

Sygn. akt: KIO 1263/21

WYROK
z dnia 27 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę Memling Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gdański Ogród Zoologiczny z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Memling Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Memling Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gdański Ogród Zoologiczny w Gdańsku Oliwie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Ochrona Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego”. Postępowanie prowadzone jest w podziale na zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 roku pod numerem 776014-N-2020.

27 kwietnia 2021 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, dokonania wyboru oferty konsorcjum z udziałem Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider) jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania I oraz badania i oceny ofert w zakresie Zadania I.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 3 i art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej” ustawa) przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania zasady przejrzystości i zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny roboczogodziny w Zadaniu I, w szczególności w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - pomimo istnienia przesłanek do stwierdzenia, że cena ta jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum oraz zaniechanie wyboru oferty Memling Security Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a oferta Memling Security Sp. z o.o. byłaby jedyną (a zatem najkorzystniejszą) nieodrzuconą ofertą, zaś Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny oferty Memling Security Sp. z o.o.;

- 3) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zawiadomienie o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający przestrzegania zasady przejrzystości, polegające na niewskazaniu w tym zawiadomieniu nazw, siedzib i adresów wszystkich członków Konsorcjum, którego liderem jest Impel Safety sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym Zadania I,
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert w zakresie dotyczącym Zadania I.
- nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym Zadania I.

Odwołujący wniósł o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław) o udostępnienie wszystkich umów zawartych przez Impel Safety Sp. z o.o. i innych członków Konsorcjum, którego Impel Safety Sp. z o.o. jest liderem, z osobami, którymi Konsorcjum zamierza posługiwać się przy realizacji zamówienia w zakresie Zadania I, stanowiących podstawę ich zatrudnienia przez Impel Safety Sp. z o.o. lub innych członków Konsorcjum, w tym w szczególności umów o pracę i umów zlecenia.

Wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej z uwagi na przysługujący mu status wykonawcy. Ma oczywisty interes prawny w uzyskaniu zamówienia. W sytuacji, w której Zamawiający zachowałby się prawidłowo, tzn. uznałby za odrzuconą, względnie zaś odrzuciłby ofertę Konsorcjum, oferta Odwołującego byłaby jedyną nieodrzuconą ofertą, dotyczącą Zadania I, a zatem - ofertą najkorzystniejszą. W przypadku, w którym oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą, dotyczącą ww. Zadania, postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, zdaniem Memling Security Sp. z o.o., Zamawiający może bowiem zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie Zadania I, do ceny oferty Odwołującego, dotyczącej tego Zadania. Wskazana przez Memling Security Sp. z o.o. cena, dotycząca Zadania II, co do którego oferta

Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą (287.777,20 zł brutto), jest o 69.710,00 zł niższa, niż kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (357.487,20 zł brutto). Różnica pomiędzy tymi kwotami mogłaby zatem zostać w całości „przesunięta” na sfinansowanie Zadania I. W takich okolicznościach, podwyższenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie Zadania I, do ceny oferty Odwołującego, wymagałoby wyasygnowania przez Zamawiającego dodatkowych środków w kwocie 23.565,62 zł, jedynie nieco ponad 2% kwoty, jaką Gdański Ogród Zoologiczny pierwotnie przeznaczył na sfinansowanie Zadania I. Dlatego też, w ocenie Memling Security Sp. z o.o., w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, nie zachodziłyby podstawy do unieważnienia postępowania w zakresie Zadania I. Odwołującemu przysługuje więc interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w skazał w Specyfikacji Istotnych Rachunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), co następuje:

2.4.a. Pracownicy oddelegowani do pełnienia ochrony na terenie ZOO muszą spełniać następujące warunki:

a) posiadać kwalifikacje do pracy na stanowisku ochrony osób i mienia zgodnie z wymogami określonymi w ustawie o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 roku z późniejszymi zmianami,

b) pracownicy realizujący ochronę fizyczną muszą posiadać zaświadczenia o wpisie pracowników ochrony na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej,

c) muszą być przeszkoleni w zakresie udzielania pierwszej pomocy, posiadać wykształcenie minimum średnie, minimalny trzymiesięczny staż pracy u Wykonawcy oraz minimum roczny staż pracy w charakterze pracownika ochrony oraz być zatrudnieni na umowy o pracę,

d) muszą być pełnosprawni, nie mogą posiadać orzeczenia o stopniu niepełnosprawności (grupy inwalidzkiej).

Zamawiający określił zatem w SIWZ wymóg zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, wykonujących czynności *pełnienia ochrony na terenie* Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego, stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy.

W odpowiedzi na następujące pytanie wykonawcy do treści SIWZ:

Zgodnie z Rozdziałem 1 ustęp 4a litera c oraz 4b litera c SIWZ pracownicy realizujący

ochronę fizyczną muszą (...) być zatrudnieni na umowy o pracę. W związku z tym prosimy o wyjaśnienie treści specyfikacji i jej doprecyzowanie, że wszystkie godziny usługi świadczonej na rzecz Zamawiającego realizowane muszą być przez pracowników Wykonawcy w ramach zatrudnienia pracowniczego podlegającego pod regulację Kodeksu pracy. Zgodnie z orzeczeniem SN o sygnaturze II UKN 523/99 jednoznacznie wskazuje się, że „... Zatrudnianie pracowników poza normalnym czasem pracy na podstawie umów cywilnoprawnych przy pracach tego samego rodzaju co objęte stosunkiem pracy, stanowi obejście przepisów o czasie pracy w godzinach nadliczbowych oraz przepisów dotyczących składek na ubezpieczenie społeczne.” Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych (sygn. IPK 241/2013) „Umową mającą na celu obejście prawa jest umowa, której treść z formalnego punktu widzenia nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane, np. gdy czynność taka pozwala na uniknięcie zakazów, nakazów lub obciążeń wynikających z przepisu ustawy i tylko z takim zamiarem została dokonana. ”Brak doprecyzowania treści specyfikacji w sposób powyżej przedstawiony zachęca do stosowania patologicznych rozwiązań w sferze legalności zatrudnienia, noszących znamiona wykroczenia przeciwko prawom pracownika, które pozbawiają go prawa do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, dodatku za pracę w godzinach nocnych oraz innych uprawnień wynikających z kodeksu pracy.

Przy analogicznie określonych warunkach zamówienia jak w pytaniu nr 1, w roku ubiegłym na pytanie wyjaśnienie „Czy Zamawiający uzna warunek zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę za spełniony, w sytuacji gdy osoba realizująca ochronę fizyczną świadcząca usługę na rzecz Zamawiającego, w jednej ze spółek wchodzących w skład konsorcjum Wykonawcy zatrudniona będzie w oparciu o umowę o pracę w wymiarze np. 1/4 etatu, a w pozostałym zakresie ta sama osoba będzie w innej spółce konsorcjum zatrudniona w oparciu o umowę cywilnoprawną ”zamawiający odpowiedział, że akceptuje wszystkie formy zatrudnienia zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i nie wymaga aby świadczenie usług na terenie GOZ odbywało się wyłącznie na podstawie stosunku pracy, oraz że osoby muszą być zatrudnione w oparciu o umowę o pracę, jednak Zamawiający nie ingeruje w ich współpracę z Wykonawcą w zakresie He przepracowanych roboczogodzin wynika z umowy o pracę, a He z umowy zlecenia. Na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił wniosku o korektę treści specyfikacji zawartego w pytaniu nr 1, wnosimy o doprecyzowanie Jaki wymiar zatrudnienia w oparciu na umowę o pracę (jaka część etatu np. 1/4 czy wartość iluzoryczna jak np. 1/72 etatu) będzie przez zamawiającego uznana za spełnienie kryterium zatrudnienia na umowę o pracę w rozumieniu zapisu SIWZ - ustęp 4a litera c oraz 4b litera c. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatrudnienie „na umowę o pracę” generuje dodatkowe koszty wynikające z kodeksu pracy, między innymi płatnego urlopu (roczny wymiar) dla każdego zatrudnionego do obsługi kontaktu pracownika czy dodatku za pracę w godzinach nocnych. Podobnych kosztów nie trzeba uwzględniać przy umowach cywilnoprawnych. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak doprecyzowania zapisów specyfikacji uniemożliwi sporządzenie oferty w sposób zapewniający uczciwą konkurencję.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie. Celem Zamawiającego jest, aby wykonawca przy realizacji zamówienia posługiwał się osobami sobie znanymi, nie zaś przypadkowymi. Zdaniem Zamawiającego, istnienie umowy o pracę pomiędzy Wykonawcą, a pracownikiem stwarza większe prawdopodobieństwo istnienia stosunku zaufania, „sprawdzenia” danej osoby. W polskim prawie cywilnym nie istnieje zakaz zawierania umów zlecenia na zasadzie swobody umów. Kalkulacja wynagrodzenia w oparciu o umowę o pracę czy też zlecenie jest wewnętrzną sprawą pracodawcy i pracownika, uzasadnioną ich osobistymi interesami i motywacjami, za których skutki ponoszą odpowiedzialność.

Zdaniem Odwołującego, powyższe stanowiska Zamawiającego nie sposób uznać za prawidłową wykładnię art. 29 ust. 3a ustawy oraz pkt 2.4.a. SIWZ (którego zgodności z p.z.p. odwołujący nie kwestionuje). W ocenie Memling Security Sp. z o.o., przewidziany w art. 29 ust. 3a ustawy wymóg należy rozumieć w ten sposób, że wskazane w opisie przedmiotu zamówienia czynności powinny być realizowane w ramach wykonywania umów o pracę przez te osoby zatrudnione. Wbrew zaś twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w udzielonej odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ, omawiany wymóg nie ma na celu doprowadzenia do sytuacji, w której wykonawca będzie „posługiwał się osobami sobie znanymi, a nie przypadkowymi”, tylko rzeczywiste zapewnienie zatrudnienia pracowników wykonawcy na podstawie umów o pracę.

Jak słusznie zauważono bowiem w orzecznictwie KIO, art. 29 ust. 3a ustawy należy interpretować przez pryzmat celu, jaki przyświecał ustawodawcy, zaś celem tym było *położenie kresu patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych* (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2019 r., KIO 1988/19).

Odwołujący podał, że wzmiankowane powyżej patologiczne zjawisko miało i ma na celu w szczególności zaniżanie przez przedsiębiorców należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Występuje ono również na rynku usług ochrony fizycznej, vide. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 maja 2016 r., III AUa 1670/17 (Odwołujący cytował fragment orzeczenia).

Odwołujący podał, że mając na względzie powyższe, należy uznać, iż niedopuszczalne jest akceptowanie przez Zamawiającego sytuacji, w której cena oferty skalkulowana przez Wykonawcę nie zakłada przestrzegania przez Wykonawcę wymogu pkt 2.4.a. SIWZ, a jedynie zatrudnienie pracowników, którzy będą wykonywać zadania, dla których przewidziano ww. wymóg, w niewielkiej części etatu na podstawie umowy o pracę, w pozostałej zaś mierze - na podstawie umów cywilnoprawnych. Skalkulowana przez Konsorcjum stawka za roboczogodzinę, dotycząca Zadania I, wynosząca 20,71 zł netto, winna być uznana za rażąco niską. W ocenie Odwołującego, osiągnięcie takiej stawki, mając na względzie charakter czynności, które mają być wykonywane w ramach tego zadania, nie jest realne z ekonomicznego punktu widzenia przy realizacji wymogu zatrudnienia pracowników wykonawcy na podstawie umowy o pracę i wskazuje na korzystanie z Konsorcjum z opisanej powyżej, niedopuszczalnej praktyki.

Dowód:

Zeznania świadka P. F., adres do doręczeń: Memiing Security Sp. z o.o., Aleja Grunwaldzka 309, 80-309 Gdańsk dla wykazania faktu: braku realnej możliwości zapewnienia przez Konsorcjum realizacji czynności w ramach Zadania I przez pracowników świadczących prace na podstawie umowy o pracę przy określeniu stawki za roboczogodzinę na poziomie 20.71 zł netto.

Dowód:

umowy zawarte przez Impel Safety Sp. z o.o. i innych członków Konsorcjum, którego Impel Safety Sp. z o.o. jest liderem, z osobami, którymi Konsorcjum zamierza posługiwać się przy realizacji zamówienia w zakresie Zadania I, stanowiące podstawą ich zatrudnienia przez Impel Safety Sp. z o.o. lub innych członków Konsorcjum, w tym w szczególności umów o pracę i umów zlecenia, dla wykazania faktu: braku realnej możliwości zapewnienia przez Konsorcjum realizacji czynności w ramach Zadania I przez pracowników świadczących prace na podstawie umowy o pracę przy określeniu stawki za roboczogodzinę na poziomie 20.71 zł netto.

W związku z powyższym, Zamawiający powinien był powziąć poważne wątpliwości, czy ww. cena nie jest rażąco niska, mając w szczególności na względzie obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej przepisy prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym,

i zwrócić się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie - czego jednak błędnie nie uczynił. Już tylko z tego względu czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania I winna podlegać unieważnieniu.

Zarzut błędu polegającego na dokonaniu czynności wyboru oferty Konsorcjum i zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego.

Wobec okoliczności, iż oferta Konsorcjum powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - w razie przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy - jedyną ofertą, którą mógłby wybrać Zamawiający, byłaby oferta Odwołującego. W związku z powyższym, zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut nieuwzględnienia w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty nazwy wszystkich podmiotów uczestniczących w Konsorcjum

Obok powyższych zarzutów, należy wskazać, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie wskazując w zawiadomieniu o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty nazw, siedzib i adresów wszystkich członków Konsorcjum, którego liderem jest Impel Safety sp. z o.o., ograniczając się tylko i wyłącznie co do lidera tego Konsorcjum. W ten sposób Zamawiający rażąco uchybił zasadzie przejrzystości postępowania, do której przestrzegania zobowiązany był na mocy art. 7 ust. 1 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy bez udziału Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

W przedmiotowej sprawie odwoławczej nie stawił się na posiedzenie i rozprawę żaden pełnomocnik żadnej ze Stron postępowania Odwoławczego.

W aktach sprawy znajdują się potwierdzenia o prawidłowym zawiadomieniu o terminie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron. Izba ustaliła w trakcie posiedzenia, zgodnie z art. 549 ust. 2 ustawy, że strony zostały prawidłowo zawiadomione o terminie posiedzenia i rozprawy:

- Zawiadomienie o terminie do Odwołującego zostało wysłane na adres: biuro@gkkadwokaci.pl wskazany w odwołaniu oraz w aktach sprawy znajduje się potwierdzenie (od Odwołującego, potwierdzenie zwrotne) otrzymania wiadomości o terminie posiedzenia i rozprawy, które zostało przesłane do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2021 r. godzina 15:54 z Sekretariatu Kancelarii (adres email jak powyżej) Pani K. K. . Izba wskazuje w tym miejscu, że w odwołaniu jednoznacznie zostało wskazane, że Odwołujący reprezentowany jest adwokata i radcę prawnego (podano imiona i nazwiska) oraz został podany adres do doręczeń pełnomocnika,
- Zawiadomienie o terminie do Zamawiającego zostało wysłane na wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 30 grudnia 2020 roku adres: zoo@zoo.gda.pl. W aktach znajduje się potwierdzenie zapoznania się przez Zamawiającego z treścią wiadomości przekazanej w dniu 21 maja 2021 roku. Jednocześnie wymaga odnotowania, że z pisma Zamawiającego z dnia 25 maja 2021 r. (Odpowiedź na odwołanie) wynika, że termin rozprawy wraz z godziną był Zamawiającemu znany.

Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy, niestawiennictwo stron prawidłowo zawiadomionych o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Tym samym Izba, zgodnie z ww. regulacją prawną, poddała odwołanie pod rozpoznanie na rozprawie. W sprawie do czasu otwarcia posiedzenia z udziałem stron nie wpłynęło żadne pismo od Odwołującego.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 kwietnia 2021 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 25 maja 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Pismo to zostało złożone w postaci elektronicznej (art. 508 ust. 1 ustawy), podpisane przez Dyrektora Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W ofercie wybranej dla zadania I wykonawca podał skład wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Impel Safety Sp. z o.o. (...) – lider

Impel Defender Sp. z o.o. (...)

Impel Facility Services Sp. z o.o. (...)

Impel Cash Solutions Sp. z o.o. (...)

Impel Security Partnet Sp. z o.o. (...)

Garda Sp. z o.o. (...).

Pismem z dnia 22 kwietnia 2021 roku Zamawiający, na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy, zawiadomił że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na Ochronę Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego za najkorzystniejszą uznano:

ZADANIE I – Gdański Ogród Zoologiczny

IMPEL SAFETY Sp. z o.o. (lider konsorcjum)

Adres: 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118

Cena oferty: 1 079 596, 14 zł brutto

Ilość punktów wg kryteriów: -Cena – waga 90% - 90 pkt

Ilość punktów wg kryteriów: - Obiekty – waga 5% - 5 pkt

Ilość punktów wg kryteriów: - ISO – waga 5% - 5 pkt

RAZEM: 100 pkt

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), Zamawiający podał co następuje:

2.4.a. Pracownicy oddelegowani do pełnienia ochrony na terenie ZOO muszą spełniać następujące warunki:

....

c) muszą być przeszkoleni w zakresie udzielania pierwszej pomocy, posiadać wykształcenie minimum średnie, minimalny trzymiesięczny staż pracy u Wykonawcy oraz minimum roczny staż pracy w charakterze pracownika ochrony oraz być zatrudnieni na umowy o pracę,

.....

W piśmie procesowym z dnia 25 maja 2021 roku Zamawiający argumentował:

Działając w imieniu Zamawiającego - Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego, na podstawie art. 52 ust. ustawy Pzp, składam odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odwołanie jest zdaniem Zamawiającego niezasadne.

W postępowaniu na zadanie I wpłynęły 2 oferty — oferta Odwołującego i oferta Konsorcjum, którego liderem jest IMPEL Safety sp. z o.o. Oba podmioty biorą corocznie udział w ogłaszanych przez Zamawiającego przetargach na ochronę. Od wielu lat Odwołujący jest stroną umowy z Zamawiającym na ochronę Schroniska dla Bezdomnych Zwierząt w Gdańsku (zadanie II), zaś Konsorcjum świadczy usługi ochrony Gdańskiego Ogrodu Zoologicznego (zadanie I). W tym kontekście twierdzenie Odwołującego, że nie posiada on żadnej wiedzy o konkurencyjnej firmie z winy Zamawiającego wydaje się być nadużyciem.

Co do zarzutów merytorycznych przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wyjaśnia co następuje.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. Co do zasady obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty poweźmie wątpliwości co do ceny. Zgodnie z orzecznictwem prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi wyłączną kompetencję Zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy (wyrok SO w Poznaniu, sygn. akt X Ga 652/13).

W przedmiotowym postępowaniu brak jest istotnej rozbieżności pomiędzy ceną ofertową Konsorcjum a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego. Kwota 1.079.596,14 zł stanowi 97,3% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 1.109.614,98 zł. A zatem różnica między obiema kwotami to jedyne 27%. Wartość ta w żadnym przypadku nie mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, ani doprowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum. Ciężar dowodu w tym zakresie obciąża stronę, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, tj. Odwołującego. Skoro Odwołujący uważa, że wykonawca nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę zamówienia, to powinien to udowodnić. Samo podniesienie zarzutu, że oferta nie uwzględnia danego kosztu bez podania kwot, jakie wiążą się z przywołanymi przez Odwołującego okolicznościami, jest niewystarczająca do udowodnienia rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie miał obowiązku przesyłania Odwołującemu „do wiadomości” kopii korespondencji z innymi wykonawcami ani informowania go, czy wzywał ich do udzielania wyjaśnień. W szczególności, gdy (jak w przedmiotowej sprawie) w ogóle ich nie zażądał. Nie można w tej sytuacji mówić o jakimkolwiek zaniechaniu ze strony Zamawiającego, czy uchybieniu zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, jak też równemu traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 3 i art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej” ustawa) przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowania

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania zasady przejrzystości i zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny roboczogodziny w Zadaniu I, w szczególności w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - pomimo istnienia przesłanek do stwierdzenia, że cena ta jest rażąco niska, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że w art. 23 ustawy prawodawca posługuje się pojęciem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a nie „konsorcjum”. Tym samym w każdym przypadku wykonawcy ubiegający się razem o udzielenie zamówienia są wykonawcami ubiegającymi się wspólnie o zamówienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza jednocześnie w tym miejscu, że skorzystanie z tej podstawy prawnej odrzucenia oferty w postępowaniu, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą musi być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Odwołujący „miesza” w zasadzie różne etapy postępowania o udzielenie zamówienia, różne obowiązki Zamawiającego i skutki jakie rodzi to w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący łączy w zarzucie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy, w zupełności nie dostrzegając, że do naruszenia pierwszego z przepisów może dojść w sytuacji, gdy zostały złożone i ocenione wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nie podnosi, że w przedmiotowej sprawie Odwoławczej, że wybrani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w zakresie zadania I, byli wzywani do złożenia dokumentów w trybie procedury art. 90 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie stosując procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, tzn. nie wzywając wybranych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający wyjaśnił w piśmie procesowym, co znajduje również odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że kwota cena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. 1 079 596,14 zł stanowi 97,3% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 1 109 614,98 zł.

W rozpoznawanej sprawie za kluczowy należy uznać zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy jest innym zarzutem niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Ustawodawca obecnie w art. 90 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena lub koszt oferty ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje,

czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość Zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę.

Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty lub kosztu zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwość Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.

W rozpoznawanej sprawie, ofert wykonawców wybranych nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia, a jedynie o 2,7 % jak również od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Izba wskazuje, że to Odwołujący powinien był wykazać spełnienie wcześniej opisanych przesłanek, dowieść, że cena powinna wydawać się rażąco niska Zamawiającemu i budzić jego wątpliwości. Odwołujący w przedstawionej argumentacji zawartej w odwołaniu nie wykazał powyższych okoliczności. Odniesienie się przez Odwołującego do jednego z elementów składowych ceny oferty, z tym wskazaniem oceny Izby, że uzasadnienie odwołania w tym zakresie sprowadza się w zasadzie do dwóch zdań zawartych w odwołaniu.

Jednocześnie w żaden sposób wykonawca odwołujący nie wyjaśnił, nie wytłumaczył nie wykazał na jakiej podstawie twierdzi w jednym zdaniu, że cena skalkulowana przez wybranych wykonawców nie zakłada przestrzegania wymogu z pkt 2.4 a SIWZ. Izba podkreśla, że takie stwierdzenie nie może być uznane za argumentację uzasadniającą podniesione przez Odwołującego naruszenia prawa. Odwołujący nie uzasadnił dlaczego uważa, że kalkulacja ceny oferty zawiera w sobie jedynie częściowe zatrudnienie na etat, a w pozostałym zakresie w ramach umów cywilnoprawnych. Cytowanie w szerokim zakresie orzeczeń sądowych czy też stanowiska Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie w żaden sposób nie uzasadnia tego co zostało skalkulowane w cenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, nie wykazał a w zasadzie nawet nie stał się uzasadnić dlaczego stawka 20,71 netto za roboczogodzinę w zadaniu I „winna być uznana za rażąco niską”. Odwołujący odnosi się do charakteru czynności ale nie wyjaśnia co też rozumie pod tym hasłem. Jak również nie wyjaśnia na czym polega brak realności tej stawki z ekonomicznego punktu widzenia. W szczególności Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, nie wykazał, że z punktu widzenia ekonomicznego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie korzystali z niedopuszczalnej praktyki – przy czym Odwołujący nie podał jakiej praktyki odnosząc się do opisanego działania wyżej w odwołaniu. Izba podkreśla, że nie jest obowiązkiem stron jak i Izby domyślanie się uzasadnienia jakie stara się przedstawić wykonawca i ewentualne dobieranie sobie jakiejś argumentacji wskazanej gdzieś powyżej w odwołaniu. Izba wskazuje, że nie jest zadaniem Izby poszukiwanie argumentacji w zakresie podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia prawa, więcej nie jest zadaniem Izby odgadywanie jakie to elementy stanowią uzasadnienie faktyczne. Niezmiennie odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego

w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12. Tym samym Izba nie może poszukiwać uzasadnienia jakiego nie wskazał wykonawca, nie może zastępować go w argumentacji.

W zakresie wniosku podnoszonego przez Odwołującego dotyczącego zobowiązania Zamawiającego do przedstawiania umów Izba podkreśla, że nie zastępuje wykonawcy w zbieraniu dowodów czy argumentacji. Izba rozstrzyga spór pomiędzy stronami postępowania ale nie zastępuje ich w poszukiwaniu argumentacji na okoliczność przez nich podnoszone. Zobowiązanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia do złożenia umów stanowiłoby w ocenie Izby zastąpienie Odwołującego w dowodzeniu. Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie są stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego. Natomiast postępowanie odwoławcze jakie prowadzi Krajowa Izba Odwoławcza jest odrębnym, samodzielnym i niezależnym postępowaniem od postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba, mając na uwadze powyższe, za bezprzedmiotowe uznała prowadzenie dowodu z zeznań świadka. Słuchanie świadka na okoliczność podnoszoną przez Odwołującego stanowiłaby w ocenie Izby niedopuszczalne po terminie na złożenie odwołania uzupełnienie argumentacji odwołania, w zasadzie przedstawienie argumentacji odwołania.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych podnoszonych przez Odwołującego. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt. Jednakże nie jest uzasadnieniem dla sanowania błędów w działaniu wykonawcy i odstąpienia od realizacji przez niego powstałego obowiązków aktywującego przesłankę odrzucenia sama chęć pozyskania zamówienia. Izba podkreśla, że naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum oraz zaniechanie wyboru oferty Memling Security Sp. z o.o. jako

najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a oferta Memling Security Sp. z o.o. byłaby jedyną (a zatem najkorzystniejszą) nieodrzuconą ofertą, zaś Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny oferty Memling Security Sp. z o.o. – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zawiadomienie o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający przestrzegania zasady przejrzystości, polegające na niewskazaniu w tym zawiadomieniu nazw, siedzib i adresów wszystkich członków Konsorcjum, którego liderem jest Impel Safety sp. z o.o. – Izba uznała zarzut za zasadny, aczkolwiek niemający wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 544 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy z 2019 roku Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Faktycznie, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty obowiązany jest do informowania niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

W postępowaniu o zamówienia publiczne, w piśmie z dnia 22 kwietnia 2021 roku Zamawiający podał, wskazując wybraną ofertę dla Zadania I, jedynie nazwę pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Nie podał natomiast w tym piśmie nazw pozostałych 5 wykonawców wspólnie z pełnomocnikiem ubiegających się o to

zamówienie. Takie działanie Zamawiającego niewątpliwie stanowi naruszenie ww. przepisu art. 92 ustawy.

Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia przepisów, które miałyby wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący z łatwością zdekodował jaką ofertą, których wykonawców została wybrana w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w zakresie którego Zadania. Izba zgodnie z powyżej wskazanym przepisem art. 554 ustawy z 2019 roku nie mogła uwzględnić odwołania w części, bowiem stwierdzone naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje w odsianiu do rozpoznawanych spraw odwoławczych, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r., Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sprawie tej odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji dwóch zarzutów zasadnych do trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jednakże zarzut trzeci, choć Izba uznała za zasadny nie miał wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że Izba odwołania uwzględnić w tej części nie mogła. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł. W tym przypadku, zgodnie z § 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. z 2020 r. poz. 2437) koszty postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: