

Sygn. akt: KIO 241/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez PL.2012+ Sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Strabag PFS Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 241/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi obsługi technicznej PGE Narodowego w Warszawie”, nr referencyjny: WZ/V/49/2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.11.2023 r. pod nr 2023/S 212-668923 przez **PL.2012+ sp. z o.o., al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**, zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 22.01.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca **FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zwany dalej także „Odwołującym”, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Strabag PFS Sp. z o.o. w Pruszkowie** (dalej: „Strabag”), wobec zaniechania odrzucenia oferty Strabag oraz wobec zaniechania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz treści oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej w zakresie wszystkich jej składników, tj. w zakresie:

- (1) wynagrodzenia ryczałtowego za obsługę techniczną oraz administrowanie,
- (2) wynagrodzenia za dodatkową obsadę osobową imprez całostadionowych zgodnie z pkt 5.4.2. umowy w sprawie zamówienia oraz
- (3) wynagrodzenia z tytułu dostawy części eksploatacyjnych:

pomimo iż wskazane pozycje cenowe wydają się być rażąco zaniżone, w szczególności są znacząco niższe od zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, zaś wskazana w ofercie Strabag stawka za jedną osoboroboczegodzinę dodatkowej obsady imprez całostadionowych nie uwzględnia rzeczywistych kosztów pracy ustalonych zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawy – Kodeks pracy – co podważa prawidłowość kalkulacji kosztów pracy również w wynagrodzeniu ryczałtowym

za obsługę techniczną oraz administrowanie i tym samym świadczy o konieczności odrzucenia oferty Strabag jako oferty rażąco niskiej, względnie może świadczyć o niedozwolonym przeniesieniu części kosztów pracy z tytułu zapewnienia dodatkowej obsługi do ryczałtowego składnika wynagrodzenia, co świadczyłoby o złożeniu przez Strabag oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; a ponadto na niezwykle niskim poziomie zostały

ustalone w załączonym do oferty Strabag wykazie części eksploatacyjnych ceny za: oprawę ewakuacyjną GuideLed 11022 CG-S (poz. 5), moduł DLS/3PH-bus CEAG (poz. 6), zamiennik 230/480 ZIR 200 AS 2L (poz. 51), źródło metalohalogenowe HQI-TS 400W W/D PRO

(poz. 55) oraz źródło metalohalogenowe HQITS 250W (poz. 56), co również może świadczyć o zaniżeniu całkowitej ceny ofertowej lub złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj.:

a. sposobu ustalenia i ujęcia w zaoferowanej cenie jednostkowej za osoboroboczogodzinę dodatkowej obsługi imprez całostadionowych kosztów pracy ponoszonych w ramach zapewnienia ww. obsługi dodatkowej, pomimo iż cena ta została zaoferowana na tak niskim poziomie, że istnieje ryzyko:

i. niezgodności oferty złożonej przez Strabag z przepisami ustawy Pzp, Kodeksu Pracy oraz z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazanymi w pkt 4 poniżej,

ii. niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. z pkt 22.2 SWZ nakazującym uwzględnienie w cenach jednostkowych wszystkich kosztów realizacji prac,

iii. złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na stosowaniu tzw. inżynierii cenowej, przejawiającej się w zaniżeniu cen odnoszących się do świadczenia rozliczanego wynagrodzeniem wypłacanym obmiarowo (a przez to niepewnym co do wysokości) przy jednoczesnym podwyższeniu ceny objętej wynagrodzeniem ryczałtowym, pewnym co do wysokości (przeniesieniu kosztów czynności rozliczanych obmiarowo do cen rozliczanych ryczałtowo),

b. uwzględnienia w wynagrodzeniu za dostawę opraw ewakuacyjnych GuideLed 11022 CG-S (poz. 5), modułów DLS/3PH-bus CEAG (poz. 6), zamienników 230/480 ZIR 200 AS 2L (poz. 51), źródeł metalohalogenowych HQI-TS 400W W/D PRO (poz. 55) oraz źródeł metalohalogenowych HQI-TS 250W (poz. 56) kosztów nabycia tychże części eksploatacyjnych, w sytuacji gdy zaoferowane w wykazie części eksploatacyjnych ceny za ich dostawę zostały oferowane przez Strabag na nadzwyczaj niskim poziomie, co również może świadczyć o:

i. niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. z pkt 22.2 SWZ nakazującym uwzględnienie w cenach jednostkowych wszystkich kosztów realizacji prac,

ii. złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na zaniżeniu składnika ceny rozliczanego obmiarowo (niepewnego) i przeniesieniu kosztów zakupu ww. materiałów do składnika wypłacanego ryczałtowo (a więc pewnego i stałego);

względnie, w razie uznania, że nie zachodzą przesłanki do wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie:

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Strabag, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się rażącym zaniżeniem, cen jednostkowych rozliczanych obmiarowo z tytułu

(1) wynagrodzenia ryczałtowego za obsługę techniczną oraz administrowanie,

(2) wynagrodzenia za dodatkową obsadę osobową imprez całostadionowych zgodnie z pkt 5.4.2. umowy w sprawie zamówienia oraz

(3) wynagrodzenia z tytułu dostawy części eksploatacyjnych i nie uwzględnieniem w ww. cenach pełnych kosztów realizacji objętych nimi świadczeń przy jednoczesnym zawyżeniu ceny w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego za obsługę techniczną i administrowanie celem uzyskania korzystnej punktacji w ramach kryterium cenowego przy założeniach przyjętych w SWZ co do pełnego wykorzystania przewidzianej tam puli godzin dodatkowej obsady w czasie imprez całostadionowych oraz zapotrzebowania na zakup części eksploatacyjnych dostarczanych przez Strabag, przy jednoczesnej maksymalizacji zysku

w sytuacji, gdy rzeczywista ilość wykorzystanych osoboroboczogodzin dodatkowej obsady w trakcie imprez oraz części eksploatacyjnych wykorzystanych przy realizacji zamówienia okaże się mniejsza, aniżeli wskazana w SWZ;

4. art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, pomimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z pkt 22 ust. 3 specyfikacji warunków zamówienia, z przepisami ustawy, tj. art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp oraz art.10

§ 2, art. 13, art. 183c § 1 i 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465, ze zm.; dalej: „KP” lub „k.p.”) oraz art. 6 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207, ze zm.; dalej: „ustawa MWP”) w zw. z § 1 i 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893; dalej: „Rozporządzenie”), a nadto

jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10 § 2, art. 13, art. 183c § 1 i 2 KP, art. 6 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy MWP oraz § 1 i 3 Rozporządzenia, gdyż zaoferowana przez Strabag cena za jedną osoboroboczogodzinę świadczenia dodatkowej obsługi imprez całostadionowych nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z zapewnieniem tej obsługi, w tym przede wszystkim rzeczywistych kosztów pracy, a nadto nie zapewnia możliwości wypłacenia pracownikom wynagrodzenia za pracę w wysokości wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz uwzględniającej wszystkie wymagania określone w kodeksie pracy, w tym związane z zapewnieniem zastępstwa w czasie urlopu, zwolnień lekarskich oraz wszelkich dodatków i innych świadczeń wypłacanych na równych warunkach pracownikom Strabag, zaś zaoferowana przez Strabag cena za dostawę części eksploatacyjnych nie pokrywa wszystkich kosztów zakupu opraw ewakuacyjnych GuideLed 11022 CG-S (poz. 5), modułów DLS/3PH-bus CEAG (poz. 6), zamienników 230/480 ZIR 200 AS 2L (poz. 51), źródeł metalohalogenowych HQI-TS 400W W/D PRO (poz. 55) oraz źródeł metalohalogenkowych HQI-TS 250W (poz. 56).

Podnosząc wyżej wymienione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wszystkich jej składników, w tym w szczególności uwzględnienia kosztów pracy w ramach podstawowej obsługi technicznej oraz dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, wraz ze szczegółowym wykazaniem wysokości składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (w tym udowodnieniem składki wypadkowej), PPK, wszelkich dodatków, premii i nagród, świadczeń związanych z ubezpieczeniem na życie, prywatną opieką medyczną i abonamentem na świadczenia sportowe, odzieży roboczej, badań lekarskich, absencji chorobowych oraz urlopu wypoczynkowego oraz z udowodnieniem zatrudnienia pracowników w zamian za założone wynagrodzenie za pracę,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. w zakresie:
 - a. wskazania, czy w cenie jednostkowej za osoboroboczogodzinę dodatkowej obsługi w trakcie imprez całostadionowych zostały uwzględnione pełne koszty pracy i w jakiej wysokości,
 - b. wskazania czy w cenie za dostawę części eksploatacyjnych zostały uwzględnione pełne koszty zakupu ww. części, w szczególności zakupu ewakuacyjnych GuideLed 11022 CG-S (poz. 5), modułów DLS/3PH-bus CEAG (poz. 6 wykazu części eksploatacyjnych),

zamienników 230/480 ZIR 200 AS 2L (poz. 51 wykazu części eksploatacyjnych), źródeł metalohalogenowych HQI-TS 400W W/D PRO (poz. 55 wykazu części eksploatacyjnych) oraz źródeł metalohalogenowych HQITS 250W (poz. 56 wykazu części eksploatacyjnych), względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego w pkt 3 i 4 powyżej,

5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Strabag.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. zobowiązanie Strabag do przedstawienia posiadanego przezeń dokumentu potwierdzającego wysokość stosowanej w spółce Strabag składki na ubezpieczenie wypadkowe, w szczególności otrzymanego z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zawiadomienia o wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe oraz o przeprowadzenie i dopuszczenie dowodu z ww. dokumentu na okoliczność ustalenia, czy wskazana w ofercie Strabag cena jednostkowa za osoboroboczogodzinę dodatkowej obsługi w czasie imprez całostadionowych pozwala na pokrycie całości kosztów związanych z zapłatą wynagrodzenia pracowników Strabag, w tym składki na ubezpieczenie wypadkowe w pełnej wysokości,

2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Zamawiający w dniu 23.01.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopia odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) w dniu 26.01.2024 r. wykonawca **Strabag PFS Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków**, zwany dalej „Przystępującym”.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Strabag PFS Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków.

W dniu 12.02.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 13.02.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy w szczególności:

1) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył dowody:

1. porównanie kosztów pracy na okoliczność wykazania, że część kosztów personelu dodatkowego musiała być uwzględniona w kwocie ryczału za obsługę podstawową (w załączeniu podaje wyliczenie etatów),

2. dodatkowe koszty imprezy na okoliczność dodatkowych kosztów, które powinny być uwzględnione w osoboroboczogodzinie za obsługę wydarzeń,
 3. zestawienie godzin obsługi dodatkowej w roku 2023 na okoliczność potwierdzenia założeń wyliczenia kosztów dodatkowych i prawdopodobieństwa przesunięcia kosztów do wartości ryczałtowej,
 4. raporty płacowe na okoliczność realnych kosztów rynkowych wynagrodzenia osób realizujących obsługę dodatkową,
 5. tabela - zestawienie urządzeń eksploatacyjnych części zamiennych wraz z załącznikami w postaci ofert (4 dokumenty łącznie) na okoliczność zaniżenia kosztów materiałów eksploatacyjnych jak w zarzutach odwołania; złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i fakturę;
- 2) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, nie złożył wniosku kosztowego;
 - 3) Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, złożył dowód - ofertę na okoliczność, że kalkulacja ceny odnośnie materiałów eksploatacyjnych wynika z oferty poddostawcy i oznaczone zostały sporne pozycje kolorem żółtym.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, złożone na rozprawie. Izba postanowiła odmówić na podstawie art. 541 ustawy Pzp przeprowadzenia dowodu na wniosek Odwołującego w odwołaniu - zobowiązania Strabag do przedstawienia posiadanego przezeń dokumentu potwierdzającego wysokość stosowanej w spółce Strabag składki na ubezpieczenie wypadkowe, w szczególności otrzymanego z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zawiadomienia o wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe oraz przeprowadzenia i dopuszczenia dowodu z ww. dokumentu na okoliczność ustalenia, czy wskazana w ofercie Strabag cena jednostkowa za osoboroboczogodzinę dodatkowej

obsługi w czasie imprez całostadionowych pozwala na pokrycie całości kosztów związanych z zapłatą wynagrodzenia pracowników Strabag, w tym składki na ubezpieczenie wypadkowe w pełnej wysokości z uwagi na to, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na art. 555 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (przez co rozumie się także okoliczności faktyczne), a więc co do podniesionych przez Odwołującego dopiero na rozprawie - w odniesieniu do kalkulacji ceny za obsługę dodatkową zatrudnionych na podstawie umowy zlecenie, czy w odniesieniu do niespełnienia wymagań SWZ w kontekście odpowiedzi na pytanie nr 10 i nr 64 do SWZ, na co szczegółowo Izba wskazuje niżej. Te bowiem zarzuty nie znalazły się w treści odwołania.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, podlegających rozpoznaniu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców: Strabag PFS Sp. z o.o., Impel Synergies Sp. z o.o. oraz Odwołujący, którzy zaoferowali następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- 1) Strabag PFS Sp. z o.o.: cena całkowita brutto: 9 661 971,70 zł, ryczałt za obsługę techniczną brutto: 7 515 840 zł, imprezy całostadionowe brutto: 38,13 zł, cena za dostawę części eksploatacyjnych brutto: 1574 181,70 zł;
- 2) Impel Synergies Sp. z o.o. : cena całkowita brutto: 10 123 799,97 zł, ryczałt za obsługę techniczną brutto: 7 620 977,88 zł, imprezy całostadionowe brutto: 61,50 zł, cena za dostawę części eksploatacyjnych brutto: 1 580 322,09 zł;
- 3) Odwołujący: cena całkowita brutto: 14 871 495,76 zł, ryczałt za obsługę techniczną brutto: 11 169 694,92 zł, imprezy całostadionowe brutto: 108,24 zł, cena za dostawę części eksploatacyjnych brutto: 2 078 200,84 zł.

Na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia:

- 1) Część IV „Zasady przygotowania oferty” pkt 22. „Sposób obliczenia ceny oferty” ppkt 2, 3, 4 i 6:
„2. W kalkulacji ceny należy uwzględnić:

- a) kwotę wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia stanowiącą iloczyn ryczałtowej stawki miesięcznej i 12 miesięcy założonego terminu realizacji zamówienia,
 - b) stawkę za osoboroboczogodzinę pracy pracownika wykonawcy podczas dodatkowej obsady pełniącej dyżur podczas trwania imprez całostadionowych,
 - c) kwotę wynagrodzenia za dostawę części eksploatacyjnych.
3. Kwoty podane w ramach wymogów wskazanych w pkt. 22.2. muszą uwzględniać wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający.
4. Podana przez Wykonawcę stawka osoboroboczogodziny będzie obowiązywała przy rozliczeniu za wykonanie, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zawartymi w niniejszej SWZ oraz Projektowanych postanowieniach umowy. Rozliczenie następować będzie w okresach miesięcznych, jako iloczyn godzin realizacji zamówienia i stawki osoboroboczogodziny.
6. Zapłata nastąpi zgodnie z warunkami przedstawionymi w treści Projektowanych postanowień umowy.”;
- 2) Opisu Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 1 do SWZ, pkt 3.7:
„3.7. Zadania i obowiązki związane z przygotowaniem i obsługą Wydarzeń rozwinięcie pkt 1.2.7.c.
Przygotowanie i zapewnienie dodatkowej (zwiększonej ilości personelu) fachowej obsady podczas przygotowania i trwania wydarzeń na PGE Narodowym - w okresie uzgodnionym z Zamawiającym. Regułą jest informowanie Wykonawcy o konieczności zapewnienia dodatkowych techników z co najmniej z 4-ro dniowym wyprzedzeniem. Informacja będzie zawierać liczbę potrzebnych osób oraz czas ich zaangażowania. Zamawiający zastrzega sobie w uzasadnionych przypadkach odstąpienie od tej reguły.”;
- 3) Projektowanych postanowień umowy – Załącznik nr 7 do SWZ, w rozdziale 4. „Ogólne obowiązki Stron, Warunki realizacji Przedmiotu Umowy” w pkt 4.24:
„4.24. Wykonawca zobowiązuje się zaangażować do wykonania Przedmiotu Umowy osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, z wyłączeniem osób sprawujących dyżur podczas trwania Wydarzeń, jak i o ograniczonym obszarze, o których mowa w punkcie 3.7 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy. Warunek zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy także podwykonawców i dalszych podwykonawców.”.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wyjaśnił treść SWZ w dniu 06.12.2023 r., w szczególności na:

- 1) „Pytanie nr 10 Dotyczy pkt. 3.7.2. Zasady rozliczania i zapewnienia dodatkowej/zwiększonej/ilności personelu Wykonawcy Dodatkowa obsada; skład

zespołu, sposób dysponowania personelem. Czy Zamawiający dopuszcza realizację zadań w ramach dodatkowego personelu we współpracy Wykonawcy z Podmiotem Zewnętrznym lub wyłącznie własnym personelem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę ?

Odpowiedź: Dodatkowy personel Wykonawcy dedykowany do obsługi Wydarzeń powinien być złożony z pracowników Wykonawcy, znających obiekt, topografię obiektu oraz infrastrukturę. Posiadającym umiejętność komunikacji w zakresie technicznym w języku polskim.”;

2) „Pytanie nr 64 Zasady organizacji imprez masowych:

a) Jakie są procedury i wymagania dot. Dodatkowego personelu?

b) Jakie stanowiska muszą być zawarte każdorazowo w takim zespole?

c) Jakie są procedury zgłaszania awarii podczas imprezy masowej?

Odpowiedź: Zgodnie z poniższym:

a) przygotowanie i zapewnienie dodatkowej (zwiększonej ilości personelu) fachowej obsady podczas przygotowania i trwania wydarzeń na PGE Narodowym (technicy z doświadczeniem opisanym w SWZ rozdział dot. Obsługi bieżącej, osoby znające obiekt i infrastrukturę techniczną). Zamawiający poinformuje Wykonawcę z kilkudniowym wyprzedzeniem o konieczności zorganizowania dodatkowego personelu;

b) każdorazowo w zespole muszą być osoby o umiejętnościach ogólnotechnicznych elektrycy, automatycy hydraulicy, mechaniczy;

c) podczas Wydarzeń przedstawiciel serwisu technicznego jest obecny na miejscu i informowany na bieżąco o awariach, usterkach, potrzebach dot. Wydarzenia drogą telefoniczną, elektroniczną lub radiową.”.

Na podstawie:

1) ustawy Pzp:

a) art. 223 ust. 1:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”,

b) art. 224 ust. 1:

„1. 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.”,

c) art. 226 ust. 1 pkt 3,4,5 i 7:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;”;

2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233):

a) art. 3 ust. 1: „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”,

b) art. 15 ust. 1:

„ 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;

3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.”.

Spór dotyczył tego, czy Zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie kalkulacji ceny oferty Przystępującego, w szczególności w zakresie ceny za osoboroboczogodzinę

z tytułu zapewnienia dodatkowej obsady w trakcie imprez całostadionowych i czy wykonawca winien zatrudniać pracowników na umowę o pracę przy wykonywaniu obsługi imprez.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 ustawy Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień ceny oferty.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, że występuje przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, postawił zarzut zaniechania zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Dla wszczęcia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp konieczne jest powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do rażącego zaniżenia ceny oferty, tj. nie wystarczy, że cena jest niska, lecz musi być rażąco niska, lub co do możliwości wykonania za zaoferowaną cenę zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dla wykazania zasadności zarzutu naruszenia zarzucanego przepisu konieczne było wykazanie przez Odwołującego, ponieważ to na nim spoczywał ciężar dowodu, że w okolicznościach postępowania zaistniały podstawy do powzięcia wątpliwości i w związku z tym Zamawiający był zobowiązany do wezwania Przystępującego do wyjaśnień ceny oferty.

Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał skutecznie zasadności zarzutów odwołania.

Odnosnie zarzutu 1 odwołania - naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (podany wyżej), w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „Odwołujący szczegółowo przeanalizował ceny zaoferowane przez Strabag i doszedł do wniosku, że mogły one zostać skalkulowane w sposób nieprawidłowy. Wątpliwości budzi przede wszystkim wysokość zaoferowanej przez Strabag ceny jednostkowej za osoboroboczo godzinne z tytułu zapewnienia dodatkowej obsady w trakcie imprez całostadionowych – która według obliczeń Odwołującego nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów wypłacenia pracownikom minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie wspominając nawet o wynagrodzeniu realnym (rynkowym) oraz o ponoszonych w rzeczywistości kosztach pozapłacowych – takich jak związane z zapewnieniem i utrzymaniem odzieży roboczej, zapewnieniem szkoleń i innych świadczeń.

1.1. zaniżenie ceny jednostkowej za dodatkową obsługę imprez całostadionowych
Zaproponowana przez Strabag cena jednostkowa na poziomie 38,13 zł brutto obejmuje należny podatek VAT ustalany według stawki 23%. Mając na uwadze, że podatek ten nie stanowi przychodu wykonawcy (musi być odprowadzony do Urzędu Skarbowego), na pokrycie kosztów realizacji zamówienia w zakresie zapewnienia dodatkowej obsługi imprez

całostadionowych Strabag będzie mógł przeznaczyć wynagrodzenie pomniejszone o kwotę tego podatku. W konsekwencji, na pokrycie kosztów zapewnienia obsługi imprez całostadionowych Strabag będzie mógł przeznaczyć otrzymane z tego tytułu wynagrodzenie netto, ustalone według stawki jednostkowej w wysokości 31 zł ($38,13 / 1,23 = 31$ zł). Tak ustalona stawka wynagrodzenia nie pozwoli na pokrycie kosztów wynikających z wypłaty samego tylko wynagrodzenia minimalnego za pracę, tym bardziej również kosztów wynikających z konieczności zapewnienia pracownikom obowiązkowych świadczeń (ubranie robocze, badania lekarskie), absencji spowodowanej chorobami oraz związanej z urlopami wypoczynkowymi, a także dodatkowych świadczeń realizowanych na rzecz pracowników przez Strabag, nie wspominając już o wynagrodzeniach, które realnie są wypłacane pracownikom o takich kwalifikacjach.

1.1.1. Brak uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów wynikających z zapłaty minimalnego wynagrodzenia za pracę

Przyjmując jako punkt wyjściowy dla obliczeń kosztów jednej roboczogodziny wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2024 r. określonego w Rozporządzeniu, tj. odpowiednio:

- 4 242,00 zł brutto w I półroczu (od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r.),
- 4 300,00 zł brutto w II półroczu (od 1 lipca do 31 grudnia 2024 r.),

koszt samego tylko wynagrodzenia zasadniczego wypłacanego pracownikowi za godzinę pracy przekroczy ww. kwotę 31 zł.

Aby przeliczyć koszt ponoszony z tytułu zatrudnienia pracownika na roboczogodzinę konieczne jest ustalenie, jaka jest średnia liczba roboczogodzin miesięcznie w okresie, dla którego wynagrodzenie jest ustalane. Liczba godzin pracy w poszczególnych miesiącach nie jest stała - jest ona uzależniona od tego, ile w danym miesiącu jest dni roboczych. W roku 2024 liczby dni roboczych oraz godzin pracy przedstawiają się w sposób następujący: *[podaje tabelę]*

Oznacza to, że samo tylko wynagrodzenie minimalne brutto w przeliczeniu na godzinę pracy wyniesie:

- w pierwszym półroczu 2024 r.: $4\,242\text{ zł} / 165,333333\text{ h} = 25,6573\text{ zł}$
- w drugim półroczu 2024 r.: $4\,300\text{ zł} / 169,333333\text{ h} = 25,3937\text{ zł}$

Koszt, jaki poniesie pracodawca z tytułu zatrudnienia pracownika uzyskującego minimalne wynagrodzenie za pracę będzie jednak wyższy – pracodawca musi bowiem dodatkowo uiścić do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne

i zdrowotne, tj.:

- na ubezpieczenie emerytalne – 19,52% podstawy,
- na ubezpieczenia rentowe – 8,00% podstawy,

- na ubezpieczenie chorobowe – 2,45% podstawy,
- na ubezpieczenie wypadkowe: stopa procentowa jest zróżnicowana i zależy od liczby osób ubezpieczonych oraz branży, w której działa wykonawca (od 0,67% do 3,33% podstawy; w praktyce dla podmiotów takich jak Strabag czy Odwołujący stawkę tę wyznacza Zakład Ubezpieczeń Społecznych - jednak nie będzie ona niższa od stawki 1,40% - stawkę tę przyjęto w dalszej części kalkulacji – przy czym zgłoszony w petitum Odwołania wniosek o zobowiązanie Strabag do przedstawienia dokumentu potwierdzającego wysokość tej stawki pozwoli ustalić ponad wszelką wątpliwość, jaką składkę Strabag w tym zakresie faktycznie odprowadza i tym samym jakie koszty realnie ponosi),
- dodatkowa składka na Fundusz Pracy i Fundusz Solidarnościowy – 2,45% podstawy.

Uzupełnienie wyliczonych powyżej stawek za godzinę pracy (odpowiednio 25.6573 zł i 25.3937 zł) o wskazane składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Solidarnościowy powoduje, że stawki te wzrastają do kwoty przekraczającej wskazaną w ofercie Strabag kwotę 31 zł. Mianowicie, dla stawki wyliczonej dla pierwszego półrocza, koszt godziny pracy pracownika, uwzględniający jedynie wynagrodzenie minimalne brutto oraz obowiązkowe składki uiszczane przez pracodawcę, wyniesie 31.4584 zł: *[podaje tabelę]*

Analogiczny koszt dla półrocza drugiego wyniesie 31.1352 zł: *[podaje tabelę]*

Każda z ww. kwot jest wyższa od stawki za osoboroboczogodzinę obsługi dodatkowej imprez

całostadionowych zaoferowanej przez Strabag – świadczy to w sposób niezbity o zaniżeniu przez wspomnianego wykonawcę ceny jednostkowej oraz o sporządzeniu oferty niezgodnie z przepisami prawa pracy oraz o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Tym niemniej, nawet zaprezentowane powyżej kwoty nie wyczerpują pełnych kosztów Strabag. Nie uwzględniają one bowiem kosztów, jakie wynikają z absencji pracowników: zarówno z uwagi na zwolnienia chorobowe, jak i z uwagi na przysługujące im urlopy. Posługując się powszechnie akceptowaną metodologią stosowaną przez organizacje sektora budownictwa i nieruchomości, w ramach porozumienia mającego na celu określenie minimalnej stawki roboczogodziny i ułatwienia kalkulacji kosztów pracy w zamówieniach (metodologia, kalkulacja oraz dane kalkulacyjne w tym zakresie są dostępne na stronie internetowej Związku Zawodowego "Budowlani" pod adresem <http://zzbudowlani.pl/minimalna-stawka-kalkulacyjnawynagrodzenia-w-budownictwie-w-2023-roku/>), koszt absencji chorobowej należałoby ustalić na kwoty

Dla pierwszego półrocza 2024 r.: *[podaje tabelę]*

Dla drugiego półrocza 2024 r.: *[podaje tabelę]*

Powyższe wyliczenia i informacje stanowią wystarczającą podstawę do tego, aby uznać, że w stanie faktycznym sprawy nie tylko mogło dojść, ale wręcz doszło do zaniżenia przez

Strabag ceny jednostkowej za osoboroboczogodzinę dodatkowej obsady w trakcie trwania imprez całostadionowych.

1.1.2. Brak uwzględnienia w cenie ofertowej innych świadczeń na rzecz pracowników Wyszczególnione powyżej koszty – i tak już przewyższające stawkę wskazaną w ofercie Strabag – należałoby powiększyć o koszty zapewnienia pracownikom odzieży roboczej (co wynika zarówno z wymagań specyfikacji warunków zamówienia, jak i z obowiązujących przepisów bhp), prania tej odzieży (pracownicy przebywający wśród uczestników imprez całostadionowych muszą się prezentować schludnie) oraz obowiązkowych badań lekarskich.

Koszty te, posługując się tożsamą metodologią, oszacować można na dalsze 90 groszy:

Dla pierwszego półrocza 2024 r.: *[podaje tabelę]*

Dla drugiego półrocza 2024 r.: *[podaje tabelę]*

Te minimalne koszty nie uwzględniają przy tym obowiązkowych dodatków wynikających z kodeksu pracy, wpłat pracodawcy na Pracownicze Plany Kapitałowe (które, w przypadku wyboru pracownika, są dla pracodawcy obowiązkowe – a wynoszą co najmniej 1.5% wynagrodzenia zasadniczego brutto – a więc licząc od stawki godzinowej minimalnego wynagrodzenia za pracę dodatkowe 38 groszy), premii oraz nagród czy innych stosowanych przez Strabag świadczeń pracowniczych.

Wskazać również należy, że Strabag zapewnia swoim pracownikom dodatkowe świadczenia - takie jak w szczególności: prywatną opiekę medyczną, ubezpieczenie na życie oraz abonament sportowy (karta multisport).

Dowód: oferta pracy Strabag na stanowisko technika / konserwatora obiektu (źródło: www.pracuj.pl)

W tej sytuacji Strabag nie może z wypłacania takich świadczeń „wyłączyć” pracowników delegowanych do świadczenia obsługi dodatkowej imprez całostadionowych. Takie działanie stanowiłoby przejaw niedozwolonego różnicowania sytuacji pracowników (dyskryminację) w zakresie wynagrodzenia i byłoby na mocy art. 183c § 1 – 3 k.p. niedopuszczalne. Przepisy te nakazują bowiem pracodawcy zapewnić pracownikom jednakowe wynagrodzenie za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości, przy czym owo jednakowe wynagrodzenie obejmować powinno wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub w innej formie niż pieniężna.

Mając na uwadze fakt, że kwalifikacje zawodowe, odpowiedzialność i wysiłek wymagane od pracowników delegowanych do zapewnienia dodatkowej obsługi imprez całostadionowych są porównywalne do tych, które są wymagane od osoby poszukiwanej przez

Strabag na stanowisko technika / konserwatora obiektu zgodnie z przedstawioną w załączeniu ofertą

zatrudnienia (niewykluczone, że Strabag poszukuje obecnie pracownika do obsługi PGE Narodowego w związku z wyborem jego oferty w Postępowaniu), prace te muszą być uznane za jednakowe w rozumieniu art. 183c § 1 i 3 k.p. Oznacza to, że zgodnie z art. 183c § 1 k.p. wszystkie świadczenia realizowane na rzecz takich pracowników również powinny być

w jednakowy sposób uiszczane również na rzecz pracowników skierowanych do dodatkowej obsługi imprez całostadionowych – a ich koszt winien zostać uwzględniony w zaoferowanej przez Strabag stawce za osoboroboczo godzinę takiej obsługi.

Faktycznie zaoferowana stawka na poziomie 31 zł netto z całą pewnością ww. kosztów nie uwzględnia.

1.1.3. Nieuwzględnienie rzeczywistych kosztów zatrudnienia

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że wszystkie zaprezentowane powyżej wyliczenia zostały oparte na zupełnie nieprawdopodobnym (a skrajnie korzystnym dla Strabag) założeniu, że zatrudni on wszystkich pracowników dodatkowej obsługi imprez całostadionowych w zmian za minimalne wynagrodzenie za pracę. Tymczasem pracownicy, którzy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego mieliby realizować taką obsługę, muszą nie tylko posiadać doświadczenie w obsłudze urządzeń i instalacji znajdujących się na terenie PGE Narodowego, ale również posiadać odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia. W praktyce zespół takich pracowników musi się składać z osób o specjalizacjach takich jak:

- Technik Obiektu / Technik Obsługi Obiektu
- Konserwator Obiektu,
- Pracownik techniczny,
- Elektryk,
- Hydraulik,
- Mechanik,
- Automatyk.

Osoby takie, w szczególności w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia (Warszawa) osiągają wynagrodzenie znacząco wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Okoliczność tę potwierdzają w szczególności dostępne na stosownych portalach internetowych ogłoszenia o pracę dla ww. pracowników wykonujących wspomniane zawody - które w przeważającym zakresie zakładają wypłatę wynagrodzenia na poziomie od 5 000 zł do 7 000 zł brutto. Poniżej Odwołujący przedstawia przykładowe zestawienie ofert pracy w tym zakresie:

- Praca Technik obiektu, BERKER DOMINIS Sp. z o.o. właściciel marki pracownicybudowlani.pl, Warszawa (pracuj.pl)- 5.000 – 8.000 zł brutto/mies
- Praca Pracownik obsługi technicznej, STREFA RUCHU KSIĄŻENICE sp. z o.o., Książenice (pow. grodziski), Młodości 6 (pracuj.pl) 4.500 – 5.500 brutto/mies

- Praca Technik konserwator, Less Mess Storage Sp. z o.o., Warszawa, Aleja Krakowska 271 (pracuj.pl) – 5.800 – 7200 zł brutto / mies
- Praca Konserwator budynków mieszkalnych, ML TECHNIKA sp. z o.o., Warszawa (pracuj.pl) 35 zł – 45 zł brutto/ godz
- Praca Konserwator budynków mieszkalnych, COMFORT SYSTEMS A. L., Warszawa (pracuj.pl) 6.000 – 8.000 zł brutto / mies
- Praca Konserwator, M. K. VEGATECH, Radom (pracuj.pl) 5.500 – 6.000 brutto /mies
- Praca Technik obiektowy (Monter hydraulik ppoż.), WALPAS sp. z o.o., Konotopa (pow. warszawski zachodni) (pracuj.pl) 5.000 – 10.000 brutto/mies
- Praca Starsza Specjalistka / Starszy Specjalista ds. Technicznych, MUZEUM SZTUKI NOWOCZESNEJ W WARSZAWIE, Warszawa, Pańska 3 (pracuj.pl) 7.000 – 7.500 zł brutto/mies
- Praca - Konserwator - Technik utrzymania obiektu w CITYTECH A. W. Sp. J. - Warszawa - GoWork.pl – 4.500 – 7.000 brutto lub netto / umowa o prace / b2b
- Konserwator Przedszkoli Warszawa Mokotów • OLX.pl – 6.000 – 8.000 brutto/mies
- Konserwator nieruchomości, złota rączka Warszawa Ursynów • OLX.pl – 7.000 – 8.000 brutto
- Konserwator - "Złota Rączka" w Hotelu czterogwiazdkowym Warszawa Wawer • OLX.pl – 5.000 – 6.200 brutto
- Konserwator nieruchomości z własnym samochodem Warszawa Wola • OLX.pl 7.200 – 8.500 brutto
- Konserwator Nieruchomości Warszawa Targówek • OLX.pl 4.400 – 7.500 brutto
- Technik obiektu - głównie stacjonarnie - umowa o pracę/zlecenie/B2B Warszawa Bemowo • OLX.pl 5.000 – 8.000 brutto
- Zatrudnię Technika Obiektu Piaseczno • OLX.pl 4.800 – 5.700 brutto

W tych okolicznościach wątpliwe jest aby Strabag był w stanie faktycznie realizować przedmiot

zamówienia w zakresie obsługi imprez całostadionowych z wykorzystaniem pracowników uzyskujących minimalne wynagrodzenie za pracę. Nawet, gdyby udało mu się zatrudnić pracowników w zamian za minimalne wynagrodzenie za pracę, to niemożliwe byłoby ich utrzymanie na takich warunkach płacowych przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia. Znaczna część tych pracowników, mając świadomość stawek rynkowych wypłacanych przez innych pracodawców na tych stanowiskach, z pewnością podjęłaby kroki w celu zwiększenia poziomu uzyskiwanego wynagrodzenia (żądając podwyżki) lub zmieniłaby pracę – odpowiadając chociażby na dostępne w przestrzeni publicznej oferty zatrudnienia. Przy czym, rotacja wśród pracowników obsługi PGE Narodowego (w tym również obsługi dodatkowej w trakcie imprez całostadionowych) będzie wiązała się dla

Strabag z dodatkowymi kosztami – związanymi z koniecznością zapoznania nowo zatrudnionych pracowników z terenem stadionu i istniejącymi tam instalacjami.

Nie może zatem ulegać wątpliwości, że w opisanych okolicznościach faktycznych istnieje co najmniej wysokie prawdopodobieństwo, że wskazana w ofercie Strabag cena jednostkowa za osoboroboczo godzinę dodatkowej obsługi imprez całostadionowych została w rażącym stopniu zaniżona.

1.2. Podejrzenie zaniżenia ceny ryczałtowej za obsługę techniczną PGE Narodowego
W sytuacji bardzo prawdopodobnego zaniżenia ceny za zapewnienie dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, a wynikającego z nieuwzględnienia w tej cenie pełnych kosztów pracy, istnieje poważne ryzyko, że Strabag zaniżył również cenę ryczałtową, której oczekuje z tytułu świadczenia „podstawowej” obsługi technicznej PGE Narodowego.

Zasadniczym elementem generującym koszty owej „podstawowej” obsługi technicznej są bowiem koszty wynikające z zatrudnienia pracowników realizujących tę obsługę. Zauważyć należy, że Zamawiający wymaga zapewnienia na obiekcie stałej obsady techników w systemie 24 godziny 7 dni w tygodniu, 366 dni w roku (rok przestępny) – w tym co najmniej sześciu techników w ciągu dnia (6.00 – 18.00) i czterech w ciągu nocy (18.00 – 6:00) vide pkt 8.1 lit. a) i b) OPZ – co przekłada się na konieczność zatrudnienia około 25 pracowników (zatrudnionych w systemie zmianowym).

Ponadto konieczne jest zapewnienie stałej obsady w następującym zakresie: cztery osoby personelu zarządzającego (Kierownika Technicznego Obiektu - pkt 8.1 lit. c) OPZ, dwie osoby

personelu zarządzającego – pkt 8.1 lit. d) OPZ oraz jednak osoba nadzorująca Wydarzenia B2B - pkt 8.1 lit. e) OPZ), oraz trzy osoby do obsługi systemów przeciwpożarowych (kierownik ds. systemów pożarowych oraz dwóch konserwatorów) oraz wykwalifikowane zaplecze inżynierskie, które będzie wsparciem w zakresie realizacji usługi (pkt 8.1 lit. f) OPZ).

Łącznie wykonawca musi zatrudnić co najmniej 32 osoby o kwalifikacjach podobnych do kwalifikacji osób zapewniających dodatkową obsługę imprez całostadionowych. W sytuacji, gdy Strabag zaniżył koszty wynagrodzenia wypłacanego pracownikom dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, mógł on również zaniżyć analogiczne wynagrodzenie wypłacane pracownikom obsługi podstawowej w ramach ryczałtu miesięcznego.

Mając to na uwadze, istnieje wysokie prawdopodobieństwo zaniżenia przez Strabag również ceny ryczałtowej za podstawową obsługę techniczną PGE Narodowego.

W tym miejscu zasygnalizować jedynie należy, że w przypadku, gdyby Strabag w ryczałtowym

składniku wynagrodzenia uwzględnił jednak całość kosztów wynagrodzeń pracowniczych (w przeciwieństwie do kosztów wynagrodzeń wypłacanych pracownikom dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, których nie uwzględnił w cenie jednostkowej z tego tytułu), należałoby uznać, iż dokonał on niedopuszczalnego z punktu widzenia zasad uczciwej konkurencji czynu polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi (tzw. inżynieria cenowa) – co również świadczyłoby o nieprawidłowości złożonej przez niego oferty.

1.3. Zaniżenie wynagrodzenia z tytułu dostawy części eksploatacyjnych

W uzupełnieniu powyższej argumentacji wskazać należy, że ustalenia Odwołującego wskazują również na wysokie prawdopodobieństwo zaniżenia przez Strabag ceny za dostawę części eksploatacyjnych. Odwołujący – który od wielu lat realizuje usługę stanowiącą przedmiot zamówienia, doskonale orientuje się w cenach tychże materiałów i posiada wgląd w aktualne oferty dostawców.

Szczegółowa analiza oferty Strabag (w szczególności załączonego do tej oferty formularza – wykazu części eksploatacyjnych wskazuje na istotne zaniżenie co najmniej pięciu pozycji w stosunku do cen rynkowych: *[podaje tabelę]*

Wskazane wartości zupełnie nie korespondują z rynkowymi cenami zakupu tychże części, co w sposób jednoznaczny wskazuje, iż STRABAG zaniżył również cenę oczekiwaną za zapewnienie wymaganych przez Zamawiającego części eksploatacyjnych. W ocenie Odwołującego wątpliwym jest, aby STRABAG był w stanie zakupić wymienione części po ww. cenach i np. odsprzedać je po cenach zbliżonych czy to Zamawiającemu, czy Odwołującemu.

Cena oferty Strabag z uwzględnieniem tylko tych pięciu pozycji została zaniżona w stosunku do cen rynkowych o ponad 114 000,00 PLN. Biorąc pod uwagę niewielką różnicę całkowitej wartości magazynku pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą STRABAG istnieje podejrzenie, że zaniżona została cała cena ofertowa, lub koszt tych pozycji został ujęty w zupełnie innej pozycji (ryczałt za obsługę techniczną), względnie pozycje kosztowe dotyczące innych części eksploatacyjnych), co mogłoby wskazywać na działanie niezgodne z zasadami PZP, a związane z manipulowaniem cenami jednostkowymi.

Ponadto zaniżenie wskazanych pięciu pozycji cenowych – w pełnym oderwaniu od kosztów ich nabycia – może uzasadniać twierdzenie, że całość wynagrodzenia za dostawę części eksploatacyjnych została przez Strabag skalkulowana bez dokładnego zweryfikowania kosztów nabycia tychże części. Tym samym, również wynagrodzenie za pozostałe części eksploatacyjne może nie odzwierciedlać rzeczywistych kosztów, jakie Strabag poniesie w związku z realizacją zamówienia – i również zostały zaniżone.

1.4. Konsekwencje zaniżenia wskazanych cen jednostkowych

Okoliczność dotycząca zaniżenia wskazanych cen jednostkowych – w istocie zaś wszystkich

składników wynagrodzenia – i nieuwzględnienia w tychże cenach podstawowych kosztów realizacji zamówienia – będzie równoznaczna z zaoferowaniem przez Strabag oferty z ceną rażąco niską.

1.4.1. Zasadność wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny

Stosownie do treści 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.

Mając na uwadze, że ceny jednostkowe, których zaniżenie na podstawie przedstawionych informacji Odwołujący zarzuca, wyczerpują w istocie całość ceny ofertowej, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ich wyliczenia jest konieczne.

Tym niemniej, w ocenie Odwołującego, zaniżenie którejkolwiek z cen jednostkowych (ryczałtu za „podstawową obsługę techniczną”, stawki osoboroboczogodziny za obsługę dodatkową czy

wynagrodzenia za dostawę części eksploatacyjnych), oceniane nawet w oderwaniu od zaniżenia pozostałych składników cenowych, również powinno uzasadniać wezwanie Strabag do złożenia wyjaśnień (w zakresie tychże zaniżonych cen jednostkowych).

W tym zakresie należy podnieść, iż choć w przypadku instytucji rażąco niskiej ceny zasadą jest badanie charakteru ceny dla całego zamówienia (ceny globalnej), to jednak w określonych sytuacjach faktycznych badanie elementów składowych takiej ceny jest nie tylko dopuszczalne, lecz wręcz konieczne. Sytuacja, która ma miejsce na gruncie niniejszego Postępowania, z całą pewnością taki sposób badania przesłanek rażąco niskiej ceny uzasadnia. W aktualnym stanie prawnym możliwość badania składników ceny pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny została dodatkowo przez ustawodawcę wyeksponowana w treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Aktualnie przepis ten wprost wskazuje, iż część składowa ceny ofertowej może stanowić przesłankę uznania ceny za rażąco niską.

W świetle przywołanego przepisu zasadnicze znaczenia dla ustalenia, czy element składowy ceny może być badany pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny ma zatem ustalenie, czy ów składnik cenowy ma charakter istotny.

W tym zakresie należy zauważyć, że przepisy ustawy PZP pojęcia „istotnej” części składowej ceny nie definiują. Zgodnie z definicją słownikową pojęcie to oznacza „1. główny, podstawowy; 2. duży, znaczny; 3. Rzeczywisty, prawdziwy” (Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN, www.sjp.pwn.pl) oraz „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś” (Wielki Słownik Języka Polskiego PAN, www.wsjp.pl). Wydaje się zatem, że za

podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych za takie okoliczności przemawiające za istotnością części składowych ceny ofertowej uznaje się m.in.: 1. przypadki, gdy wysokość wynagrodzenia jest ustalana na zasadzie obmiaru, kiedy określone przez wykonawcę ceny jednostkowe będą decydowały o wartości ostatecznie wypłaconego wynagrodzenia, gdy są „cenami do zapłaty”; 2. przypadki, gdy zaniżone ceny jednostkowe są oceniane odrębnie w ramach kryteriów oceny ofert – i tym samym ich zaniżenie niejako automatycznie ma wpływ na wynik postępowania. Tytułem przykładu, warto tutaj wskazać na uzasadnienie wyroku:

- z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14: „Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione”;
- z dnia 24 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1734/12: „ceną za wykonanie zamówienia nie będzie wyłącznie łączna cena podana w ofercie za wykonanie dostawy w pakiecie nr 18 w ilościach wymaganych i wskazanych w formularzu, ale cena za dostawę rzeczywiście wykonaną.

W tych okolicznościach należy uznać, że ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy”;

Z kolei Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii prawnej pt. „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji” (opinia zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem www.uzp.gov.pl; opinia dostępna w zakładce Urząd Zamówień Publicznych /Repozytorium Wiedzy / Interpretacja przepisów / Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy Pzp /) wskazuje, że: „Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym). (...) Niewątpliwie istotną częścią

składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.". Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że każda z kwestionowanych przez Odwołującego cen jednostkowych w ofercie Strabag powinna zostać uznana za cenę istotną. Mianowicie:

- cena ryczałtowa za „podstawową” obsługę techniczną – w każdej z trzech złożonych ofert – jest najdroższą pozycją cenową, obejmującą znacznie ponad 50% wartości całego wynagrodzenia. W cenie tej muszą być pokryte główne koszty realizacji zamówienia – w tym przede wszystkim koszty związane z zapewnieniem kilkudziesięcioosobowej stałej obsady pracowników. Nie może zatem ulegać wątpliwości, że cena jednostkowa w tym zakresie ma istotnego składnika ceny ofertowej;

- cena za osoboroboczogodzinę obsługi podstawowej, jakkolwiek we wszystkich ofertach ma najniższy udział w cenie ofertowej, udział ten również jest stosunkowo duży.

Wyczerpuje ona mianowicie: w ofercie Strabag około 6% całkowitego wynagrodzenia – jednak został on prawdopodobnie zaniżony; w ofertach Impel oraz Odwołującego udział tego składnika w cenie ofertowej jest już wyższy – sięga on już odpowiednio 9% i 10% całości – co stanowi już wartość o charakterze istotnym, w szczególności mając na uwadze fakt, że różnica pomiędzy ceną ofertową Strabag i Odwołującego jest niższa od wartości zaniżonej ceny Strabag za obsługę dodatkową imprez całostadionowych;

Ponadto na uwagę zasługuje charakter ceny jednostkowej za osoboroboczogodzinę dodatkowej obsługi imprez całostadionowych – wynagrodzenie objęte tą ceną będzie rozliczane metodą obmiarową – jako iloczyn wskazanej ceny oraz liczby osoboroboczogodzin faktycznie wykorzystanych w danym okresie realizacji umowy i sumarycznie może nie osiągnąć takiej kwoty, jaka wynika z oferty Strabag; w przeciwieństwie do ceny za obsługę „podstawową” – która wypłacana będzie w co do zasady niezmienną wysokością przez cały okres realizacji umowy – takie ukształtowanie modelu wynagrodzenia

może stanowić zachętę dla nieuczciwych wykonawców do „przenoszenia” kosztów pomiędzy pozycjami celem – celem kumulacji tego wynagrodzenia, które na pewno zostanie wypłacone i w tym sensie jest dla wykonawcy świadczeniem „pewnym” (nieobciążonym ryzykiem; Z punktu widzenia Zamawiającego taki zabieg może oznaczać, iż zapłaci on wynagrodzenie Wykonawcy pokrywające w założeniu koszty obsługi dodatkowej w ramach wynagrodzenia ryczałtowego nawet wówczas, gdy czynności związane w dodatkowej obsłudze w ogóle nie będą wykonane (gdy w trakcie realizacji zamówienia wykorzystana zostaną mniejsza liczba osoboroboczogodzin, aniżeli wskazany w SWZ limit górny w liczbie 15 000 takich osoboroboczogodzin); Ponadto zniżenie kosztów pracy obsługi dodatkowej może świadczyć również o zniżeniu kosztów pracy w ramach obsługi „podstawowej” – jeśli koszty te byłyby liczone według tożsamyh zasad; mając na uwadze liczbę etatów niezbędnych

do zapewnienia w trakcie obsługi podstawowej (co najmniej 32 osoby) oraz fakt, że każdy taki etat odpowiada w całym 2024 roku liczbie 2008 osoboroboczogodzin, potencjalne zniżenie mogłoby być dotyczyć kosztów pracy dla 64 256 osoboroboczogodzin ($30 \times 2008 = 64\ 256$) – a więc mogłoby być ponad czterokrotnie większe, aniżeli zniżenie kosztów obsługi dodatkowej (obsługa dodatkowa to „tylko” 15 000 osoboroboczogodzin). W tych okolicznościach wykazane przez Odwołującego zniżenie przez Strabag kosztów pracy obsługi dodatkowej i potencjalne zniżenie kosztów obsługi „podstawowej” musi być uznane za dotyczące istotnej części składowej ceny ofertowej;

• analogiczne argumenty przemawiają za uznaniem za istotną ceny jednostkowej za dostawę części eksploatacyjnych – cena ta w poszczególnych całkowitych cenach ofertowych ma udział odpowiednio: ponad 16% (Strabag), 15,6% (Odwołujący) oraz niespełna 14% (Impel); ponadto również ten składnik wynagrodzenia rozliczany będzie obmiarowo (w zależności od faktycznego wykorzystania części zamiennych) – co stwarza analogiczne ryzyka dla Zamawiającego i zachęty dla wykonawcy Strabag związane z przenoszeniem kosztów zakupu części eksploatacyjnych, jak ma to miejsce w przypadku ceny jednostkowej za obsługę dodatkową imprez całostadionowych. Mając powyższe na uwadze, w stanie faktycznym spawy niewątpliwie zachodzą przesłanki uzasadniające wezwanie Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w tym wszystkich wskazanych powyżej cen jednostkowych.”.

Jak wskazał Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Przystępującego, a Odwołującego:

- „1) w zakresie miesięcznego wynagrodzenia za obsługę techniczną wynosi - 1,35% na korzyść SPFS;
- 2) w zakresie ceny za dostawę części eksploatacyjnych wynosi - 0,39% na korzyść SPFS;

3) w zakresie stawki za osoboroboczogodzinę - 38% na korzyść SPFS.

Wobec powyższego wskazać należy, że różnica pomiędzy wynagrodzeniem w zakresie obsługi technicznej oraz dostawy części eksploatacyjnych zaoferowanymi przez SPFS względem Odwołującego jest marginalna. Natomiast różnica w zakresie stawki osoboroboczogodzinny po szczegółowym zapoznaniu się z odwołaniem z dnia 22 stycznia 2024 r. można uznać, że wynika ona z rozbieżności z przyjętych przez SPFS i Odwołującego założeń co do podstaw zatrudnienia personelu w zakresie świadczenia usług obsługi imprez całostadionowych. o czym szerzej wyjaśniona w pkt. 3.1 niniejszego pisma.”.

Kluczowe w rozstrzygnięciu zarzutu odwołania jest ustalenie treści SWZ w zakresie wymagania formy zatrudnienia personelu do obsługi wydarzeń. W SWZ – Projektowanych postanowieniach umowy (Załączniku nr 7 do SWZ) Zamawiający postanowił, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę nie dotyczy personelu obsługującego wydarzenie. Zatem ten personel mógł być zatrudniony na umowę zlecenia i tak w danym zakresie skalkulował ofertę Przystępujący, co potwierdził w stanowisku w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego: „Kwestie dotyczące wymagań, co do zatrudnienia zostały określone w pkt. 4.24 Umowy, której projektowane postanowienia stanowią Załącznik nr 7 do SWZ. Zgodnie z powołanym postanowieniem umownym, Wykonawca zobowiązał się do zaangażowania w realizację Przedmiotu Umowy wyłącznie osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Ograniczenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie ma jednak zastosowania do osób, które mają pełnić dyżur podczas Wydarzenia (impreza całostadionowa), jak i tego o ograniczonym obszarze, czyli dodatkowego personelu, za które zostało przewidziane wynagrodzenie z tytułu Dodatkowej obsady osobowej imprez. Tym samym SPFS obliczając stawkę za osoboroboczogodzinę wynagrodzenia z tytułu zapewnienia dodatkowej obsady, nie musiał wyliczać stawki zaproponowanego wynagrodzenia w oparciu o stawkę minimalną wynagrodzenia za pracę (na podstawie Umowy o pracę), ale także nie musiał zapewniać sobie rezerwy personelowej (urlopy wypoczynkowe i urlopy chorobowe). W konsekwencji powyższego, mając na uwadze § 2 i § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893), przy kalkulacji została przyjęta stawka minimalna wynosząca odpowiednio 27,70 złotych brutto (od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca

2023 r.) oraz 28,10 złotych brutto (od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r.). Jednocześnie, przy uwzględnieniu wyliczenia stawki wynagrodzenia za zapewnienie personelu dodatkowego, SPFS przyjął, dozwolone na podstawie art. 9 ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1230 z późn. zm.), założenie, że za osoby kierowane do obsługi imprez całostadionowych oraz w ograniczonym zakresie, SPFS będzie wyłącznie odprowadzał składki na ubezpieczenie zdrowotne. W

konsekwencji powyższego, mając na uwadze przyjętą stawkę minimalnego wynagrodzenia z tytułu realizacji zlecenia (27,70 zł brutto) wskazać należy, że stawka składki na ubezpieczenie zdrowotne w cenie za jedną osoboroboczegodzinę wynosi 2,49 zł (w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2024 r.) oraz 2,53 złotych (w okresie od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r.). W konsekwencji powyższego, ostateczny koszt jednej osoboroboczegodziny dla SPFS zapewnienia dodatkowej obsady wynosi 30,19 złotych (w okresie 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2024 r.) oraz 30,63 złotych (w okresie od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r.).Jednocześnie, przyjmując podane powyżej stawki minimalnego wynagrodzenia z tytułu wykonywania zlecenia, oraz oferty pracy przedstawione przez Odwołującego na stronie 12-13 odwołania, wskazać należy, że mieszczą się one w podanym zakresie. W konsekwencji powyższego, nie może być mowy o zaoferowaniu przez SPFS rażąco niskiej ceny z tytułu wynagrodzenia za zapewnienie Dodatkowej obsady osobowej imprez całosadionowych”.

Na rozprawie Odwołujący odnosząc się do stanowiska Przystępującego co do kalkulacji wynagrodzenia dla personelu dodatkowego obsługi wydarzeń, zatrudnionego na umowę zlecenie podniósł, że na podstawie SWZ w związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiającego z dnia 06.12.2024 r. na pytanie nr 10 i nr 64 do SWZ, wynikało, iż Zamawiający wymagał aby personel dodatkowy obsługi wydarzeń był zatrudniony na umowę o pracę u wykonawcy, był jego pracownikami, gdy tymczasem Przystępujący wskazał w stanowisku, że personel ten będzie zatrudniony na podstawie umowy zlecenia i cena jednostkowa wynagrodzenia uwzględnia spośród składek jedynie składkę zdrowotną. Taka kalkulacja ceny zdaniem Odwołującego (z uwzględnieniem składki zdrowotnej z wyłączeniem innych kosztów pracy) mogłaby mieć jedynie miejsce w przypadku, gdy personel zatrudniony na umowę zlecenie nie jest jednocześnie zatrudniony na podstawie umowy o pracę u Przystępującego z uwagi na treść art. 9 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1230, z późn. zm.) w związku z art. 11 w związku z art. 8 ust. 2a tejże ustawy. W dalszej wypowiedzi Odwołujący zmienił swoje dotychczasowe stanowisko i wskazywał, że nie widzi sprzeczności pomiędzy SWZ (postanowienia w Projektowanych postanowieniach umowy – Załącznik nr 7 do SWZ, w rozdziale 4. „Ogólne obowiązki Stron, Warunki realizacji Przedmiotu Umowy” w pkt 4.24) i odpowiedzią na pytanie nr 10 co do tego, że personel dodatkowy może być zatrudniony zarówno na podstawie umowy o pracę, jak również na podstawie umowy zlecenie, jednak w przypadku zatrudnienia na umowę zlecenie, jak wynika z odpowiedzi nr 10 musi być zatrudniony pracownik wykonawcy. W ofercie Przystępującego ten wymóg nie został spełniony zdaniem Odwołującego, gdyż dodatkowy personel zatrudniony na umowę zlecenie

nie jest zatrudniony u wykonawcy skoro w wycenie wynagrodzenia nie zawarto oprócz składki zdrowotnej innych kosztów pracy.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że SWZ (postanowienia w Projektowanych postanowieniach umowy – Załącznik nr 7 do SWZ, w rozdziale 4. „Ogólne obowiązki Stron, Warunki realizacji Przedmiotu Umowy” w pkt 4.24) nie została zmieniona udzieloną odpowiedzią Zamawiającego z dnia 06.12.2023 r. na pytanie nr 10 i nr 64 do SWZ. Podniósł, że odwołanie nie zawiera twierdzeń Odwołującego odnoszących się do treści odpowiedzi na pytanie nr 10 i nr 64, zaś odpowiedź na pytanie nr 10 nie wskazywała, że personel dodatkowy musi wykazywać się tymi samymi kwalifikacjami co podstawowy. Zamawiający wskazał na nadinterpretację przez Odwołującego treści odpowiedzi na pytanie nr 10, wyjaśniając, że w udzielonej odpowiedzi chodziło Zamawiającemu o podkreślenie znajomości technicznego języka polskiego osób zatrudnionych, odpowiedź ta nie wyłączała możliwości zatrudnienia osób na podstawie umowy zlecenie, ponadto używając słowa „powinien” a nie „musi” zawarł w odpowiedzi na pytanie intencję tego co preferuje, a nie bezwzględnie wymaga.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym co do interpretacji wyrazu „powinien” i uznał je za synonim „musi”, a na poparcie takiego rozumienia przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego, sygn. akt KZ 16/13. Zamawiający poddał w wątpliwość, aby orzeczenie to mogło mieć zastosowanie do przepisów w obszarze zamówień publicznych.

Zarówno Zamawiający, jak również Przystępujący podkreślali, że Odwołujący nie zarzucał Przystępującemu niezgodności treści oferty z SWZ.

Przystępujący wskazał w szczególności, że Odwołujący nieuprawnienie założył obowiązek zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę w liczbie 36 etatów, podczas gdy do wykonania zamówienia wystarczające będzie stawienie się 2-3 osób pozostających w stosunku zlecenia.

Odwołujący wymóg liczby etatów wyczytał jak wskazał z pkt 8.1 OPZ, ale jak wskazał Zamawiający wynika z tego punktu, że dotyczy on obsługi podstawowej, nie zaś dodatkowej, czemu następnie nie zaprzeczył Odwołujący.

Zamawiający podniósł, że z treści odpowiedzi na pytanie nr 10 nie wynika wprost, że personel ma być zatrudniony na umowę o pracę, nie było zmiany SWZ w tym zakresie, o czym świadczy również brak sankcji w Projektowanych postanowieniach umowy co do niedotrzymania tego wymogu. Zamawiający nie wskazywał w SWZ liczby wymaganych etatów obsługi dodatkowej, a Odwołujący wyliczył etaty w sposób, który uważał w swojej organizacji za zasadny, i tego Zamawiający oczekiwał od wykonawców pozostawiając te kwestie

do kompetencji wykonawców w ramach organizacji realizacji zamówienia przyjętej w ofercie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zauważa, że twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie na rozprawie wykraczają poza sformułowany zakres zarzutów odwołania (przez co rozumie się także przywołane okoliczności faktyczne), i z tego powodu Izba nie może w tym zakresie orzekać (art. 555 ustawy Pzp), a zatem Izba nie orzeka co do twierdzeń dotyczących wyceny oferty Przystępującego w kontekście uwzględnienia wyceny zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia, bowiem Odwołujący w odwołaniu powoływał wyliczenia jedynie z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. O powyższym świadczy treść odwołania, a także wniosek

w odwołaniu o zobowiązanie Przystępującego do przedstawienia posiadanego przezeń dokumentu potwierdzającego wysokość stosowanej w spółce Strabag składki na ubezpieczenie wypadkowe, a nadto stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie w odniesieniu do stanowiska Przystępującego. Nie podniósł w zarzutach odwołania Odwołujący twierdzeń odnoszących się do treści SWZ – projektowanych postanowień umowy rozdział 4 pkt 4.24 i odpowiedzi na pytanie nr 10 i nr 64 w kontekście naruszeń przez Przystępującego wymogów SWZ.

Skoro zatem Odwołujący zasadność zaistnienia wątpliwości zamawiającego względem ceny oferty Przystępującego i niezgodność oferty Przystępującego z SWZ upatrywał i wywodził w odwołaniu na podstawie błędnego założenia, że wycena wynagrodzenia personelu dodatkowego wydarzeń w ofercie Przystępującego skalkulowana miała być na podstawie przepisów prawa odnoszących się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i takich wymogów SWZ, podczas gdy Przystępujący skalkulował cenę na podstawie przepisów dotyczących umów zlecenia, a SWZ tego nie wykluczała, czemu ostatecznie sam Odwołujący na rozprawie nie przeczył, a nawet to przyznał, to zarzuty odwołania nie mogły być uznane za zasadne.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że „W sytuacji, gdy Strabag zaniżył koszty wynagrodzenia wypłacanego pracownikom dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, mógł on również zaniżyć analogiczne wynagrodzenie wypłacane pracownikom obsługi podstawowej w ramach ryczałtu miesięcznego. Mając to na uwadze, istnieje wysokie prawdopodobieństwo zaniżenia przez Strabag również ceny ryczałtowej za podstawową obsługę techniczną PGE Narodowego.”.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący zaniżył koszty wynagrodzenia wypłacanego pracownikom dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, a więc w konsekwencji, że Przystępujący mógł również zaniżyć analogiczne wynagrodzenie wypłacane pracownikom obsługi podstawowej w ramach ryczałtu miesięcznego, bowiem jak wynika z treści uzasadnienia odwołania twierdzenia Odwołującego oparte były na błędnym przeświadczeniu, iż wycena oferty Przystępującego opierała się na podstawie kosztów umów

o pracę w odniesieniu do zarówno pracowników dodatkowej obsługi imprez całostadionowych, jak i obsługi podstawowej, co nie miało miejsca.

Jak wyjaśnił w toku postępowania odwoławczego Zamawiający, nie dokonał omyłkowego sformułowania postanowienia pkt 22.3 SWZ i słowo „Zamawiający” nie powinno być zastąpione słowem „Wykonawca”, jak twierdził Odwołujący w odwołaniu. Izba podziela stanowisko, że pkt. 22.3 SWZ zawiera gwarancję Zamawiającego, że cena zaoferowana zawiera wszelkie elementy cenotwórcze, które wykonawca powinien uwzględnić przygotowując ofertę, a wykonawca nie będzie mógł powoływać się na okoliczności niedoszacowania wynagrodzenia lub wystąpieniem innych nieprzewidzianych okoliczności, celem żądania zmiany wysokości wynagrodzenia podczas realizacji zamówienia. W konsekwencji powyższego, norma zawarta w tym postanowieniu stanowi oświadczenie wykonawców w zakresie w jakim gwarantują oni, że na etapie realizacji zamówienia nie pojawią się koszty dodatkowe lub inne okoliczności, które powinni przewidzieć podczas składania ofert.

Projektowane postanowienia umowy nie przewidują szczegółowych wymagań odnośnie zapewnienia sprzętu dodatkowemu personelowi. Sprzęt, który wykonawca ma zagwarantować jest określony w pkt. 8.4.1 OPZ: odzież robocza. Odwołujący wskazywał na rozprawie, że Przystępujący będzie musiał przeznaczyć ponad 1 zł za odzież roboczą dla każdego zatrudnionego z obsługi dodatkowej wydarzeń. Na potwierdzenie powyższego przedstawił na rozprawie własną ofertę odzieży roboczej dla przedstawienia rzędu wielkości koniecznego doliczenia do ceny. Przedstawił także raporty płacowe i mediany zarobków dla ofert dla pracowników w danych zawodach – w szczególności elektryk, hydraulik.

Jak wskazał Przystępujący: „Jednakże, mając na uwadze zasób osobowy SPFS, koszty zapewnienia stroju oraz koszty prania strojów, są to kosztami marginalnymi. Tak samo należy potraktować składkę na benefity pracownicze, które powołuje Odwołujący, jako istotne koszty zatrudnienia, które musi ponieść SPFS, bowiem SPFS jest częścią koncernu STRABAG SE, a wspomniane benefity są negocjowane i zapewniane na szczeblu koncernowym, przy czym koszt ten jest ponoszony, jako procent od przychodu SPFS, a nie jest on bezpośrednio przekładany bezpośrednio na pracownika.”.

Odnosząc się do zarzutu zaoferowania przez Przystępującego nierynkowej stawki z tytułu wynagrodzenia za zapewnienie dostaw części eksploatacyjnych, Przystępujący wskazał, że: „(...) różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez SPFS, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego wynosi 0,39% tym samym również jest to różnica marginalna. Odwołujący natomiast, buduje swoją argumentację powołując pięć pozycji z dołączonego do oferty SPFS formularza- wykaz części eksploatacyjnych, który tych pozycji ma 163. Podane przez Odwołującego przykłady są najbardziej drastycznymi, przy czym SPFS chciałby podkreślić, że z uwagi na skalę prowadzonej działalności, może on uzyskiwać

bardziej konkurencyjne ceny, niż te rynkowe. Natomiast przedstawione w formularzu - wykaz części eksploatacyjnych, uwzględniają ceny jakie są SPFS oferowane na rynku.”.

Biorąc pod uwagę powyższe twierdzenia Odwołującego w odwołaniu, to, że w zakresie wyliczeń osoboroboczogodziny personelu dodatkowego wydarzeń opierają się one na błędnym założeniu wyceny w ofercie Przystępującego kosztów umowy o pracę, poparte są dowodami nieprzydatnymi do wykazania twierdzeń, a w istocie stanowiącymi stanowisko Odwołującego i jego wyobrażenie co do sposobu kalkulacji ceny przez Przystępującego, nie uwzględniają także możliwości upustów na części eksploatacyjne, jak wskazał to Przystępujący, w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do zaoferowanej przez Przystępującego ceny oferty (istotnych części składowych ceny).

Odnosnie zarzutu 2 odwołania - naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (podany wyżej), w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „1.4.1. Zasadność wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zniżenie ceny jednostkowej za osoboroboczogodzinę może świadczyć również o: • niezgodności oferty Strabag z warunkami zamówienia – tj. z pkt 22 ppkt 3 SWZ, nakazującym uwzględnić w cenach jednostkowych wszystkich kosztów ponoszonych przez Zamawiającego (wykonawcę) • złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (polegającego na „przeniesieniu” części kosztów dodatkowej obsługi imprez całostadionowych oraz zakupu części eksploatacyjnych do wynagrodzenia ryczałtowego za obsługę „podstawową” (szersze omówienie ww. nieprawidłowości zawarto w dalszej części odwołania), • niezgodności oferty z ustawą (polegającej na nieuwzględnieniu w cenie ofertowej kosztów pracy na poziomie wynikającym z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę) i jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów (tj. art. 58 § 1 k.c. w związku z przepisami kodeksu pracy – tj. art. 10 § 2, art. 13, art. 183c § 1 i 2 KP – które to przepisy nakazują wypłacanie pracownikom wynagrodzenia w wysokości nie niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wypłacanie jednakowego wynagrodzenia pracownikom wykonującym jednakowe prace – zaś zniżenie wynagrodzeń wypłacanych pracownikom zatrudnionym do obsługi dodatkowej imprez całostadionowych względem wynagrodzeń wypłacanych innym pracownikom wykonującym jednakowe prace, w tym również w ramach obsługi „podstawowej” stanowiłoby naruszenie ww. zasady, a tym samym byłoby sprzeczne z art. 183c § 1 KP, prowadząc na mocy art. 58 § 1 k.c. do nieważności oferty). Mając na uwadze, że wszelkie wątpliwości dotyczące nieprawidłowości treści złożonej oferty polegającej na jej niezgodności z warunkami zamówienia, przepisami prawa lub mogące świadczyć o jej złożeniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji powinny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione, zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia wskazanych powyżej

nieprawidłowości (mogących skutkować odrzuceniem oferty) w trybie przewidzianym w art. 233 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie Odwołującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno poprzedzać ewentualną decyzję w sprawie odrzucenia oferty Strabag – bowiem to wyjaśnienia złożone przez wykonawcę pozwolą definitywnie potwierdzić nieprawidłowości tej oferty.

Mając na uwadze, że treść wyjaśnień, których powinien oczekiwać Zamawiający od wykonawcy zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP (wyjaśnienie treści oferty) może w opisanej sytuacji pokrywać częściowo z wyjaśnieniami, jakich powinien on żądać zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP (wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny), a przesłanki stosowania wspomnianych procedur wyjaśniających są inne (odpowiednio: wątpliwości co do wyliczenia ceny lub jej istotnej części składowej oraz wątpliwości co do zgodności oferty z przepisami prawa

lub warunkami zamówienia) podstawą żądania przez Zamawiającego wyjaśnień powinny być zdaniem Odwołującego oba te przepisy. Jedynie ewentualnie (na wypadek uznania przez Izbę niezasadności zastosowania jednej ze wskazanych procedur wyjaśniających), podstawą wezwania może być odpowiednio: albo tylko art. 224 ust. 1 ustawy PZP, albo wyłącznie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Z powyższych przyczyn zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Strabag oraz powiązane z nimi żądanie nakazania Zamawiającemu jej odrzucenia zostały podniesione jako zarzuty ewentualne (w obawie przed ich oddaleniem jako podniesionych przedwcześnie). Dlatego zarzuty te i żądania winny zostać rozpoznane jedynie w wypadku, gdyby Izba uznała, że brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania

Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia oraz do wyjaśnień dotyczących treści oferty.”.

W związku z tym, że zarzut 1 nie potwierdził się, to również zarzut 2 jako konsekwencja zarzutu 1 nie potwierdził się.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania - art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podany wyżej),

w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „1.5.2. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji) W stanie faktycznym sprawy istnieją podstawy do uznania, że oferta Strabag została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na manipulowaniu wysokością zaoferowanych cen jednostkowych (tzw. inżynieria cenowa). Zauważyć bowiem należy, że wraz z zniżeniem opisanych powyżej cen jednostkowych za

dodatkową obsługę w ramach imprez całostadionowych oraz z tytułu dostawy części eksploatacyjnych zaproponowało Zamawiającemu cenę ryczałtową za obsługę „podstawową” na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Przyjmując, że nie doszło do zaniżenia przez Strabag całkowitej ceny ofertowej, należałoby uznać, że w takim razie „brakujące” koszty obsługi dodatkowej (również: brakujące koszty dostawy części eksploatacyjnych) ujęte zostały w innym składniku – tj. w rozliczanym ryczałtowo wynagrodzeniu za obsługę techniczną w zakresie „podstawowym”. Takie działanie Strabag, polegające na zawyżeniu niektórych pozycji i zaniżeniu innych, nie ma wiele wspólnego z rzetelnym kalkulowaniem ceny oferty, lecz przypomina bardziej spekulację nakierowaną wyłącznie na maksymalizację zysku. Zaznaczyć w tym zakresie należy, że o ile pewna dysproporcja cen jednostkowych zachodząca pomiędzy ofertami konkurentów jest co do zasady zjawiskiem normalnym (mieszczącym się w granicach normalnej konkurencji czy strategii cenowej poszczególnych wykonawców), o tyle niedopuszczalne już jest (jako wykraczające poza te granice) „przenoszenie” kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi. Opisane działanie wypełnia bowiem znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (artykułu 3 ustawy ZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 – 17d ustawy ZNK. Artykuł 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 796/10). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I A Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa PZP, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Warto tutaj powołać się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07, zgodnie z którym: "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.". Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie – o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy "można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322). Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy należy zauważyć, że działanie Strabag polegające na zaproponowaniu Zamawiającemu niektórych (dwóch) cen jednostkowych na poziomie nie uwzględniającym rzeczywistych kosztów, jakie w związku z ich wykonaniem wykonawca ten będzie ponosił, przy jednoczesnym zawyżeniu innych cen, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, dotyczącymi konkurowania przez przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych poprzez oferowanie korzystnych dla Zamawiającego warunków. Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się,

że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010). Na naruszenie dobrych obyczajów w niniejszym Postępowaniu wskazuje w szczególności to, że działanie Strabag doprowadza do zniekształcenia interesów i zachowań gospodarczych właściwych w przeciętnych warunkach gospodarki rynkowej, prowadząc do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku (por. również uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1292/15). W stanie faktycznym sprawy działanie Strabag nie miało nic wspólnego z rzetelną wyceną wartości tychże usług i nie odzwierciedlało kosztu, które tego rodzaju prace przypadku realnie by generowały wówczas, gdyby liczba wykorzystanych przez Zamawiającego osoboroboczo godzin obsługi dodatkowej została zagwarantowana na stałym poziomie. Prowadziło to do celowego przeniesienia obmiarowego i przez to „niepewnego” składnika wynagrodzenia do wynagrodzenia „pewnego”, ryczałtowego – w celu maksymalizacji zysku wykonawcy i wyeliminowania ryzyka (niepewności) dotyczącej faktycznego wykorzystania puli godzin dodatkowej obsady imprez całostadionowych czy faktycznego zapotrzebowania na części eksploatacyjne. Zaoferowania takich cen nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami czysto matematycznymi nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od innych przedsiębiorców. Tymczasem zachowanie Strabag miało na celu uzyskanie możliwie wysokiej punktacji w ramach kryterium cenowego za pomocą prostego zabiegu matematycznego (przesunięcia części kosztów pomiędzy niektórymi pozycjami) z pokrzywdzeniem Zamawiającego – który w tym przypadku zostaje doprowadzony do wyboru oferty, która w rzeczywistości może się okazać ofertą droższą od drugiej w kolejności oferty Odwołującego. Co istotne, działanie Strabag naruszył nie tylko interes Zamawiającego, ale również innych wykonawców ubiegających się o zamówienie (w tym przypadku interes Odwołującego), bowiem było nakierowane na zmniejszenie ich szansy na uzyskanie zamówienia w Postępowaniu. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że zaniżenie przez Strabag opisywanych dwóch cen jednostkowych było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, które naruszyło interes Odwołującego. Służyło ono wyłącznie swoistej manipulacji ceną oferty, nie zaś jakiegokolwiek konkurencji pomiędzy wykonawcami. Zaznaczenia wymaga, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej taka sytuacja jest jednoznacznie kwalifikowana jako czyn nieuczciwej

konkurencji. Tytułem przykładu można tutaj wskazać na następujące orzeczenia Izby: • wyrok z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14: „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych

w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem powyższego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w SIWZ założeń obliczenia ceny – służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen

– do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego”; • wyrok z dnia 3 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2553/15: „Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązane do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami”; • wyrok z dnia 24 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1449/16; KIO 1501/16: „Manipulowanie kryteriami oceny ofert, w tym zaoferowanie nierealnych okresów gwarancji, uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNK”; • wyrok z dnia 23 maja 2016 r. sygn. akt KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16: „Działanie wykonawcy polegające na "przerzucaniu" kosztów między odrębnie rozliczаныmi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego”. W tej sytuacji, zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Strabag stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK.”.

W związku z tym, że wyżej wymienione zarzuty nie potwierdziły się, to również zarzut 3 jako konsekwencja tych zarzutów nie potwierdził się.

Odnosnie zarzutu 4 odwołania - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp (podany wyżej) w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał: „1.5.1. Odrzucenie oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia) W stanie faktycznym sprawy zaniżenie cen jednostkowych przez Strabag musi prowadzić

do uznania oferty tego wykonawcy za niezgodną z warunkami zamówienia. Zgodnie bowiem z przywołaną już wcześniej treścią pkt 22 ppkt 3 SWZ, kwoty podane w ramach wymogów

wskazanych w pkt 22.2. (ceny jednostkowe) muszą uwzględniać wszystkie koszty, jakie ponosi Zamawiający. Dla porządku wskazać należy, że użycie w treści powołanego przepisu pojęcia „Zamawiający” zamiast „Wykonawca” ma charakter oczywistej omyłki, widocznej dla każdego wykonawcy (profesjonalnie zajmującego się ubieganiem o zamówienia publiczne). Przyjęcie, że intencją Zamawiającego było uwzględnienie przez wykonawców jego kosztów (tj. kosztów ponoszonych przez Zamawiającego) prowadziłoby bowiem do absurdalnych wniosków – nie dających się pogodzić z powszechnie stosowanymi zasadami wyceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia, zgodnie z którymi wykonawcy oferują wykonanie świadczeń

w zamian za wynagrodzenie pokrywające ich koszty. Skoro ceny podane przez Strabag ww. warunku nie spełniły, to tym samym są niezgodnie z przywołaną treścią warunków zamówienia, a niezgodność ta ma charakter merytoryczny (odnoszący się do wysokości świadczenia Zamawiającego), niewątpliwy (zapisy formularza i podane wartości cenowe nie budzą żadnych wątpliwości interpretacyjnych) i nieusuwalny (zmiana ceny po złożeniu oferty jest niedopuszczalna). W konsekwencji oferta Strabag powinna zostać we takim przypadku odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP1.5.3. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP (niezgodność oferty z przepisami ustawy oraz nieważność na podstawie odrębnych przepisów) Niezależnie od tego wskazać należy, że złożenie oferty przewidującej zaniżone koszty pracy, a nieuwzględniającej kosztów wynikających z wypłaty pracownikom minimalnego wynagrodzenia za pracę stanowi przejaw niezgodności oferty z treścią art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP. Przepis ten, jakkolwiek odnosi się do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wskazuje wprost, że wartość kosztów pracy przyjęte do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych według przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W tym sensie stanowi on samodzielną podstawę nakazującą uwzględnienie w ofercie ww. kosztów. Brak ich uwzględnienia musi być uznany za niezgodność oferty z przepisami ustawy – zarówno wskazanego przepisu ustawy PZP, jak i ustawy, do której ten przepis odsyła (ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – ustawa MWP). Ponadto oferta przewidująca zapłatę pracownikom realizującym przedmiot zamówienia wynagrodzenia niższego od minimalnego wynagrodzenia za pracę – jako sprzeczna z przepisami art. 10 § 2 KP i art. 13 KP (określającymi prawo pracownika do godziwego wynagrodzenia za pracę, którego minimalny dopuszczalny poziom jest ustalany przez Państwo w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę), art. 6 ust. 1 i 8 ust. 1 ustawy MWP (wskazującym, że wysokość wynagrodzenia należnego pracownikowi nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, w tym również w przypadku

zatrudnienia pracownika w niepełnym wymiarze czasu) oraz § 1 i 3 Rozporządzenia (określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2024). Ponadto oferta zakładająca zróżnicowanie poziomów wynagrodzeń wypłacanych pracownikom wykonującym jednakową pracę (odpowiednio w ramach obsługi innych obiektów lub w ramach „podstawowej” obsługi technicznej PGE Narodowego oraz dodatkowej obsługi imprez całostadionowych mających miejsce na PGE Narodowym) byłaby ofertą niezgodną z art. 183c § 1 i 2 KP (nakazującym wypłatę jednakowego wynagrodzenia pracownikom wykonującym jednakową pracę – tj. pracę wymagającą porównywalnych kwalifikacji, odpowiedzialności i wysiłku). Sprzeczność z ww. przepisami prowadziłyby do nieważności oferty na mocy art. 58 § 1 k.c. – a tym samym powinna prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.”.

W związku z tym, że wyżej wymienione zarzuty nie potwierdziły się, to również zarzut 4 jako konsekwencja tych zarzutów nie potwierdził się.

Odwołujący nie udowodnił twierdzeń w odwołaniu, w szczególności złożone dowody w postaci wydruków tabel z wyliczeniami własnymi stanowią stanowisko Odwołującego, zaś wydruki ze stron internetowych czy inne wskazujące na możliwe wynagrodzenia na rynku nie stanowią dowodu na potwierdzenie zasadności zarzutów Odwołującego w odniesieniu do wyceny oferty Przystępującego.

Skoro Zamawiający nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy Pzp, nie miał podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, to w konsekwencji poddał ofertę Przystępującego ocenie i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej, natomiast nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako pozostającej na niższej pozycji w rankingu ofert.

Zamawiający zatem nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

15 000,00 zł. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający nie wniósł o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego Izba nie zasądziła takich kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: