gospodarczą w Warszawie (Lider Konsorcjum)** oraz **Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum)** oraz **Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)** i

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na „Świadczenie usługi: „Ochrona obiektu, osób i mienia w budynkach Sądu Rejonowego w Nowym Dworze Mazowieckim”, oznaczenie sprawy: RZPIZP/SR/01/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2022 roku, numer: 2022/BZP 00455825/01.

W dniu 21 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)** wnieśli odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R.S. i Przedsiębiorstwo Usługowe Roma sp. z o. o. („**konsorcjum Roma**”) i zaniechaniu odrzucenia oferty Roma jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- b) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- c) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- d) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów

realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;

- e) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum MJK sp. z o. o. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- f) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

- a) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Roma do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- b) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o. o., ul. Trybunalska nr 21 95-080 Kruszków, Maxus Sp. z o. o., ul. 3-GO Maja nr 64/66N 93-408 Łódź do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- c) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j Chemików 6a, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- d) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT Sp. o. o. ul. Obywatelska nr 201 94-111 Łódź do wyjaśnień

w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;

- e) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum MJK Sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA BIS sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- f) **art. 239 Pzp w zw. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Roma do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024; z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu wadliwej oferty konsorcjum Roma pomimo iż, to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu;
- g) **art. 16 pkt 1) Pzp** poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty konsorcjum Roma, nie poddanej prawidłowej ocenie, która wymaga wezwania Wykonawcy zarówno do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a tym zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia prowadzą do nieuzasadnionego wyboru oferty konsorcjum Roma jako najkorzystniejszej i braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik Postępowania, Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Roma jako najkorzystniejszej w

Postępowaniu;

- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwanie konsorcjum Roma, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwanie konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., ul. Trybunalska 21 95-080 Kruszów, Maxus sp. z o. o., ul. 3-go Maja nr 64/66N 93-408 Łódź, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wezwanie konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j Chemików 6a, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki , do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku,
- 6) nakazanie Zamawiającemu wezwanie konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o. ul. Obywatelska nr 201 94-111 Łódź do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku,
- 7) nakazanie Zamawiającemu wezwanie konsorcjum MJK Sp. z o. o. ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa, MATPOL GRUPA sp. z o. o. ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa, MATPOL GRUPA BIS sp. z o. o. ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku,
- 8) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty konsorcjum Roma i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 9) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., ul. Trybunalska nr 21 95-080 Kruszów, Maxus Sp. z o. o., ul. 3-GO Maja nr 64/66N 93- 408 Łódź i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 10) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j Chemików 6a, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 11) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o. ul. Obywatelska nr 201 94-111 Łódź i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 12) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w

postępowaniu, odrzucenie oferty konsorcjum MJK Sp. z o. o. ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA sp. z o. o. ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA BIS sp. z o. o. ul. Dominikańska 33 02-738 Warszawa, i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

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

Odwołujący wskazał, że:

**I. Rażąco niska cena oferty konsorcjum Roma, konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j., konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o., konsorcjum MJK sp. z o. o.**

Zgodnie z Rozdziałem III ust 12 SWZ Zamawiający stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę co najmniej 5 osób w wymiarze co najmniej 1 etatu wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia (za wyjątkiem przyjazdu grupy interwencyjnej), których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Z kolei w ust. 6 Rozdziału III ust. 13 SWZ wskazał, że „Rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia - wszystkie czynności określone w opisie przedmiotu zamówienia wykonywane w budynkach sądu, za wyjątkiem przyjazdu grupy interwencyjnej, polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Na podstawie udzielonych odpowiedzi z dnia 28.11.2022r. Zamawiający podkreślił, że nie wyraża zgody na zatrudnienie w innej formie niż umowa o pracę.

Czy zamawiający wyraża zgodę na zatrudnienie pracowników ochrony na innej podstawie prawnej niż umowa o pracę np. umowa zlecenie ?

Odp. Zamawiający nie wyraża zgody na zatrudnienie pracowników ochrony na innej podstawie prawnej niż umowa o pracę np. umowa zlecenie.

Tym samym Zamawiający jednoznacznie wskazał, że do realizacji zamówienia możliwe jest zatrudnienie wyłącznie osób pełnosprawnych zatrudnionych na podstawie Umowy o pracę, z wyłączeniem pracowników grup interwencyjnych, w związku z tym. obniżenie kosztów poprzez wskazanie dofinansowań z PFRON nie jest możliwe.

Konsekwencją powyższego jest o tyle doniosła, że po pierwsze wykonawcy powinni uwzględnić koszty wynagrodzenia obowiązujące od 2023 roku, Zamawiający nie będzie dokonywał jakichkolwiek waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2023 roku, gdyż wymagał już aby cena ofertowa koszty te uwzględniała. Wytyczne co do sposobu wyliczenia ofertowej nie powinny budzić jakichkolwiek wątpliwości wśród profesjonalistów takich jak wykonawcy składający oferty w Postępowaniu.

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 roku:

1. od 1 stycznia 2023 roku wynagrodzenie wynosi **3.490,00 zł brutto**,
  2. od 1 lipca 2023 roku wynagrodzenie wynosi **3.600,00 zł brutto**
- („Rozporządzenie”).

Konsorcjum Roma w formularzu ofertowym wskazała dla każdego z 24 miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości 84.096,00 zł netto,

Konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o. w formularzu ofertowym wskazała dla każdego z 24. miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości 84.629,59 zł netto,

Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j. w formularzu ofertowym wskazała dla każdego z 24 miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości 84.653,37 zł netto,

Konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o., konsorcjum MJK sp. z o. o w formularzu ofertowym wskazała dla każdego z 24 miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości 84.700,91 zł netto,



Konsorcjum MJK sp. z o. o w formularzu ofertowym wskazała dla każdego z 24 miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości 85.960,85 zł netto,

Takie działanie konsorcjum Roma, konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j., konsorcjum Agencja Ochrony Eskort sp. o. o., konsorcjum MJK sp. z o. o. jest jawnym zaprzeczeniem prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, a co więcej usankcjonowane zostało przez Zamawiającego poprzez wybór oferty tego wykonawcy.

Poniżej przedstawiono koszty pracy w 2023 roku z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia minimalnego określonego w Rozporządzeniu i poniższych założeń:

1. **Zatrudnienie 18 kwalifikowanych pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem minimalnym obowiązujące w poszczególnych okresach realizacji zamówienia:**

<b>Okres obowiązywania wynagrodzenia</b>	<b>Minimalne wynagrodzenie za pracę</b>	<b>Wysokość dodatku za pracę W porze nocnej (średnia roczna w formie ryczałtu)</b>	<b>Minimalne wynagrodzenie za pracę z dodatkiem za pracę W porze nocnej</b>
<b>Styczeń - czerwiec 2023</b>	3490 zł brutto	232,67 zł brutto	3 722,67 zł
<b>Lipiec grudzień 2024</b>	3600 zł brutto	240 zł brutto	3 840,00 zł

2. Wymiar urlopu:
  - 26 dni - 18 pracowników ochrony
3. Pracownicy nie przystąpili do programu PPK.

**Składowe wynagrodzenia wraz z dodatkiem za godziny nocne w okresie styczeń 2023r. - czerwiec 2023r.**

Płaca brutto (3490 zł + 232,67 zł dodatek za pracę w porze nocnej)			
Koszty uzyskania przychodu			
Ulga podatkowa			
Skala podatkowa			
Podstawa opodatkowania do ubezpieczeń zdrowotnych			
Podstawa opodatkowania			
Zaliczka podatku			
<b>Wynagrodzenie netto</b>			
		<b>Płaci</b>	
Składki ZUS	%	Pracownik	Pracodawca
Wypadkowa	<b>0,67</b>	X	<b>24,94</b>
Emerytalna	19,52	363,33	363,33
Rentowa	8 - (1,5 – pracownik, 6,5 pracodawca)	55,85	241,97
Chorobowa	2,45	91,21	X
Fundusz pracy	2,45	0	0
Zdrowotna	9	289,11	X
FGSP	0,1	0	0
PPK	0	0	0
Łącznie		799,50	630,24
<b>CAŁKOWITY KOSZT PRACODAWCY</b>			

**Składowe wynagrodzenia wraz z dodatkiem za godziny nocne w okresie lipiec 2023r. – grudzień 2024r.**

Płaca brutto (3600 zł + 240 zł dodatek za pracę w porze nocnej)			
Koszty uzyskania przychodu			
Ulga podatkowa			
Skala podatkowa			
Podstawa opodatkowania do ubezpieczeń zdrowotnych			
Podstawa opodatkowania			
Zaliczka podatku			
<b>Wynagrodzenie netto</b>			

Składki ZUS	%	Płaci	
		Pracownik	Pracodawca
Wypadkowa	<b>0,67</b>	X	<b>25,73</b>
Emerytalna	19,52	374,78	374,78
Rentowa	8 - (1,5 – pracownik, 6,5 pracodawca)	57,60	249,60
Chorobowa	2,45	94,08	X
Fundusz pracy	2,45	0	0
Zdrowotna	9	298,22	X
FGŚP	0,1	0	0
PPK	0	0	0
Łącznie		824,68	650,11
<b>CAŁKOWITY KOSZT PRACODAWCY</b>			

#### I. Wynagrodzenie w okresie styczeń - czerwiec 2023 roku wraz z dodatkiem za godziny nocne i zastępstwem urlopowym

- Minimalne wynagrodzenie obowiązujące w okresie styczeń - czerwiec 2023r. - **3490 zł brutto**
- Urlop wypoczynkowy w stosunku **rocznym-26 dni** –
- Dodatek za pracę w godzinach nocnych - **232,67 zł** (3490 zł :168 godz. x 20 % = 4,154 zł x 56 godz.= 232,67 zł).
- Brak składek na PPK - (pracownicy Konsorcjum Roma nie przynależą do PPK).

#### **Zastępstwo urlopowe w okresie styczeń - czerwiec 2023 roku wraz z dodatkiem za godziny nocne**

- a) przy założeniu urlopu w wymiarze 26 dni (zgodnie z założeniami określonymi w wyjaśnieniach)
- Koszt 1 rbh w 2023 r. - (4352,92 zł: 168 godz.)= **25,91 zł**
  - Wynagrodzenie urlopowe za 12 miesięcy- (26 dni x 8 godz. x 25,91 zł)= **5389,28 zł**
  - Koszt wynagrodzenia urlopowego miesięcznie - (5389,28 zł: 12 m/cy) = **449,11 zł**

Całkowity koszt pracodawcy wraz z urlopem wypoczynkowym - (4352,92 zł+ 449,11 zł)=

**4802,03 zł - stawka za 1 rbh wynosi 28,75 zł**

## **II. Wynagrodzenie w okresie lipiec - grudzień 2024 roku wraz z dodatkiem za godziny nocne i zastępstwem urlopowym**

- Minimalne wynagrodzenie obowiązujące w okresie lipiec 2023r. - listopad 2024r. - **3600 zł brutto**
- Urlop wypoczynkowy w stosunku rocznym - **26 dni**
- Dodatek za pracę w godzinach nocnych - **240,00 zł** (3600 zł : 168 godz. x 20 % = 4,285 zł x 56 godz. = 240,00 zł).
- Brak składek na PPK- (pracownicy Konsorcjum Roma nie przynależą do PPK).

### **Zastępstwo urlopowe w okresie lipiec 2023r. - grudzień 2024 roku wraz z dodatkiem za godziny nocne**

- a) przy założeniu urlopu w wymiarze 26 dni (zgodnie z założeniami określonymi w wyjaśnieniach)
- Koszt 1 rbh w 2023 r. - (4490,11 zł: 168 godz.)= **26.73 zł**
  - Wynagrodzenie urlopowe za 12 miesięcy- (26 dni x 8 godz. x 26,73 zł)= **5559.84 zł**
  - Koszt wynagrodzenia urlopowego miesięcznie - (5559,84 zł : 12 m/cy) = **463.32 zł**

Całkowity koszt pracodawcy wraz z urlopem wypoczynkowym - (4490,11 zł+ 463,32 zł)= **4953.43 zł - stawka za 1 rbh wynosi 29.66 zł**

## **PRZYCHÓD / STRATA**

### **Konsorcjum Roma**

Przychód miesięczny określony w kalkulacji ofertowej konsorcjum Roma - **84.096,00 zł**

Strata miesięczna tylko i wyłącznie na kosztach wynagrodzeń: **- 1971.00 zł**

### **konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o**

Przychód miesięczny określony w kalkulacji ofertowej konsorcjum Roma - **84.629,59 zł**

Strata miesięczna tylko i wyłącznie na kosztach wynagrodzeń: **-1437.41 zł**

**konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j.**

Przychód miesięczny określony w kalkulacji ofertowej konsorcjum Roma - **84.653,37zł**

Strata miesięczna tylko i wyłącznie na kosztach wynagrodzeń: **-1413,63 zł**

**konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o.**

Przychód miesięczny określony w kalkulacji ofertowej konsorcjum Roma - **84.700,91zł**

Strata miesięczna tylko i wyłącznie na kosztach wynagrodzeń: **- 1366.09 zł**

**konsorcjum MJK sp. z o. o**

Przychód miesięczny określony w kalkulacji ofertowej konsorcjum Roma - **85. 960,85 zł**

Strata miesięczna tylko i wyłącznie na kosztach wynagrodzeń: **- 106.15 zł**

Powyższe wyliczenia nie obejmują również innych kosztów jakie powinien ponieść wykonawca realizując przedmiotową umowę, takich jak koszty monitoringu, telefonów, ubrań pracowników, koszty administracji i kontroli itp.

Oznacza to, że oferta konsorcjum Roma i pozostałych w/w uczestników konsorcjum zawierają stawki, które nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z Rozporządzenia dotyczącego minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 i 2024 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:

*„Zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. 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 p.z.p. 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 p.z.p., z którego wynika, że ofertę odrzuca się, jeżeli jest niezgodna z ustawą, przez co rozumie się przepisy ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i przepisów wykonawczych do ustawy, a nie przepisy innych regulacji rangi ustawowej.”*

Podobnie KIO w wyrokach z dnia KIO 3466/20, KIO 3468/20 z dnia 26 stycznia 2021 roku. Powyższe stanowisko KIO zachowuje aktualność także na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP, z uwagi na analogiczne brzmienie obecnie obowiązujących przesłanek odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

**Oferta konsorcjum Roma i pozostałych w/w uczestników konsorcjum powinna ulec odrzuceniu, po tym jak wykonawcy zostaną wezwani uprzednio do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ponieważ zaoferowana cena jest rażąco niska, gdyż nie pokrywa nawet kosztów wytworzenia usługi, a tym samym stawka nie jest możliwa do realizacji. Składając wyjaśnienia konsorcjum Roma musi bowiem opierać się na założeniach przedstawionych w kalkulacji cenowej, których nie może dowolnie zmieniać.**

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 realizację 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 przywołuje w tym miejscu stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO sygn. akt: KIO 2552/22, w którym w sytuacji, gdy występujący w tej sprawie przystępujący stwierdził, że w zaoferowanej przez niego cenie nie jest uwzględniony koszt minimalnego wynagrodzenia za pracę na poziomie wyznaczonym w Rozporządzeniu Izba stwierdziła, iż:

„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. (...) Cena oferty wykonawców MM została skalkulowana, mimo podjętej próby na którą wskazują dokonane przeliczenia wartości minimalnego wynagrodzenia w sposób który nie pozwala za tą cenę oferty zrealizować zamówienia. W ocenie Izby zarówno argumentacja Odwołującego, a i w zasadzie Zamawiającego (z odwołaniem do czasookresu oceny ofert) prezentowane w trakcie przebiegu rozprawy potwierdziły, że cena oferty wykonawców MM jest rażąco niska.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy również w tej sytuacji już w złożonej kalkulacji ceny konsorcjum Roma potwierdziło, że nie jest w stanie pokryć kosztów realizacji zamówienia, gdyż także w odniesieniu do roku 2023 i 2024 uwzględniono koszty wynagrodzenia na poziomie jak z 2022 roku. Na moment składania ofert znany był, a przede wszystkim wymagany do uwzględnienia w cenie ofertowej poziom kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników w roku 2023 zgodnie z Rozporządzeniem. Tym samym bez cienia wątpliwości oferta konsorcjum Roma została skalkulowana sprzecznie z dokumentacją postępowania, ponieważ Zamawiający biorąc pod uwagę, że na dzień składania ofert znane już było wynagrodzenie minimalnej od 1 stycznia 2023 roku żądał od wykonawców jego uwzględnienia w cenie ofertowej. Pomimo tego, że konsorcjum Roma tego nie uczyniło Zamawiający z sobie tylko znanych powodów ani nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ani nie odrzucił jego oferty, co więcej dokonał jej wyboru. Naruszył tym samym przepisy PZP.

## **II. Zaniechanie wezwania konsorcjum Roma i w/w uczestników konsorcjum do wyjaśnienia zaoferowanej ceny**

Jak wykazał powyżej Odwołujący cena zaoferowana przez konsorcjum Roma i pozostałych uczestników nie pozwala na zaspokojenie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i w okresie styczeń - grudzień 2024 roku.

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 niekwestionowanym faktem 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.

Ponadto, 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. W tym miejscu warto przytoczyć komentarz UZP do PZP, 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 społeczne- go.”**

Warto także zwrócić uwagę, że w komentarzu do Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych wskazano, iż „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.”

Tym samym zaniechanie wezwania konsorcjum Roma do wyjaśnień należy traktować jako naruszenie PZP, a także może być w ocenie Odwołującego uznane za nierówne traktowanie wykonawców i działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji.

Jedynie z ostrożności procesowej, należy zwrócić uwagę, że cena niepozwalająca na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników (jak w ofercie konsorcjum Roma) 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 Roma.

W treści oferty złożonej przez ten podmiot w części dotyczącej roku 2023 konsorcjum



Roma wprost przyznało, że posiadało wiedzę o wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w roku 2023 roku na poziomie wskazanym w Rozporządzeniu i jego dwukrotnym podwyższeniu, a równocześnie poinformowało, że nie uwzględniło jego wysokości w cenie ofertowej, ponieważ już teraz występuje o podniesienie stawki do obowiązujących przepisów. Taki mechanizm konstruowania ceny ofertowej jest sprzeczny z podstawową zasadą kalkulacji ceny ofertowej i uwzględnienia w niej wszelkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Tym samym konsorcjum przyznaje, że jego cena nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia i stoi w oczywistej sprzeczności z oświadczeniem z pkt 7 formularza ofertowego, które cytowano już w powyższej części odwołania, że oferta uwzględnia koszty wynagrodzenia obowiązujące w 2023 roku.

### **III. Rekapitulacja stanowiska Odwołującego**

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

Każda z opisanych w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego 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 zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 grudnia 2022 r. (pismo z dnia 28 grudnia 2022 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powinien odrzucić ofertę najkorzystniejszą oraz oferty pozostałych kilku wykonawców, wskazanych w treści odwołania, ze względu na subiektywne stanowisko Odwołującego, że zaproponowane przez tych wykonawców ceny w ofertowe, zawierają cenę rażąco niską i są poniżej kosztów wytworzenia usługi. Z zarzutami

odwołania nie sposób się jednak zgodzić. Zamawiający przychylił się w całości, także do argumentacji przedstawionej w przystąpieniu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego w całości. Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 2 260 000,00 zł (brutto), natomiast wszystkie oferty, które wpłynęły do Zamawiającego przekraczały środki finansowe jakie Zamawiający pierwotnie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający po analizie swojego planu finansowego zdołał znaleźć oszczędności, które umożliwiły jedynie dołożenie środków finansowych do oferty najkorzystniejszej, aby nie było konieczności unieważnienia postępowania. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych ma ograniczenia finansowe wynikające z wartości wskazanych w planie finansowym jednostki i nie ma możliwości zwiększania wydatków na usługi powyżej wartości określonej w planie finansowym. Odnosząc się natomiast do zarzutów Odwołującego, Zamawiający podkreśla, że nie miał obowiązku wyzwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ nie ziszcili się przesłanki określone w art. 224 ust. 2 Pzp obligujące Zamawiającego do wezwania wykonawców ze względu na okoliczność, że cena całkowita poszczególnych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Dodatkowo nie nastąpiła też istotna zmiana cen rynkowych w zakresie świadczenia usług ochrony po wszczęciu postępowania, która umożliwiłaby wtedy Zamawiającemu możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie.

Zamawiający, także podkreśla, że nie miał obowiązku wyzwania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, ponieważ zaoferowana cena przez wykonawców nie wydała się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i także nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przystępujący, jak również pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, skalkulowali ceny ofertowe mniej więcej na tym samym poziomie, w granicach ok. 2.482.000,00 zł - ok. 2 688.000,00 zł brutto. Cena oferty najkorzystniejszej w porównaniu do ceny oferty Odwołującego wynosi niecałe 3% zaś cena ofert najkorzystniejszej w porównaniu do ceny oferty najdroższej złożonej w niniejszym postępowaniu nie przekracza 8%. Różnica w cenie nieprzekraczająca 3%, która w ocenie Zamawiającego, jest nieznaczna może wynikać z uwzględnienia w kalkulacji niższego poziomu zysku przez Przystępującego, w porównaniu do kalkulacji ceny zysku Odwołującego lub niższych kosztów administracyjnych.

Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje zatem, iż ceny są jak najbardziej cenami rynkowymi, niezawierającymi składników noszących znamiona rażąco niskich. Są te ceny rynkowe, za które możliwe jest zrealizowanie zamówienia bez ponoszenia straty, w tym także przy uwzględnieniu kosztów pracy pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Zamawiający podziela w całości stanowisko Przystępującego przedstawione w przystąpieniu, że *„cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, nie zawiera także elementów, których wycena została zaniżona bądź pominięto jej kalkulację. Oferta została sporządzona zgodnie z wytycznymi wynikającymi z dokumentacji przetargowej. Przystępujący uwzględnił w cenie, także wysokość świadczenia minimalnego wynikającego z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Nie można zatem mówić o jakimkolwiek naruszeniu przepisów ustawy Pzp czy ze strony Zamawiającego czy ze strony Przystępującego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (KIO 952/13). Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Jest ona ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez 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 (KIO 1562/11).”*

Zamawiający wskazują, że w dokumentacji przetargowej nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą kalkulacji cenowej, z której wynikają koszty pracy osób zatrudnionych do realizacji zamówienia. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego przedstawionym w przystąpieniu, że *„nie można zatem formułować twierdzeń dotyczących braku wyceny wynagrodzenia pracowników z pominięciem minimalnego wynagrodzenia za pracę za 2023 r. i 2024 r., które w żaden sposób nie wynikają z dokumentacji przetargowej, jak również z treści oferty Przystępującego. Sposób kalkulacji ceny stanowi wyłączne uprawnienie danego wykonawcy i fakt przyjęcia pewnych założeń przedstawionych przez Odwołującego, nie może być miarodajny i właściwy dla wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Nie wiadomo na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dane Odwołujący przedstawił kalkulację za 2024 r., gdy na dzień złożenia oferty nie ma żadnych danych*

*pozwalających przyjąć jak kształtować się będzie wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę za 2024 r.”*

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający przewidział w postanowieniach umownych, które są załącznikiem do SWZ waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z brzmieniem § 13 ust. 5 lit. b) postanowień umownych *„Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”* a na dodatek waloryzacja minimalnego wynagrodzenia wykonawcy przy umowach zawartych powyżej 6 miesięcy wynika z mocy samego prawa.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2022 roku, numer: 2022/BZP 00455825/01.

W dniu 21 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)** wnieśli odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R.S. i Przedsiębiorstwo Usługowe Roma sp. z o. o. (**„konsorcjum Roma”**) i zaniechaniu odrzucenia oferty Roma jako oferty niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- b) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum MM Service Monitoring sp. z o. o., w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- c) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego

- wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- d) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT sp. o. o. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
  - e) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum MJK sp. z o. o. w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
  - f) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

- a) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego **konsorcjum Roma** do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- b) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o. o., ul. Trybunalska nr 21 95-080 Kruszów, Maxus Sp. z o. o., ul. 3-GO Maja nr 64/66N 93-408 Łódź do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- c) **art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. sp. j Chemików 6a, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie

pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;

- d) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Agencja Ochrony ESKORT Sp. o. o. ul. Obywatelska nr 201 94-111 Łódź do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- e) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum MJK Sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa MATPOL GRUPA BIS sp. z o. o. ul. Dominikańska nr 33 02-738 Warszawa do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024;
- f) art. 239 Pzp w zw. art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp** poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego konsorcjum Roma do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszty pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024; z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu wadliwej oferty konsorcjum Roma pomimo iż, to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu;
- g) art. 16 pkt 1) Pzp** poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oferty konsorcjum Roma, nie poddanej prawidłowej ocenie, która wymaga wezwania Wykonawcy zarówno do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a tym zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), ul. Magazynowa 11A lok. 63, 02-652 Warszawa oraz Ekspert Security AP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), ul. Krypska 25 lok. U 1, 04-082 Warszawa**, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Agencja Ochrony Osób i Mienia „ROMA” R.S., prowadzący działalność gospodarczą w Warszawie (Lider Konsorcjum), ul. Estrady 70c, 01-932 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), ul. Estrady 70c, 01-932 Warszawa.**

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. (pismo z dnia 30 grudnia 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4) ustawy PZP, wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

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;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma



interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do kwestii braku interesu prawnego po stronie Odwołującego. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 30 grudnia 2022 r. stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ oferta Odwołującego uplasowała się siódmym miejscem pod względem ceny, a Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający ma możliwości finansowe, które uprawniałyby go do kolejnego zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Izba wskazuje, że Zamawiający na realizację przedmiotowego postępowania zamierzał przeznaczyć kwotę 2 260 000,00 zł (brutto). W wyniku otwarcia ofert w dniu 2 grudnia 2022 r., wszystkie oferty wykonawców przekraczały środki finansowe, jakie Zamawiający pierwotnie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (informacja z otwarcia ofert z dnia 2 grudnia 2022 r.). Zamawiający po analizie swojego planu finansowego w dniu 14 grudnia 2022 r. podjął decyzję o zwiększeniu kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia z kwoty 2 260 000,00 zł (brutto) do kwoty najniższej złożonej oferty, tj. 2 482 513,92 zł brutto (oferty Przystępującego), przy czym cena jaką zaoferował w swojej ofercie Odwołujący na realizację przedmiotowego postępowania to kwota 2 550 195,84 zł brutto.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w kontekście już podniesionej kwoty na realizację zamówienia do

kwoty najniższej złożonej oferty. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 255 pkt 3 ustawy PZP w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, nawet jeśli Zamawiający już raz dokonał zwiększenia kwoty na realizację przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby możliwe jest bowiem podjęcie kolejnej decyzji przez Zamawiającego, co do możliwości zwiększenia kwoty na realizację przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się natomiast do zarzutów merytorycznych, istota sporu sprowadzała się do zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, jak i ofert wykonawców wskazanych w odwołaniu na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista w wyniku, której wykonawca nie będzie w stanie należyście wykonać zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że oferta Przystępującego jest poniżej kosztów wytworzenia usługi, a stawka w postaci ceny jednostkowej netto za 1 rbh Przystępującego (28,80 zł) – 35,42 zł brutto, jak i stawki innych kwestionowanych wykonawców w odwołaniu (KONSORCJUM: MM Service Monitoring Sp. z o.o. – LIDER KONSORCJUM, Maxus Sp. z o.o. – CZŁONEK KONSORCJUM w wysokości 28,94 zł (35,60 zł brutto); Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. Sp. J. w wysokości 28,95 zł (35,61 zł brutto); Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o. o. w wysokości 28,97 zł (35,63 zł brutto); Konsorcjum: MJK Sp. z o. o., MATPOL GRUPA Sp. z o. o., MATPOL GRUPA BIS Sp. z o. o. w wysokości 29,40 zł (36,16 zł brutto), są stawkami rażąco niskimi w wyniku, których nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba zważa, że stawki za 1 rbh wskazane przez Odwołującego w dowodach wniesionych na rozprawie (28,64 zł brutto, 29,64 zł brutto, 29,27 zł brutto, 30,19 zł brutto) mieszczą się w cenie jednostkowej brutto za 1 rbh wynikająca z formularza ofertowego Przystępującego, tj. 35,42 zł brutto (na co zwrócił uwagę również Przystępujący na rozprawie), jak i w cenie jednostkowej brutto za 1 rbh wynikająca z formularzy ofertowych ww. wykonawców. Biorąc

pod uwagę minimalne stawki godzinowe, tj. 22,80 zł brutto od 1 stycznia 2023 r. oraz 23,50 zł brutto od 1 lipca 2023 r., w ocenie Izby nie można mówić, że stawka zaproponowana przez Przystępującego, jak i stawki innych kwestionowanych wykonawców w odwołaniu, są stawkami poniżej minimalnych stawek godzinowych, przy czym Zamawiający nie wskazywał w SWZ, jak ma być liczona stawka w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, tj. czy wykonawca powinien przyjąć stawkę od stycznia 2023 r., czy od lipca 2023 r.

Podkreślić należy, że cena oferty Przystępującego (2 482 513,92 zł brutto) w porównaniu do ceny oferty Odwołującego (2 550 195,84 zł brutto) wynosi mniej niż 3%, a przykładowo oferta Konsorcjum firm: MJK Sp. z o. o., MATPOL GRUPA Sp. z o. o., MATPOL GRUPA BIS Sp. z o. o. (2 537 564,16 zł brutto) w porównaniu do ceny oferty Odwołującego wynosi mniej niż 1%, co powoduje, zdaniem Izby, że nie mamy do czynienia z rażąco niskimi cenami, lecz cenami realnymi, za którymi możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tym samym, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego w wysokości 2 482 513,92 zł brutto, jak i innych wykonawców, co do których Odwołujący kwestionował ceny oferty, tj. KONSORCJUM: MM Service Monitoring Sp. z o.o. – LIDER KONSORCJUM, Maxus Sp. z o.o. – CZŁONEK KONSORCJUM w wysokości 2 498 265,60 zł brutto; Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. Sp. J. w wysokości 2 498 967,36 zł brutto; Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o. o. w wysokości 2 500 370,88 zł brutto; Konsorcjum: MJK Sp. z o. o., MATPOL GRUPA Sp. z o. o., MATPOL GRUPA BIS Sp. z o. o. w wysokości 2 537 564,16 zł brutto, wykazywały cechy cen rażąco niskich.

W związku z powyższym twierdzenia Odwołującego, że wskazanie w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, dla każdego z 24 miesięcy usługi analogiczną wysokość wynagrodzenia ryczałtowego netto w wysokości 84.096,00 zł przez Przystępującego, jak i innych kwestionowanych wykonawców KONSORCJUM: MM Service Monitoring Sp. z o.o. – LIDER KONSORCJUM, Maxus Sp. z o.o. – CZŁONEK KONSORCJUM w wysokości 84 629,59 zł; Agencja Ochrony Osób i Mienia "Egida" MKJ R. Sp. J. w wysokości 84 653,37 zł; Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o. o. w wysokości 84 708,00 zł; Konsorcjum: MJK Sp. z o. o., MATPOL GRUPA Sp. z o. o., MATPOL GRUPA BIS Sp. z o. o. w wysokości 85 960,85 zł, powoduje, że stanowią one wynagrodzenie, które nie pokrywa kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z Rozporządzenia dotyczącego minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 i 2024 roku, w ocenie Izby, są niezasadne i nie mają potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym sprawy. Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący „nie jest w stanie pokryć kosztów realizacji zamówienia, gdyż

także w odniesieniu do roku 2023 i 2024 uwzględniono koszty wynagrodzenia na poziomie jak z 2022 roku”.

W tym miejscu należy zgodzić się z Przystępującym, że: „Sposób kalkulacji ceny stanowi wyłączne uprawnienie danego wykonawcy i fakt przyjęcia pewnych założeń przedstawionych przez Odwołującego, nie może być miarodajny i właściwy dla wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu”.

Na marginesie Izba wskazuje, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynika, aby Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą kalkulacji cenowej, z której wynikają koszty pracy osób zatrudnionych do realizacji zamówienia.

Izba chciałaby również podkreślić, że nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, iż Zamawiający „nie będzie dokonywał jakichkolwiek waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2023 roku, gdyż wymagał już aby cena ofertowa koszty te uwzględniała”. Zgodnie bowiem z brzmieniem § 13 ust. 5 lit. b) istotnych postanowień umownych, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ: *„Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”*.

Niezależnie od powyższego, Izba zwraca uwagę, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy przy umowach zawartych powyżej 6 miesięcy (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) wynika również z samego uregulowania ustawodawcy. Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy PZP, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Z wyżej wymienionego przepisu wynika między innymi, że zmiana wysokości wynagrodzenia będzie obejmować koszty związane z realizacją zamówienia, czyli np. koszty zatrudnienia związane z podwyższeniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy stawki godzinowej.

Biorąc pod uwagę nowelizację art. 439 ust.1 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym od dnia 10 listopada 2022 r. na podstawie art. 44 ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli przedsiębiorców z dnia 7 października 2022 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185) oraz ogłoszenie o zamówieniu przedmiotowego

postępowania z dnia 24 listopada 2022 r., oznacza zdaniem Izby, że możliwa jest waloryzacja wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy w związku z podwyższeniem minimalnego wynagrodzenia za pracę i stawki godzinowej od 1 lipca 2023 r., a nie jak twierdzi Odwołujący na rozprawie: „Waloryzacja może nastąpić ze skutkiem dopiero na koniec 2023 r.”.

Izba zaważa, że sam Odwołujący z jednej strony twierdzi, że Zamawiający nie będzie mógł dokonywać jakichkolwiek waloryzacji wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, a z drugiej strony twierdzi, że waloryzacja będzie możliwa „dopiero na koniec 2023 r.”, co świadczy o braku konsekwencji ze strony Odwołującego.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18: *„terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Celem tej regulacji jest zapewnienie obu stronom umowy pewności, że w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany. Temu służy zawarcie w postanowieniach umowy automatycznych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Automatyzm tych mechanizmów polega jednak na tym, że konsekwencje dokonanych zmian wynagrodzenia muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, odpowiednio w terminie, w którym zmiany te weszły w życie. Jednocześnie waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę”*, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Izba zważa, że obowiązek żądania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych materializuje się wyłącznie w przypadku,

gdy 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. Jednakże, zdaniem Izby, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał obowiązku wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ zaoferowana cena przez Przystępującego i kwestionowanych wykonawców przez Odwołującego nie wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia, o czym świadczy wypowiedź Zamawiającego na rozprawie: „Zamawiający wskazuje, że nie miał żadnych wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego i innych wykonawców, patrząc na stan faktyczny sprawy”.

Niezależnie od powyższego, Izba zważy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w pierwszej kolejności musiałoby dojść do złożenia oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, aby można było zastosować art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Jednakże ze względu na to, iż Izba nie znalazła podstaw do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zarówno w odniesieniu do oferty Przystępującego, jak i innych kwestionowanych wykonawców w odwołaniu na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tym samym, nie można mówić, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego, jak i innych wykonawców kwestionowanych w odwołaniu.

Konkludując, w ocenie Izby, powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że cena oferty Przystępującego, jak i cena oferty innych kwestionowanych wykonawców przez Odwołującego, są cenami rynkowymi, za które możliwe jest należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 1, ust. 5 -6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP ani art. 239 ustawy PZP, jak również nie naruszył art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....