

WYROK

z dnia 5 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sign 4 Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 0000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

oraz Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie
tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie pn. *Usługa ochrony osób i mienia w budynkach Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2022 r. pod numerem 2022/S 202-576278.

W dniu 19 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liwie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wezwania wykonawców SIGN oraz APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tych wykonawców ceny ofertowej, tj. ceny za jedną roboczogodzinę usług dla Posterunków od nr 1 do nr 11, która to cena stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi ochrony osób i mienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania ofert złożonych przez wykonawców SIGN oraz APGG, w tym wezwania wykonawców SIGN oraz APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia zaoferowanych przez tych wykonawców cen za jedną roboczogodzinę usług dla Posterunków od nr 1 do nr 11 oraz ponownego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sign 4 Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 27 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego oraz Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 stycznia 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia w budynkach Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, polegającej na sprawowaniu bezpośredniej ochrony fizycznej budynków i terenów, na których znajdują się oraz przebywają zatrudnione osoby – wraz z parkingami i garażem podziemnym – położonych w:

- a) Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17,
- b) Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23,
- c) Warszawie przy ul. Ksawerów 13,
- d) Warszawie przy ul. Trębacka 3 (garaż).

wraz z obsługą recepcji i portierni, mieszczącej się w budynku przy ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 w Warszawie oraz recepcji w budynku przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w Warszawie (zamówienie gwarantowane) oraz w ramach prawa opcji 1000 godzin dodatkowych za pełnienie dodatkowej ochrony (zamówienie opcjonalne). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 4 oraz projektowane postanowienia umowy, tj. Załącznik Nr 5.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania nw. aspektów: Zatrudnienie osób na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Ustawy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca/Podwykonawca zatrudniał na umowę o pracę przez cały okres realizacji*

zamówienia osoby wykonujące czynności przy realizacji świadczenia usług ochrony osób i/lub mienia wraz z osobami obsługi recepcji i portierni, Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia ww. osób na warunkach określonych w postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik Nr 5 do SWZ. Zamawiający wymaga by każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony była świadczona wyłącznie na podstawie umowy o pracę.

Aspekt społeczny – promocja godnej pracy. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizując świadczenie zatrudnienia osób na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp stosował co najmniej stawki najniższego wynagrodzenia za pracę oraz stawki godzinowe przez cały czas trwania umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami dot. Wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej - Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Wykonawca będzie zobowiązany do przestrzegania minimalnych stawek najniższego wynagrodzenia oraz stawki godzinowej, przez cały okres trwania umowy uwzględniając każdorazowo zmiany przepisów w zakresie zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej.

Izba ustaliła, że umowa będzie obowiązywać od dnia jej zawarcia do dnia 03.02.2025 r., jednakże termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia rozpocznie się w dniu 04.02.2023 r. Termin realizacji zamówienia: przez okres 24 miesięcy od daty rozpoczęcia świadczenia usługi, tj. od dnia 04.02.2023 r. do dnia 03.02.2025 r. Wykonawca rozpocznie realizację przedmiotu umowy w dniu 04.02. 2023 r. od godz. 00:00.

Zgodnie z Rozdziałem 11 SWZ wykonawca poda cenę za realizację niniejszego zamówienia w Formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 2 do SWZ. Cenę oferty/ceny jednostkowe należy obliczać uwzględniając całość wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie Umowy. Cena oferty/ceny jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji zamówienia.

Zamawiający w Formularzu Ofertowym oczekiwał wskazania przez wykonawcę oferowanej stawki za jedną roboczogodzinę (brutto, w PLN), w poszczególnych pozycjach (Posterunek od nr 1 do nr 11 oraz dodatkowo poz. 12 – usługa ochrony w wymiarze 1000 godzin jako prawo opcji). Suma kosztów usługi w okresie realizacji umowy, dla pozycji od 1 do 12, stanowi łączną cenę oferty brutto.

Zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 1 Wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SWZ), wynagrodzenie należne Wykonawcy za realizację usług objętych przedmiotem umowy jest

płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do cen wskazanych przez wykonawcę za poszczególne Posterunki (od 1 do 11).

Dnia 21 października 2022 r. do Zamawiającego wpłynęło pytanie dotyczące treści SWZ o następującym brzmieniu: *Czy Wykonawca kalkulując cenę oferty ma przyjąć minimalne wynagrodzenie za pracę zgodnie z ogłoszonym Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. tj.: • Od dnia 1 stycznia 2023 r. 3490 zł. • Od dnia 1 lipca 2023 r. 3600 zł.*

W dniu 24 października 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie w następujący sposób: *Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert.*

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 7 października 2022 r. na kwotę 4 916 480,00 zł. Do upływu terminu składania ofert (4 listopada 2022 r.) w postępowaniu wpłynęło 10 ofert:

1. Konsorcjum firm Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o, Impel Provider Sp. z o.o., Impel FM Partner Sp. z o.o. oraz Impel Technical Security Sp. z o.o., z ceną całkowitą brutto 5 846 638,56 zł;
2. Konsorcjum firm STEKOP S.A. oraz STEKOP OCHRONA Sp. z o.o., z ceną całkowitą brutto 5 934 265,90 zł;
3. Konsorcjum firm: MJK Sp. z o.o., MATPOL GRUPA Sp. z o.o. oraz MATPOL GRUPA BIS Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 5 863 152,00 zł;
4. Konsorcjum firm: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony K. Security sp. Z o.o. z ceną całkowitą brutto 6 247 872,08 zł;
5. Konsorcjum firm: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o. oraz Vigor Security Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 6 050 709,00 zł;
6. Konsorcjum firm: „APGG” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED” PLUS A. P. Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 4 790 400,00 zł
7. Konsorcjum firm: Basma Security Sp. z o.o. oraz Cerber Ochrona Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 5 592 639,20 zł;
8. Konsorcjum firm: Solid Security Sp. z o.o. oraz Solid Sp. z.o.o. z ceną całkowitą brutto 5 875 053,76 zł;
9. Konsorcjum firm: Sign 4 Security Sp. z o.o., Sign Polska Sp. z o.o., Sign Polska Sp. z o.o. Sp. K. z ceną całkowitą brutto 4 578 860,09 zł;
10. Atos Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 6 184 373,40 zł.

Zamawiający wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 6 047 270,40 zł brutto.

Jak wynika z Formularza Oferty Przystępującego, wykonawca ten zaoferował cenę jednej roboczogodziny brutto w wysokości 29,90 zł (Posterunki 1-4 oraz 7-8, 10-11, a także pozycja 12) oraz 28,65 zł (Posterunki 5, 6, 9). Jak wynika z Formularza Oferty APGG, wykonawca ten zaoferował cenę jednej roboczogodziny brutto w wysokości 31,50 zł (Posterunki 1-4 oraz 7-8, 10-11) oraz 30,95 zł (Posterunki 5, 6, 9), zaś w pozycji nr 12 cenę 30,13 zł. Jak wynika z Formularza Oferty Odwołującego, wykonawca ten zaoferował cenę jednej roboczogodziny brutto w wysokości 36,47 zł (Posterunki 1-4 oraz 6-8, 10-12) oraz 36,89 zł (Posterunki 5, 9).

Izba ustaliła, że Zamawiający ostatecznie nie wzywał Przystępującego oraz APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwołujący podnosił, że zarówno ceny łączne, jak i ceny za jedną roboczogodzinę (brutto, PLN) usług ochrony osób i mienia zaoferowane w ofertach SIGN i APGG wydają się

rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, budzą wątpliwości i powinny podlegać weryfikacji na etapie badania i oceny ofert.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Bezsporną okolicznością jest to, iż nie zaszły podstawy do wezwania Przystępującego i APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem cena Przystępującego oraz APGG nie jest niższa ani o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, ani od średniej arytmetycznej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Izba ustaliła, że różnice w cenach oscylują w przedziale ok. 4 - 24%, w tym różnica w cenie za realizację zamówienia wynikająca z porównania ofert Przystępującego i Odwołującego kształtuje się na poziomie ok. 18%.

Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Powyższe potwierdza również art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług*. Zatem, warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie

u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

W okolicznościach sprawy to nie Zamawiający ma wątpliwości co do stawek zaoferowanych przez Przystępującego oraz APGG, a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, iż przedmiotem wyjaśnień winny być stawki zaoferowane przez Przystępującego oraz APGG i winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego oraz APGG do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do realności jakiegokolwiek elementu ceny oferty Przystępującego oraz APGG.

Odwołujący upatruje podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny podnosząc, że w jego ocenie wydaje się ona rażąco niska, czego dowodem mają być zestawienia tabelaryczne przygotowane przez Odwołującego. Przedstawione kalkulacje nie przekonały składu orzekającego, bowiem prezentowane wyliczenia stanowią jedynie alternatywną możliwość skalkulowania oferty, jednakże nie dowodzą, że cena zaoferowana przez Przystępującego czy APGG jest rażąco niska, a zaoferowane ceny przez innych wykonawców mogą wynikać z innych kosztów pracy czy też z innego założonego przez tych wykonawców zysku generowanego na kontrakcie.

Izba zwraca uwagę, że zarzut oparty na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu wynikającego z art. 537 ustawy, co oznacza, że to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do realności cen

zaoferowanych. Odwołujący wykazał, że różnice w cenach rzeczywiście występują, ale nie wykazał, że takie różnice powinny powodować wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty Przystępującego oraz wykonawcy APGG obiektywnie nie można zrealizować zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Co do argumentacji Odwołującego o wzroście wynagrodzenia i stawki minimalnej, to Izba zauważa, że oferty powinny być oceniane na moment ich złożenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawodawca przewidział obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w kontraktach dłuższych niż 12 miesięcy i taka waloryzacja bez okresu karencji została przez Zamawiającego przewidziana w §12 wzoru umowy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w jaki sposób wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę czy też minimalnej stawki godzinowej przekładałby się na rażące zniżenie ceny ofertowej Przystępującego oraz wykonawcy APGG.

Zdaniem składu orzekającego istotną okolicznością dla sprawy było również udzielenie odpowiedzi na pytanie w następujący sposób: *Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert.* Co istotne, wyjaśnienia do SWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zarówno zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto, przekazując wyjaśnienia do SWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofert.

Zatem, skoro termin składania ofert został wyznaczony na 4 listopada 2022 r., to w dniu składania ofert obowiązywało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Zresztą, jak słusznie zauważył Przystępujący, ww. odpowiedź Zamawiającego jest zgodna z zasadami prawa. Jak wskazuje G. Wierczyński *Ustalając podstawowe i powszechnie przyjęte znaczenie zwrotów „wejścia w życie aktu normatywnego” i „uzyskania mocy obowiązującej przez normy prawne” na potrzeby stosowania tych zwrotów w języku prawnym, należy zatem sięgnąć do słownika języka polskiego. Zgodnie z definicjami słownikowymi w języku polskim „obowiązujący” oznacza tyle, co „mający moc prawną, ważny”, a obowiązywać — „być czymś obowiązkiem; być powszechnie uznaną zasadą, zwyczajem, prawem; mieć moc prawną”* Ponieważ definiowanie określenia „obowiązujący” jako posiadanie mocy prawnej niewiele wyjaśnia, pozostaje definiowanie tego określenia jako „bycie czymś obowiązkiem”. Takie rozumienie wydaje się być też najbardziej intuicyjne dla przeciętnego odbiorcy. Tak więc w najprostszym

znaczeniu obowiązywanie norm prawnych rozpoczyna się z momentem, od którego adresaci tych norm mają obowiązek zachowywać się zgodnie z nimi, a więc z momentem wejścia w życie aktu normatywnego, w którym normy te zostały zawarte. (G. Wierczyński „Obowiązywanie” a „wejście w życie” - uwagi polemiczne, Państwo i Prawo 2/2007)

Rozporządzenie dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku weszło w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2023 roku. Tym samym na dzień składania ofert nie były to obowiązujące przepisy, co też potwierdza powyżej cytowane stanowisko G. Wierczyńskiego. Odpowiedź Zamawiającego zatem nie daje pola do jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, że na dzień składania ofert ww. zasady dotyczące wynagrodzeń w 2023 roku nie obowiązywały, tym samym nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że nie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Izba zwraca także uwagę, że wykonywane zamówienie nie jest rozliczane według stawek roboczogodziny, a według wynagrodzenia miesięcznego (osoby dedykowane do realizacji zamówienia będą zatrudnione na umowę o pracę, w związku z czym należy odnosić się do minimalnej miesięcznej płacy należnej takiej osobie).

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać od Przystępującego oraz APGG wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji powyższej argumentacji zarzut z odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Tym samym Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: