

WYROK
z dnia 28 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Renata Tubisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018r. przez **wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-Service” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzańska 6a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Akademię Wojsk Lądowych imienia Generała Tadeusza Kościuszki z siedzibą we Wrocławiu, ul. Czajkowskiego 109**

przy udziale **wykonawcy STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2347/18 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Impel Defender Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 i Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2347/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Impel Defender Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 i odrzucenia ich oferty

1B. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony Osób i Mienia „GUARD-Service” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-Service” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzańska 6a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Agencji Ochrony Osób i Mienia „GUARD-Service” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzańska 6a** na rzecz **STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9** kwotę 4011 zł. 21 gr (słownie: cztery tysiące jedenaście złotych dwadzieścia jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę osób i mienia w kompleksach koszarowych AWL we Wrocławiu, Rakowie Wielkim oraz Szklarskiej Porębie w latach 2019-2021 przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2018r. za numerem 2018/S 147 – 337297.

W dniu 31 października 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty wykonawcy STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz o klasyfikacji wykonawców. W dniu 13 listopada 2018r. odwołujący – wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-Service” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Poznaniu, ul. Tatrzańska 6a wniósł odwołanie. Odwołanie wniósł prezes zarządu upoważniony do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 listopada 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy przez:

- 1) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Stekop S.A.,
- 2) zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia Wykonawców Stekop S.A. oraz Konsorcjum Firm w składzie: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k.,
- 3) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ofert Stekop S.A. oraz Konsorcjum Firm w składzie: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k., za zawierających rażąco niską cenę,
- 4) dokonanie ocen ofert niezgodnie z kryteriami SIWZ przez błędną ocenę kryterium realizacji usług i przyznanych punktów dla Konsorcjum Firm w składzie: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy polegającym na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, co skutkuje wzruszeniem zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy polegającym na zaniechaniu wykluczenia oferty złożonej przez Wykonawcę Stekop S.A. oraz Wykonawcę Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert Stekop S.A. oraz Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. / o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k., za zawierających rażąco niską cenę.
- 4) art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do oferentów składających ofertę o najniższej cenie o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503 ze zm.) przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z zasadą przejrzystości, zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. w sposób dowolny i niezgodny z postanowieniami SIWZ w zakresie kryterium doświadczenie.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert.
- 3) wykluczenia Wykonawcy Stekop S.A. oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- 4) wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Impel oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
- 5) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozpraw.

Odwołujący wskazał, iż w świetle art. 179 ust. 1 ustawy jest osobą legitymowaną do wniesienia odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego, która nie została w postępowaniu odrzucona i uzyskała na podstawie kryteriów oceny trzecie miejsce, może być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma więc interes w uzyskaniu danego zamówienia, a tym samym możliwość kwestionowania czynności oraz zaniechań zamawiającego jako niezgodnych z prawem za pomocą środków prawnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż Wykonawca Stekop S.A. oraz Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k., zwane dalej Konsorcjum Impel, powinni być wykluczeni z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 bądź na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Wykonawcy w/w w złożonej przez siebie ofercie nie ujawnili faktu istnienia okoliczności mogących stanowić przesłanki wykluczenia podlegające ocenie w świetle artykułu w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy.

Zamawiający w Rozdziale VII pkt 1.1 SIWZ przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy

tj. wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W wyjaśnieniach i modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 5 września 2018 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 10 zmodyfikował zakres możliwości wykluczenia wykonawcy dodając przesłankę wykluczenia uregulowaną w art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy, na podstawie której wykluczeniu podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa ich uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosowanych środków dowodowych.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy żądał wraz z ofertą złożenia przez wszystkich wykonawców oświadczenia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia JEDZ oraz oświadczeń niepodlegania wykluczeniu, w tym z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 w formie załącznika nr 2 do SIWZ. W przypadku istnienia przesłanki wykluczenia z w/w przepisu do złożenia oświadczenia i dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy w zakresie podjętych środków naprawczych.

Wykonawca Stekop S.A. oraz członkowie Konsorcjum Impel złożyli oświadczenie według załącznika nr 2 oraz w jednolitym dokumencie JEDZ wskazując, że wobec nich nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

Natomiast w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zarówno Wykonawca Stekop S.A. jak i Wykonawca Konsorcjum Impel z przyczyn leżących po ich stronie nienależycie wykonali wcześniej zawarte umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarte z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do odszkodowania w postaci kar umownych.

Wykonawca Stekop S.A. zaniechał ujawnienia, iż w ramach realizacji umowy na ochronę fizyczną kompleksów wojskowych na rzecz 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu, Bukowska 34, 60-811 Poznań, zostało na niego nałożonych 6 kar umownych o łącznej wysokości 10.100.00 zł.

Treści protokołów z czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach: 21 stycznia 2016 r., 30 marca 2016 r., 12 maja 2016 r., 16 kwietnia 2017 r., 22 czerwca 2017 r. oraz od 4 do 6 kwietnia 2018 r. wskazują na nieprawidłową realizację usług przez Wykonawcę Stekop S.A. W wyniku czynności kontrolnych stwierdzono m.in. brak wymaganych dokumentów u pracowników ochrony, brak dowódcy ochrony w czasie kiedy powinien on pełnić swoje obowiązki, brak wiedzy na temat zasad użycia broni palnej u pracowników ochrony, brak drugiego pracownika w Grupie Interwencyjnej, nieprawidłowe wyposażenie pracownika Grupy Interwencyjnej, wyposażenie pracowników w przeterminowane środki ochrony, przekroczenie dopuszczalnych dobowych norm czasu pracy. Przyczyny nałożenia kar umownych na Wykonawcę wskazują na wagę naruszonych przez Wykonawcę obowiązków. Przyczyny nienależytego wykonania umowy, za które Wykonawca Stekop S.A. został obciążony karami umownymi wskazują na istotny stopień niewywiązania się przez Wykonawcę z przyjętych na siebie zobowiązań. Zgodnie z wyrokiem KIO 335/18 z dnia 13 marca 2018 r., lex nr 2505337 sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnieść zarówno co do zakresu umowy, jak i do znacznego naruszenia postanowień umowy. Niespełnienie przez Wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy stanowi nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu. Obowiązki, których zaniechał Wykonawca Stekop S.A. realizując umowę zawartą z 14 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Poznaniu stanowią kluczowy element umów, których przedmiotem jest ochrona fizyczna kompleksów wojskowych. Szczególnie rażącym zaniedbanie ze strony Wykonawcy Stekop S.A. była niepełna obsada posterunków oraz dopuszczenie do wykonywania świadczenia pracowników, którzy nie posiadali wiedzy oraz umiejętności w zakresie posługiwania się bronią palną. Opierając się na treści protokołów nie sposób się również zgodzić by przyczyny, dla których kary umowne zostały na Wykonawcę Stekop S.A. nałożone leżały po innej stronie niż po stronie samego Wykonawcy, Odwołujący zwrócił uwagę, że dla zamawiającego zdarzenia, za które naliczane były kary umowne były istotne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. W przeciwnym razie zdarzenia nie byłyby objęte karą umowną i nie traktowano by ich jako nienależyte wykonanie zamówienia.

Analizując treści protokołów należy wskazać, że Wykonawca w związku z naruszeniami, których się dopuścił podlega wykluczeniu również w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy, która została dodana do SIWZ w drodze wyjaśnień i modyfikacji dokonanych przez zamawiającego. Czynności, których zaniechał Wykonawca Stekop S.A. należy, w ocenie odwołującego, kwalifikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych podważających uczciwość Wykonawcy, o czym przede wszystkim świadczy waga naruszonych obowiązków. Dopuszczenie do pełnienia obowiązków pracowników nie posiadających wiedzy ani umiejętności dotyczących posługiwania się bronią palną, wyposażenie tych pracowników w przeterminowane środki ochrony, a także braki w zasobach ludzkich do wykonywania świadczeń stwarza realne zagrożenie dla dóbr, których ochrona została wykonawcy powierzona w ramach zawartej umowy, a także wpływa na potencjalne bezpieczeństwo mienia i osób trzecich. Tym bardziej, że niniejsze zamówienie obejmuje usługi ochrony wykonywane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne w obiektach

szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa. Odnosząc się do kwestii zawinienia Wykonawcy to wskazać należy, że wzorzec prawidłowego postępowania wymagany w danej sytuacji od Wykonawcy winien uwzględniać profesjonalny charakter, w jakim Wykonawca występuje w obrocie. Wykonawca winien mając na uwadze specyfikę obiektów, których obrony się podjął, wykazać się wysokim stopniem staranności i nie dopuszczać do sytuacji, w których w wyniku zaniedbań czy zaniechań mogłoby dojść do naruszenia lub zagrożenia naruszeniem bezpieczeństwa osób lub mienia.

Wykonawca Stekop S.A. nie ujawnił również okoliczności, iż w ramach umowy na usługi ochrony fizycznej jednostek i kompleksów wojskowych będących na zaopatrzeniu 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zgierzu, ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz w wyniku postępowania 2017/S 168-345963 - nr sprawy 60/ZP/17 w okresie od 01.01.2018r do chwili obecnej został obciążony 5 karami umownymi za nienależyte wykonanie umowy na łączną kwotę 9.200.00 zł.

Wykonawca Stekop S.A. zataił także okoliczność obciążenia go licznymi karami umownymi w ramach umowy na świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia realizowanej przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne realizowanej na rzecz 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu, ul. Obornicka 100-102. Łączna kwota, którą Wykonawca Stekop S.A. został obciążony w ramach umów realizowanych na rzecz w/w zamawiającego w okresie od 15.12.2017r. do chwili obecnej wynosi 79.000.00 zł (97 kar umownych). Z wykazu kar umownych naliczonych Wykonawcy Stekop S.A. wynika, że Wykonawca w sposób uporczywy naruszał przyjęte na siebie zobowiązania. Ilość nałożonych kar umownych, ich wysokość oraz częstotliwość powtarzających się naruszeń tych samych obowiązków podważa wiarygodność Wykonawcy, a także świadczy o nienależytym wykonaniu umowy w istotnym stopniu.

Dowody:

- Dokumenty złożone przez Wykonawcę Stekop S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności oświadczenie złożone przez Wykonawcę Stekop S.A. o braku przesłanek do wykluczenia będące w posiadaniu zamawiającego.
- Pismo nr 867/16 z dnia 10 lutego 2016 r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 21 stycznia 2016 r. oraz notą obciążeniową nr 4/FIN/2015,
- Pismo nr 2493/2016 z dnia 1 I kwietnia 2016 r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 30 marca 2016 r. oraz notą obciążeniową nr 11/FIN/2015,
- Pismo nr 3966/16 z dnia 7 czerwca 2016 r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 12 maja 2016 r. oraz notą obciążeniową nr 19/FIN/2015,
- Pismo nr 3369/17 z dnia 10 maja 2017 r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 16 kwietnia 2014 r. wraz z notą obciążeniową nr 10/FIN/2017,
- Pismo nr 4994/17 z dnia 20 listopada 2017r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 22 czerwca 2017r. wraz z notą obciążeniową nr 19/FIN/2017.
- Pismo nr 4098/18 z dnia 8 czerwca 2018 r. wraz z protokołem z czynności kontroli z dnia 4-6 czerwca 2018 r. wraz z notą obciążeniową nr 1 I/FIN/2018

Pismo nr 11287/18 z dnia 6 listopada 2018 r. Pismo nr 14464/18 z dnia 9 listopada 2018 r.

Do zatajenia okoliczności mogących doprowadzić do wykluczenia doszło także po stronie Wykonawcy Konsorcjum Impel. Członek konsorcjum Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. - występując wspólnie z. Impel Security Polska Sp. z o.o. i Impel Monitoring Sp. z o.o.

Wykonawca Stekop S.A., jak również Wykonawca Konsorcjum Impel w sposób celowy, a przynajmniej na skutek lekkomyślności czy niedbalstwa nie przekazał zamawiającemu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający na skutek zatajenia przez w/w wykonawców okoliczności naliczenia kar umownych w czasie realizacji umowy oraz przyczyn obciążenia takimi karami nie miał szans zweryfikować fakultatywnych podstaw wykluczenia. Na skutek celowego działania wykonawców bądź co najmniej działania lekkomyślnego czy niedbałego zamawiający nie zbadał okoliczności, które winny być wzięte pod uwagę przed podjęciem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. W szczególności zamawiający nie dokonał oceny czy przewinienia objęte karami umownymi mogą mieć istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji zamówienia, czy stanowią przesłankę do wykluczenia wykonawcy. W tym sensie zamawiający został wprowadzony w błąd przez Stekop S.A. i Konsorcjum Impel. Tym bardziej, że winnych takich samych przypadkach, o których istnieniu powziął wiedzę wszczął i przeprowadził procedurę wyjaśniającą.

Ponadto wskazać należy, że okoliczność zatajenia jakichkolwiek informacji mogących być podstawą do wykluczenia, nie daje podstaw do konwalidowania złożonego oświadczenia i wzywania do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie lub dowodów na okoliczność podjęcia jakichkolwiek środków naprawczych, które mogłyby podlegać ocenie przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy

2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne tj. działanie lekkomyślne, działanie niedbałe. W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej tj. zgodnej z rzeczywistością. Zatajenie informacji mogących stanowić przesłankę wykluczenia należy uznać za działanie co najmniej niedbałe. Wykonawcy przy składaniu oferty oraz pozostałych dokumentów wymaganych przez zamawiającego w inni wykazać się należyta starannością mając na uwadze treść art. 355 § 2 k.c. przewidujący podwyższony miernik staranności dla profesjonalistów. Wykonawcy należytej staranności nie wykazali, o czym świadczy chociażby fakt, że w wyjaśnieniach i modyfikacjach treści SIWZ zamawiający odniósł się do przesłanek fakultatywnego wykluczenia, co winno skłonić wykonawców do pogłębionej analizy ewentualnych przypadków, w których mogłyby się pojawić wątpliwości co do nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Przedmiotem zamówienia Akademii Wojsk Lądowych nr WNP/713/US/2018 są usługi społeczne w branży ochrony osób i mienia obiektów jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych w rozumieniu Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególna ochrona (Dz. U. z 2003 r. Nr 116, poz. 1090) i są zaliczone do kategorii i obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa, dlatego podlegają szczególnej ochronie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 10 czerwca 1999 r. w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz. U. z 2014 r., poz. 1770). Z uwagi na powyższe zamawiający słusznie zastosował podwyższone wymagania odnośnie kwalifikacji i uprawnień pracowników ochrony, szkoleń czy wyposażenia. W szczególności, zgodnie z wymogami SIWZ (Rozdział IV ust. 2.4.) pracownicy ochrony fizycznej muszą spełniać następujące warunki:

1. posiadać legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej - wszyscy pracownicy ochrony we wszystkich obiektach oraz koordynator ochrony,
2. pracownicy ochrony fizycznej w kompleksie we Wrocławiu i koordynator ochrony, muszą posiadać poświadczenia bezpieczeństwa osobowego dopuszczające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” oraz zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych.
3. posiadać legitymacje osoby dopuszczonej do posiadania broni w kompleksie we Wrocławiu.

zamawiający w Rozdziale IV ust. 2.18 SIWZ zastrzegł wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (w pełnym wymiarze czasu pracy) przez Wykonawcę lub Podwykonawców wszystkich osób bezpośrednio wykonujących czynności pracownika ochrony w obiektach objętych przedmiotem zamówienia i grup interwencyjnych. Wymóg ten potwierdził także w odpowiedzi na pytania Wykonawców. Natomiast w ust. 2.25 Rozdziale IV SIWZ zamawiający nie dopuścił zatrudnienia pracowników ochrony z grupą inwalidzką.

W związku z podwyższonymi wymogami co do kwalifikacji pracowników ochrony, pozyskanie na terenie, gdzie będzie świadczona usługa, pracowników o tych kwalifikacjach za minimalnym wynagrodzeniem, nawet powiększonym o dodatkowe wynagrodzenie za godziny nocne ze względu na dozór całodobowy, jest nierealne. Z badania lokalnego rynku pracy wynika, że dla pozyskania pracowników do realizacji tego zamówienia należy przewidzieć wynagrodzenie średnio dla posterunków i stanowisk w wysokości 13 zł netto za godzinę pracy. Średnią stawkę wynagrodzenia 13 zł netto przyjęto na podstawie poziomu wynagrodzeń pracowników ochrony SUFO na obiektach podobnego typu. a także na podstawie własnych doświadczeń i rozróżnienia stawek dla poszczególnych stanowisk i związanych z nimi kwalifikacji określonych w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ tego postępowania. Minimalne wynagrodzenie nie powinno być niższe niż:

- dla dowódcy zmiany 15 zł/rbh (roboczogodzina) netto,
- dla pracownika ochrony na posterunku z bronią 14 zł /rbh netto.
- dla pracownika ochrony bez broni 13 zł /rbh netto,
- dla dozorczy 10,50 zł /rbh netto,
- dla dowódcy dozorczy 11.00 zł/rbh netto.

Średnia arytmetyczna (łącznie wynagrodzenia pracowników ochrony zgodnie z SIWZ i ilości stanowisk) to ok. 13 zł /rbh netto. Przy czym żaden z wykonawców nie może uzyskać dofinansowania wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, których to nie mogą zatrudnić przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Do niniejszego odwołania odwołujący załączył także szczegółową kalkulację jednostkowych kosztów pracy pracownika ochrony przy wynagrodzeniu na poziomie 13 zł netto za godzinę z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych, które to koszty wynoszą 24,01 zł na jedną godzinę usługi. Dowodem na rynkowość wynagrodzenia na poziomie 13 zł netto za godzinę w tym przypadku jest także załączone do niniejszego odwołania pismo pracowników ochrony obecnie zatrudnionych na terenie Akademii Wojsk Lądowych skierowane do Komendanta-Rektora w tej sprawie.

Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz w Specyfikacji Technicznej określił niezbędne do

realizacji zamówienia środki materiałowe oraz inne wymagania kosztotwórcze, a w Specyfikacji umundurowania niezbędną odzież itp. Wykonawcy muszą ponosić także koszty podatku od nieruchomości za udostępnione powierzchnie użytkowe części budynków i powierzchni gruntów, a także koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wartości umowy. Minimalny koszt jednostkowy z tych tytułów w wysokości co najmniej 0.95 zł/rbh przedstawia załączona tabela.

Powyższe świadczy, że minimalną możliwą do rzetelnego realizacji zamówienia jest stawka 24,96 zł za roboczogodzinę netto. Z tych względów zaoferowane stawki jednostkowe Stekop S.A. w wysokości 21,80 zł /rbh i Konsorcjum Impel w wysokości 23,23 zł/rbh realnie nie mogą pokryć kosztów pracy zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i pozostałych kosztów materiałowych i innych zobowiązań i nie uwzględniają żadnej marży. Zdaniem odwołującego, zaproponowane wyżej ceny są poniżej kosztów realizacji zamówienia, a tym samym same oferty są nierzetelnie i niewiarygodne.

Dowody:

- kalkulacja jednostkowych kosztów pracy.
- kalkulacja jednostkowych kosztów materiałowych i innych zobowiązań,
- pismo pracowników ochrony z 15 października 2018 r.

Reasumując. zamawiający na podstawie badania rynku, na którym ma być świadczona usługa, określił kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości zamówienia w wysokości 13.966 106.00 zł brutto tj. 1 1 254 557.72 zł netto, co przy 395.280 godzinach świadczenia usługi w latach 2019-2021 daje średnią stawkę netto 28,47 zł/godz., której poziom należy przyjąć jako realny do zrealizowania usługi według wymagań określonych w SIWZ. Natomiast cena całkowita oferty Stekop S.A. wysokości 10 599 037.95 zł jest o 24,11% niższa od wartości zamówienia ustalonego przez zamawiającego oraz o 18,78% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z kolei cena całkowita oferty Konsorcjum Impel w wysokości 11 294 295,90 zł jest o 19,13% niższa od wartości zamówienia ustalonego przez zamawiającego oraz o 13,45% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Co przy uwzględnieniu okoliczności, że ok. 90% ceny stanowią koszty pracy, wskazuje, że zamawiający miał obowiązek zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy i zwrócenia się do oferentów o udzielenie wyjaśnień, gdyż zachodziły uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że z opublikowanej przez Polską Izbę Ochrony Uchwały nr 14 XI Zgromadzenia PIO w sprawie opracowania minimalnej stawki za usługi ochrony wynika, że stawka godzinowa usługi z uwzględnieniem tylko minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2019 r. realizowanej przez kwalifikowanych pracowników ochrony bez broni powinna być na poziomie 25,30 zł/godz. a z bronią na poziomie 27,60 zł/godz. Istotny jest fakt, że kalkulacja zamawiającego odpowiada stawkom przyjętym przez Polską Izbę Ochrony.

Dowód:

- Uchwała nr 14 Zgromadzenia Polskiej Izba Ochrony

Zgodnie oficjalnym stanowiskiem Urząd Zamówień Publicznych zawartym w publikacji Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji „z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawa”, uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. Regulacja prawna zawarta w ww. przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu. Zgodnie z art. 90 ust. 1 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. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy. W świetle znówelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np.

o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 20 marca 2012 r. C-599/10). W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15. KIO 1577/15. KIO 1584/15).

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny. przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Jednocześnie czynniki te mogą (jak np. koszty pracy) stanowić istotną część składową ceny. budzącą wątpliwości zamawiającego ze względu na swoją szczególnie niską wartość. Przykładowy charakter wyliczenia oznacza, że zamawiający uprawniony jest również do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy. 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."

Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku KIO 326/18 z dnia 22 marca 2018 r. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla oceny ofert przewidział dwa kryteria: cena i doświadczenie przy zastosowaniu wagi cena 80%, doświadczenie 20%. W Rozdziale XVIII ust. 4 pkt Ad.2) ppkt g SIWZ zamawiający określił szczegółowo zasady dotyczące oceny kryterium doświadczenie dla wykonawców występujących wspólnie. W ppkt g zamawiający określił następującą regułę: „W przypadku Wykonawców występujących wspólnie. zamawiający określi średnią ilość realizacji przypadających na jednego wykonawcę (jako średnią arytmetyczną) i tą ilość uwzględni w ocenie, pod warunkiem że Wykonawca w sposób jednoznaczny wykaże, że wszyscy wykonawcy występujący wspólnie będą wykonywali czynności związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnie do wykazanych realizacji ".

W niniejszym przetargu wspólnie występuje konsorcjum w składzie: Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Safety Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. Wykonawcy biorący udział w konsorcjum Impel przedstawili różne ilości realizacji. Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. wykonał 13 realizacji. Natomiast pozostali uczestnicy konsorcjum wykonali po jednej realizacji. zamawiający przyznał konsorcjum 10 punktów za kryterium doświadczenie wyliczając niezgodnie z SIWZ średnią arytmetyczną na 5 realizacji.

W dniu 14 listopada 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 15 listopada 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Stekop SA z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 listopada 2018r.

W dniu 16 listopada 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Defender Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż nie podlegają wykluczeniu i złożyli ważną ofertę, która może być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika konsorcjum działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 19 września 2018 r. udzielone przez komplementariusza każdego z członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisach z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 listopada 2018r.

W dniu 21 listopada 2018r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. W uzasadnieniu podniósł, że postanowił dokonać ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie nie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 w związku z art. 24 ust. 5 pkt 21 i 4 ustawy oraz powtórzyć czynność oceny ofert w zakresie istnienia przesłanek rażąco niskiej ceny. Powodem powtórzenia powyższych czynności są nowe fakty i okoliczności przedłożone do odwołania. Zamawiający wskazał, że wykonawcy Stekop SA oraz Konsorcjum Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. i Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. nie ujawnili wszystkich faktów istnienia okoliczności mogących stanowić przesłanki wykluczenia w szczególności, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania oferty z przyczyn leżących po ich stronie nienależycie wykonali wcześniej zawarte umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarte z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do odszkodowania w postaci kar umownych. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów w sposób

oczywisty wynika, że takie przypadki zaistniały. Brak podania istotnych dla oceny wykonawców informacji powoduje, że wykonawcy ci powinni być wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 w związku z postanowieniami siwz. Zamawiający po analizie w zakresie przesłanek istnienia rażąco niskiej ceny, a w szczególności opublikowanej przez Polską Izbę Ochrony Uchwały nr 14 XI Zgromadzenia PIO w sprawie opracowania minimalnej stawki za usługi ochrony uznał, że zarzuty odwołującego zasługują na uwzględnienie. W związku z uwzględnieniem przesłanek wykluczenia wykonawców Stekop i Konsorcjum Impel oraz przesłanki odrzucenia ich ofert jako zawierających rażąco niskie ceny, oferty te nie podlegają ocenie punktowej, a więc zarzut nienależytej oceny staje się bezprzedmiotowy.

Przystępujący Konsorcjum Impel w dniu 23 listopada 2018r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

W dniu 23 listopada 2018r. przystępujący STEKOP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania, oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego STEKOP kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Przystępujący Stekop wskazał, że zamawiający w żadnym z dokumentów przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przewidział możliwości wykluczenia wykonawców na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy: „którzy nie podlegają wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 -23 ustawy PZP oraz (dodatkowo zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy) z art. 24 ust. 5 pkt 1, pkt 4-8 ustawy. Pytanie nr 10 z dnia 5 września 2018r. brzmiało następująco: wnosimy o wyjaśnienie, czy zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie postanowień przewidujących możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 i pkt 4 ustawy. W związku z tym, to wykonawca, który zadał pytanie nr 10, popełnił błąd w pytaniu przyjmując, że zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych. W związku z tak sformułowanym pytaniem wykonawcy, zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie przewiduje dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie postanowień przewidujących możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 i pkt 4 ustawy”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie błędnie formułowane przez wykonawcę, wskazał wyłącznie, że nie wyraża zgody na wykreślenie możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych, a nie — jak to twierdzi odwołujący — że rozszerzył zakres przesłanek wykluczenia z postępowania.

Ponadto, w związku z zadaniem pytaniem i udzieloną odpowiedzią zamawiający nie dokonał żadnej zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana zakresu przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania wymagałaby zaś zmiany treści SIWZ, w szczególności zapisu Rozdziału VII ust. 1 pkt 1.1. SIWZ. W związku z tym według przystępującego Stekop uznać należy, że możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych, nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie mógł więc naruszyć art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

W ocenie odwołującego rzekomo utajnioną przez przystępującego Stekop okolicznością mającą uzasadniać jego wykluczenie z postępowania jest, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, przystępujący obciążany był karami umownymi przez następujących zamawiających:

- 1) 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu,
- 2) 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu
- 3) 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu.

Przystępujący Stekop z ostrożności wskazał, że nie dopuścił się żadnego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a w szczególności takich, które podważyłyby jego uczciwość — co jest koniecznym warunkiem zastosowania przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

Zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W interpretacji ww. przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. o sygn. C-465/11 (Forposta) Koniecznym do ustalenia, czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa, jest ustalenie standardu staranności, jakim powinien wykazać się wykonawca. W przeważającej mierze wykonawcami są przedsiębiorcy, co oznacza, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 2 k.c.). Rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu wykonawcy winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez niego w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. W praktyce bardzo często występują problemy ze stosowaniem pojęcia rażącego niedbalstwa. Nie każde naganne zachowanie wykonawcy może zostać

zakwalifikowanej jako rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo jest elementem winy nieumyślnej, a ta podlega stopniowaniu — mamy do czynienia z lekkomyślnością, niedbalstwem i rażącym niedbalstwem. Dopiero wystąpienie rażącego niedbalstwa wiąże się z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych, a udowodnienie tej okoliczności spoczywa na zamawiającym.

Samo nałożenie kary umownej na wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie „nie może powodować uznania, iż wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”. Gdyby przyjąć — jak wskazuje odwołujący — że sam fakt nałożenia na wykonawcę kar umownych w realizowanej umowie, powoduje ziszczenie się fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, to w praktyce nie byłoby wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia (co do których nie zachodziłaby wskazane przesłanka wkluczenia). Nie taki natomiast był cel wprowadzenia regulacji w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 prawa zamówień publicznych, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyście wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Przystępujący Stekop powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2017 r. sygn. akt KIO 1992/17. Przystępujący Stekop podkreślił, że nie dopuścił się niewykonania ani nienależytego wykonania zobowiązania w istotnym stopniu. Dla ustalenia, czy niewykonanie albo nienależyte wykonanie nastąpiło w istotnym stopniu, znaczenie ma art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE, ponieważ art. 24 ust. 5 pkt 4 stanowi jego implementację do polskiego porządku prawnego. Jak wynika z art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE, istotny stopień niewykonania albo nienależytego wykonania umowy oznacza znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy.

Po drugie, jedną z okoliczności, która musi zaistnieć, aby wykonawca mógł zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 prawa zamówień publicznych, jest rozwiązanie umowy (niewykonanej albo nienależyście wykonanej) lub zasądzenie odszkodowania. Okoliczność ta nie zachodzi w stosunku do przystępującego Stekop, gdyż:

- 1) żadna z umów, na które powołuje się odwołujący, nie została rozwiązana,
- 2) w związku z realizacją umów, na które powołuje się odwołujący, nie doszło do zasądzenia na rzecz zamawiających jakiegokolwiek odszkodowania.

Samo nałożenie kary umownej i zapłata tej kary przez wykonawcę, nie jest wystarczające dla zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 prawa zamówień publicznych.

Umowy zawarte z 14 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Poznaniu

W ocenie odwołującego poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, jak i nienależytym wykonaniem zobowiązania w istotnym stopniu, o których mowa powyżej, jest fakt naliczenia przystępującemu Stekop sześciokrotnie kary umownej w związku z realizacją dwóch umów na ochronę fizyczną kompleksów wojskowych na rzecz 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Poznaniu, na łączną kwotę 10.100,00 zł.

Przystępujący Stekop wykonywał dwie odrębne usługi na rzecz 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego (na podstawie dwóch odrębnych umów), a nie jedną — jak to wskazuje odwołujący. W związku z tym, wskazane 6 kar umownych o łącznej wartości 10.100,00 zł dotyczyło dwóch umów, a nie jednej. Potwierdzają to również protokoły załączone przez odwołującego, w których jednoznacznie powołano się na dwie umowy. Przystępujący realizował na rzecz 14 Wojskowego Oddziału Gospodarczego:

- 1) umowę nr 29/W/2015 z dnia 09.12.2015 r., na podstawie której naliczono mu kary umowne w łącznej wysokości 9.100,00 zł,
- 2) umowę nr 30/W/2015 z dnia 09.12.2015 r., na podstawie której naliczono mu karę umową w wysokości 1.000,00 zł.

Pierwsza z umów zawarta z 14 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym (nr 29/W/2015) obejmowała ochronę kompleksów wojskowych w Biedrusku przy ul. Ogrodowej i poligonu. Przystępujący Stekop opisał, co wchodzi w skład sił ochronnych ochraniających kompleksów i jako dowód powołał szczegółowy Opis Zamówienia dla poszczególnych zadań częściowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Ochronę fizyczną, monitoring kompleksów wojskowych oraz konwojowanie wartości pieniężnych” (zadanie 3) — załącznik nr 5.

Umowa w/w postępowaniu została zawarta na czas określony, tj. od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia 30 listopada 2018 r. Wynagrodzenie przystępującego za cały okres realizacji umowy wynosi 5.760.792,58 zł brutto.

W 12 ust. 1 umowy zostało zawarte postanowienie: „Zamawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy, w szczególności:

- 1) wykonywanie zamówienia niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
- 2) rażącym niedopełnieniu obowiązków przez pracownika wykonawcy z wszystkimi konsekwencjami prawnymi w tych przypadkach (np. stwierdzenie przez zamawiającego podczas kontroli braku pracownika wykonawcy na posterunku, a tym samym niedopełnienie przedmiotu umowy nie zapewnienie ciągłości ochrony, o której mowa w 3 ust. 1 pkt 3 lub powtarzającym się zaniedbywaniu obowiązków przez wykonawcę, stwierdzonym protokołem”.

W 9 ust. 1 umowy wykonawca zobowiązał się do prowadzenia kontroli w zakresie czynności ochronnych wykonywanych przez pracowników ochrony minimum 2 razy w miesiącu (w tym raz w godzinach nocnych) oraz minimum 1 raz na kwartał z udziałem upoważnionego w umowie przedstawiciela zamawiającego. Zakres kontroli obejmował m.in. realizację ochrony zgodnie z „Instrukcją ochrony”, wyciągiem z planu ochrony oraz umową, ukompletowanie pracowników ochrony, znajomość obowiązków instrukcyjnych i tabelarycznych przez pracowników ochrony, sprawdzenie uzbrojenia i wyposażenia pracowników, sprawdzenie działania głupy interwencyjnej i zainstalowanych technicznych urządzeń wspomagających ochronę fizyczną. Nadto, określone osoby z ramienia zamawiającego mogły wykonywać dodatkową kontrolę o każdej porze (par 9 ust. 3).

Jako dowód powołał umowę nr 29/W/2015 z dnia 9.12.2015 r. (załącznik nr 3).

Z kolei umowa nr 30/W/2015 dotyczyła ochrony kompleksów wojskowych w Biedrusku przy ul. Chłudowskiej. Zakres obowiązków wykonawcy wyznaczony był w opisie zadania 4 Szczegółowego Opisu Zamówienia. Wynagrodzenie umowne przysługujące wyniosło 2.414.499,84 zł brutto, a zakres obowiązków wykonawcy był analogiczny jak w przypadku umowy nr 29/W/2015. Jako dowód powołał:

umowa nr 30/W/2015 z dnia 9.12.2015 r. (załącznik nr 4),

— Szczegółowy Opis Zamówienia dla poszczególnych zadań częściowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Ochronę fizyczną, monitoring kompleksów wojskowych oraz konwojowanie wartości pieniężnych” (zadanie 4) — załącznik nr 5.

Nałożenie przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy na przysługującego Stekop wyżej wskazanych niewielkich kar umownych, nie świadczy z pewnością o istotnym nienależytym wykonaniu umowy. Na pokreślenie zasługuje, że zamawiający z umów nr 29/W/2015 i 30/W/2015 — 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy nie miał żadnych wątpliwości, że usług była realizowana przez przysługującego należycie. Potwierdza to wystawienie przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy potwierdzenia prawidłowego wykonania umowy (referencji). Jak 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w potwierdzeniu prawidłowego wykonania usługi z dnia 13 czerwca 2018 r.: „usługę wykonano w sposób należyty, terminowo oraz zgodnie z warunkami zawartymi w umowach nr 29/W/15, 30/W/15 z dnia 09.12.2015 r. ”.

Jako dowód powołał: potwierdzenie prawidłowego wykonania umowy z dnia 13.06.2018 r. (załącznik nr 6) Kary umowne naliczone w trakcie wykonywania umów stanowią jedynie znikomą część wartości całej umowy.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że nie są zgodne z prawdą przywołane w odwołaniu przejęskrawione twierdzenia, że przysługujący Stekop dopuścił do pełnienia obowiązków pracowników nie posiadających wiedzy ani umiejętności dotyczących posługiwania się bronią palną, wyposażył pracowników w przeterminowane środki ochrony czy posiada braki w zasobach ludzkich, ponieważ zdarzenia, na które wskazuje odwołujący miały charakter incydentalny. zamawiający nigdy nie stwierdził „braku umiejętności posługiwania się bronią palną” pracowników przysługującego, a pozostałe uchybienia miały charakter jednostkowy. Ponadto 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy, nie odstąpił od umowy z przysługującym i nie naliczył z tego tytułu kary umownej, co potwierdza prawidłowość realizacji umów przez Przysługującego.

Umowa zawarta z 31 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Zgierzu

Pismo 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawie udzielenia informacji publicznej dotyczącej zamówienia publicznego nr 60/ZP/17 (załączone do odwołania), nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że przysługujący Stekop w sposób nienależyty wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę. Usługi ochrony osób i mienia na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego realizuje kilku wykonawców, w tym przysługujący Stekop. W piśmie tego zamawiającego nie wskazano w żadnym miejscu, że kary umowne w łącznej wysokości 9.200,00 zł zostały nałożone na przysługującego Stekop. 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy wskazał jedynie, że w ramach umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania 60/ZP/17 „wystawił 5 not finansowych na kwotę 9200, 00 zł jako kary umowne za nienależyte wykonania umowy. Ww. okresie nie były zasądzone odszkodowania z powodu nienależytego wykonania umowy”. Z pisma tego wynika więc, że kary, o których mowa w tym piśmie, dotyczą wszystkich umów, zawartych z wszystkimi wykonawcami, którzy realizują na rzecz 31 Wojskowego Oddziału Gospodarczego usługi ochrony osób i mienia, a nie wyłącznie przysługującego Stekop.

Nawet zatem, jeżeli wszystkie kary, o których mowa w piśmie z dnia 6 listopada 2018r. zostały nałożone na

przystępującego, to nie świadczyłoby to o niewykonaniu przez przystępującego Stekop umowy w istotnym stopniu, czy poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych. Przystępujący zawarł dnia 28 listopada 2017 r. z 31 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym umowę nr 12/31WOG/2017/ZP, na okres od dnia 1 grudnia 2017 r. do dnia 20 grudnia 2019 r. Łączna wartość umowy za okres od 1 grudnia 2017 r. do końca 2018 r. wynosi 12.256.091,41 zł. Łączna wartość kar umownych określonych w piśmie z dnia 6 listopada 2018 r. wynosi zaś 9.200,00 zł, Wartość kar umownych wynosiłaby więc jedynie 0,07% wartości umowy.

Jako dowód powołał: umowa nr 12/31 WOG/2017/ZP z dnia 28.11.2017 r. (załącznik nr 7).

Umowy zawarte z 2 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym we Wrocławiu

Po pierwsze: odwołujący niezgodnie z prawdą twierdzi, że kary umowne zostały naliczone przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy „w ramach umowy na świadczenie usług ochrony fizycznej”. Kary szczegółowo wskazane w załączniku do pisma 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z dnia 9 listopada 2018 r. (załączonego do odwołania), dotyczą realizacji nie jednej, lecz sześciu umów i dotyczą realizacji usług ochrony osób i mienia na kilkudziesięciu różnych obiektach wojskowych

Dowód:

- umowa nr 11/201 WW z dnia 14.12.2017 r. (załącznik nr 8),
- umowa nr 12/2018/W z dnia 08.12.2017 r. (załącznik nr 9),
- umowa nr 13/2018/W z dnia 08.12.2017 r. (załącznik nr 10),
- umowa nr 15/2018/W z dnia 08.12.2017 r. załącznik nr 11),
- umowa nr 16/2018/W z dnia 08.12.2017 r, (załącznik nr 12),
- umowa nr 230/201 WW z dnia 11.08.2018 r. (załącznik nr 13).

W celu wykazania rzeczywistego zakresu stwierdzonych uchybień oraz porównania wartości kar umownych do wartości umów zawartych z 2 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym, przystępujący Stekop przedstawił tabelę — załącznik nr 7 do niniejszego pisma. Dowód: tabela dotycząca umów zawartych z 2 WOG (załącznik nr 14).

Z powyższego zestawienia wynika, że ciężar uchybień Przystępującego wyrażony stosunkiem wartości naliczonych kar umownych do całkowitej wartości wynagrodzenia umownego jest znikomy i wynosi co najwyżej zaledwie 0,37% wartości danej umowy. Co więcej, w żadnym przypadku 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy nie rozwiązał umowy z przystępującym Stekop z uwagi na nienależyte wykonywanie obowiązków przez przystępującego.

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy uważa, że usługi są wykonywane przez przystępującego Stekop w sposób należyty, co zostało potwierdzone wystawieniem przez tego zamawiającego poświadczenia wykonania usług (referencji) dnia 10 września 2018 r. Zgodnie z treścią poświadczenia wykonania usługi wystawionego przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy: „Usługi określone w wyżej wymienionych umowach są wykonywane należycie. Współpraca pomiędzy zamawiającym, a firmą STEKOP S. A, przebiega bezkonfliktowo, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reaguje zgodnie z zapisami umowy”. Dowód: poświadczenie wykonania usług z dnia 10.09.2018 r. (załącznik nr 15).

W praktyce usług ochroniarskich wystąpienie kar umownych jest okolicznością, której nie da się uniknąć, w szczególności w sytuacji określenia rygorystycznego katalogu kar umownych przez zamawiających w umowach o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby przystępujący Stekop dopuścił się nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, jak również poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Brak podstawy do wykluczenia Przystępującego z uwagi na rzekome „utajnienie informacji”

Jak już wyżej wskazano, wobec przystępującego Stekop nie zachodzą przesłanki wykluczenia w związku z tym, nie było podstawy do informowania zamawiającego o powyższym. Oznacza to, że przystępujący nie miał obowiązku wykazywać w JEDZ-u powyższych informacji, a ich niewykazanie nie stanowiło wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, ani nie mogły one mieć wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zachowanie przystępującego Stekop przybrało formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co jest niezbędne do spełnienia się przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 prawa zamówień publicznych.

Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz czyn nieuczciwej konkurencji.

Cena za realizację przedmiotu zamówienia, jaką zaoferował przystępujący Stekop w jego ocenie, nie jest ceną rażąco niską. Na brak cech ceny rażąco niskiej wskazuje w szczególności porównanie ceny zaoferowanej przez przystępującego z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz kwotą, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Porównanie cen ofertowych zaoferowanych przez wykonawców z ceną ofertową przystępującego Stekop, a także szacunkową wartością zamówienia, prowadzi do wniosku, że cena przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Jak wynika z porównania wyżej wskazanych cen:

- 1) cena zaoferowana przez przystępującego Stekop jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. kwoty 13.049.457,71 zł) o ok. 19%; w związku z czym cena zaoferowana przez przystępującego nie wypełnia przesłanki z art. 90 ust. 1a prawa zamówień publicznych nakładającej na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 2) cena zaoferowana przez przystępującego jest ponadto niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o ok. 9%; w związku z czym cena zaoferowana przez przystępującego Stekop nie przesłanki z art. 90 ust. 1a prawa zamówień publicznych nakładającej na Zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przystępujący zapewnił, że cena zaoferowana przez niego zawiera wszelkie koszty (bezpośrednie i pośrednie) wykonania zamówienia oraz zysk przystępującego. Przystępujący Stekop uwzględnił również w cenie ofertowej wynagrodzenia pracowników równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę (które w 2019 r. wyniesie 2.250 zł brutto) oraz dodatkowe wynagrodzenie z tytułu pracy w godzinach nocnych.

Przystępujący Stekop podał, że w ramach umowy o pracę skalkulował następujące koszty:

- płaca brutto - 2 400,00 zł
- koszty uzyskania przychodu - 111,25 zł
- ulga podatkowa - 46,33 zł
- skala podatkowa - 18,00 %
- podstawa opodatkowania do ubez. zdrow. - 2.070,96 zł
- podstawa opodatkowania - 1.960,00 zł
- zaliczka podatku – 146,00 zł
- wypłata netto 1 .738,57 zł

Składki ZUS

Wypadkowe 0,93% pracodawca 22,32 zł.

Emerytalne 19,52% pracownik 234.24zł., pracodawca 234,24 zł. łącznie 468,48 zł.

Rentowe 8,00% pracownik 36,00 zł, pracodawca 156,00 zł łącznie 192,00 zł

Chorobowe 2,45% pracownik 58,80 zł

fundusz pracy 2,45% pracodawca 58,80 zł

zdrowotne 9,00% pracownik 186,39 zł

FGśp 0,10% pracodawca 2,40 zł

PRACOWNIK NETTO - 1 748,57 zł

KOSZTY PRACODAWCY - 2 883,76 zł

Urlop w roku w dniach - 26

ŁĄCZNE KOSZTY ZATRUDNIENIA - 3.181 29 zł

Z powyższego wynika, że łączne koszty zatrudnienia pracownika na umowę o pracę przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę, uwzględniające już koszty urlopów pracownika wynoszą 3.181,29 zł.

Koszty zatrudnienia pracowników odpowiadają poziomowi płac stosowanemu u przystępującego, wobec pracowników wykonujących pracę na obszarze województwa dolnośląskiego, czego dowodem są załączone do niniejszego pisma zanonimizowane kopie umów o pracę. Na podkreślenie zasługuje, że przystępujący świadczy usługi na obszarze realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego i znane mu są realia rynku pracy.

Dowód: 30 umów o pracę (załącznik nr 16) w tym 29 z wynagrodzeniem 2100zł. i 1 z wynagrodzeniem 525zł.

Zgodnie z zapisami Rozdziału 1 Specyfikacji Technicznej zawartej w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, zamówienie obejmuje realizację usług ochrony w Kompleksie koszarowym we Wrocławiu, Rakowie Wielkim oraz Szklarskiej Porębie.

W Rozdziale 4 Specyfikacji Technicznej Zamawiający (Wykaz Posterunków) wskazał na wymaganą liczbę stanowisk na każdym posterunku, jak również liczbę dni oraz godzin pracy. Na tej podstawie przystępujący Stekop był w stanie określić liczbę roboczogodzin.

Łączna liczba roboczogodzin w okresie roku wyniesie 131.400 roboczogodzin (za wyjątkiem roku 2020 gdzie wyniesie ona 131.760), zaś w okresie 3 lat (całym okresie realizacji zamówienia) wyniesie 394.560 roboczogodzin.

Z powyższego wynika, że w I roku wykonywania zamówienia liczba roboczogodzin dla kwalifikowanego pracownika ochrony wyniesie miesięcznie (średnio) 10220 rbh, dla dowódcy zmiany 730 rbh, w II roku odpowiednio 10248 rbh i 732 rbh, a w III — 10220 rbh i 730 rbh. Przystępujący założył, że przy limicie godzin na osobę (średnio 167,2 w pierwszym roku, 168,4 w drugim i 168 w trzecim) planowana liczba osób do obsady dla dowódcy zmiany 4,363 i dla kwalifikowanego pracownika ochrony — 61,076 w pierwszym roku, odpowiednio 4,340 i 60,759 w drugim oraz 4,345 i 60,833 w trzecim (w zaokrągleniu 66 osób każdego roku). Następnie, przyjmując całkowite koszty wynagrodzenia

jednego pracownika (3.181,29 zł) przyjął, że całkowity miesięczny koszt pracodawcy z tytułu wynagrodzenia pracowników wyniesie średnio 208.180,35 zł w pierwszym roku, 207.098,80 w drugim oraz 207.350,16 w trzecim roku. To oznacza, że średni koszt przystępującego za jedną godzinę miesięcznie wynosi 19,01 zł w pierwszym roku, 18,86 zł w drugim i 18,94 zł w trzecim.

Wydatki, jakie ponieść musi przystępujący Stekop w związku z realizacją zamówienia (m.in. zakup sprzętu, podatek od nieruchomości, koszt gwarancji, umundurowania itd.). Zestawienie zawiera również założone powyżej koszty wynagrodzenia oraz przewidują zysk dla przystępującego. Z tabeli wynika, że przyjęta przez przystępującego stawka roboczogodziny jest rzeczywistą, rynkową stawką przyjętą na potrzeby realizacji zamówienia – Dowód:

kalkulacje kosztów wykonania zamówienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego) — załącznik nr 17.

Odwołujący wskazuje, że przyjęta przez przystępującego Stekop cena w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę realizacji zamówienia jest niższa od ceny opracowanej w kalkulacji przyjętej przez Polską Izbę Ochrony, Tymczasem kalkulacja, na którą powołuje się Odwołujący, stanowi jedynie ewentualne wytyczne dotyczące sposobu kalkulacji ceny i nie jest w żaden sposób wiążąca dla wykonawców. Ponadto kalkulacja ta jest nierzetelna.

W kalkulacji Polskiej Izby Ochrony, na którą powołuje się odwołujący, wskazano, że minimalna stawka roboczogodziny zatrudnienia pracownika wynosi 23,00 zł, stawka zatrudnienia kwalifikowanego pracownika ochrony wynosi ok. 25,30 zł, a pracownika kwalifikowanego z dostępem do broni palnej ok. 27,60 zł. Stawka ta została zapewne (nigdzie nie wskazano, z jakich źródeł powzięto informacje, że właśnie takie kwoty należy przyjąć), w oparciu o pewne założenia, które u każdego z wykonawców mogą być inne. Wskazane wyliczenie kalkulacji kosztów roboczogodziny pracy kwalifikowanego pracownika ochrony jest nierzetelne między innymi z uwagi na:

1)niezasadne przyjęcie, że wynagrodzenie kwalifikowanego pracownika ochrony powinno zostać podwyższone o ok. 10%,

2)dowolne przyjęcie wysokości składki wypadkowej, podczas gdy wysokość składki różna jest u różnych przedsiębiorców,

Wysokość składki wypadkowej zgodnie z decyzją Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, u przystępującego wynosi 0,93%,

3)przyjęcie wygórowanej stawki ekwiwalentu BHP w wysokości 40,00 zł miesięcznie na pracownika. U przystępującego wysokość tego ekwiwalentu jest znacznie niższa i wynika z wewnętrznego zarządzenia,

4)bezzasadne przyjęcie wygórowanej kwoty 25,00 zł jako wysokości miesięcznego odpisu na Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych, podczas gdy np. u Przystępującego zgodnie z przepisami nie tworzy się odpisu na Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych,

5)przyjęcie wygórowane kwoty aż 198,00 zł jako kosztów administracyjnych i kosztów ubezpieczenia przedsiębiorstwa, przypadających w ciągu jednego miesiąca na jednego pracownika,

Kwota ta jest kwotą wygórowaną. Nie jest możliwe określenie przybliżonej kwoty kosztów administracyjnych, które musi ponieść dany wykonawca w inny sposób niż poprzez wyliczenie ich przez właśnie tego wykonawcę. Koszty administracyjne są ściśle związane z strukturą danego przedsiębiorstwa i uzależnione od wielu czynników, np. od tego, czy wykonawca posiada wewnętrzną obsługę księgową, czy też korzysta z księgowości zewnętrznej, liczby zatrudnianych pracowników (koszty stałe dzielą się na wszystkich pracowników) oraz liczby obsługiwanych podmiotów (kontrahentów).

6)przyjęcie wygórowanej kwoty 30 zł, jako miesięcznego kosztu badań lekarskich pracownika oraz przeszkolenia pracownika,

U przystępującego koszty te są znacznie niższe, co wynika np. z zatrudniania przez przystępującego wysokiej liczby pracowników i w związku z tym możliwości negocjowania niższych stawek wynagrodzenia za badania lekarskie.

7)niczym nieuzasadnione przyjęcie zysku przedsiębiorstwa na poziomie 8%, podczas gdy przyjmowana wysokość zysku jest uzależniona do danego przedsiębiorcy, a świadczenie usług ochrony osób i mienia cechuje się niskim poziomem zysku w ogólnej kwocie wynagrodzenia.

Przystępujący podkreślił ponadto, że kalkulacja przyjęta przez Polską Izbę Ochrony nie jest w żaden sposób wiążąca dla wykonawców oraz nie może stanowić podstawy do oceny ceny ofertowej przystępującego. Również sam odwołujący

przyjął stawkę roboczogodziny, która jest niższa od stawki roboczogodziny zalecanej przez Polską Izbę Ochrony dla kwalifikowanego pracownika ochrony i kwalifikowanego pracownika ochrony z dostępem do broni palnej. Sama różnica pomiędzy cenami nie stanowi o tym, że cena niższa jest ceną rażąco niską. Normalnym na rynku, gdzie występuje konkurencja, jest dążenie do obniżenia kosztów wykonywania usług, a co za tym idzie ceny.

Na podkreślenie zdaniem przystępującego Stekop zasługuje, że odwołujący opiera swoje twierdzenie o zaoferowaniu przez przystępującego realizacji zamówienia za cenę rażąco niską o nierzetelną kalkulację kosztów zatrudnienia pracowników opracowaną przez Polską Izbę Ochrony, podczas gdy sam w przedstawianych kalkulacjach przyjmuje wysokość kosztów zatrudnienia pracowników niższą niż wysokość kosztów przyjęta w kalkulacji Polskiej Izby Ochrony. Wskazał ponadto, że wszelkie twierdzenia odwołującego oparte są wyłącznie na wskazanej kalkulacji Polskiej Izby Ochrony oraz wewnętrznym przekonaniu odwołującego, że cena zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niską.

Przystępujący Stekop podkreślił ponadto, że zamawiający uwzględnił odwołania również w zakresie rzekomego wystąpienia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, pomimo że Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny i sposobu jej wyliczenia. W związku z tym, zarzut w zakresie zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jest co najmniej przedwczesny, gdyż zamawiający nie dał przystępującemu możliwości wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny ofertowej. Zamawiający uwzględniając odwołanie uznał, powołując się w tej mierze na wyliczenia Polskiej Izby Ochrony, że zasadnym jest odrzucenie oferty przystępującego zamiast podjęcia czynności ponownego zbadania oferty i wystosowanie do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień. Gdyby przyjąć za prawidłowe twierdzenie zamawiającego, że cena roboczogodziny niższa niż stawka określona w uchwale Polskiej Izby Ochrony stanowi cenę rażąco niską, to zamawiający byłby zobligowany również do odrzucenia oferty odwołującego, gdyż odwołujący również zaoferował stawkę niższą niż wynikającą z przedmiotowej uchwały.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wyjaśnień siwz z dnia 5 września 2018r. siwz, ofert przystępujących i odwołującego, informacji o wyniku postępowania, dowodów dołączonych do odwołania i złożonych przez odwołującego na rozprawie, dowodów przystępującego dołączonych do sprzeciwu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z siwz, wyjaśnień treści siwz z dnia 5 września 2018r. oraz oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, że zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy i nie dokonał modyfikacji siwz przez wprowadzenie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, zaś wskazanie na tę przesłankę w odpowiedzi na pytanie było jedynie odniesieniem się do literalnego brzmienia pytania.

Z protokołu otwarcia ofert wynika, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 13 966 106 zł. brutto i opcję w kwocie 246 000 zł. brutto. Jak wynika z oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie zamawiający wyszacował wartość zamówienia z uwzględnieniem 3% corocznej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Bezsporne było, że wykonawcy tej waloryzacji nie wliczali w wartość zaoferowanych cen.

Konsorcjum Impel zaoferowało wykonanie zamówienia za kwotę 11 294 295,90 zł.

Odwołujący za kwotę 13 355 760,17 zł.

STEKOP za kwotę 10 599 1037,95 zł.

Konsorcjum DGP za kwotę 16 948 736,83 zł

Zamawiający sporządził notatkę służbową z ustalenia, czy zachodzą ustawowe przesłanki z art. 90 ust. 1a do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy i doszedł do przekonania, że oferta STEKOP zawierająca 21, 80 zł. netto nie wymaga zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy, ani oferta Konsorcjum IMPEL ze stawką 23,23 zł. netto nie wymaga zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy. U zamawiającego nie wzbudziły też wątpliwości realizacje wykazywane w ramach doświadczenia STEKOP, choć stwierdził, że w 2 realizacjach poz. 2 i 3 brak jest dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, a w poz. 20 wykazano usługę niezakończoną na dzień składania ofert.

W dniu 31 października 2018 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy STEKOP, na drugim miejscu znalazło się konsorcjum IMPEL.

W dniu 31 października 2018 r. odwołujący poinformował zamawiającego o tym, że wykonawcy Stekop i Konsorcjum IMPEL mogą podlegać wykluczeniu z przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z uwagi na zapłatę wysokich kar umownych w związku z wcześniej realizowanymi zamówieniami. Do pisma załączono dowody dotyczące firmy STEKOP i usług nr 29/W/2015, umowy nr 30/W/2015,

Z oferty STEKOP wynika, że na załączniku nr 2 str. 844-845 oświadczył, że brak u wykonawcy podstaw wykluczenia, w tym za powodu nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia – pkt. I.1.1) oświadczenia. Wykonawca nie skorzystał z procedury samooczyszczenia opisanej w pkt. 1) lub 2) oświadczenia.

Wykonawca na potwierdzenie warunków udziału wykazał następujące usługi:

- 1.Dla 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Radomiu w okresie 04.01.2017-04.01.2018 – referencje str. 890 Stekop realizowała usługę ochrony w sposób właściwy wywiązując się z warunków zawartej umowy
- 2.Dla 31 WOG w Zgierzu w okresie 01.12.2016-30.11.2017 – referencje str. 891 – umowa została wykonana zgodnie z umową
- 3.Dla Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin w okresie 01.12-2015 w realizacji – referencja str. 892 – usługa realizowana jest w zakresie zgodny z zawartą umową
- 4.Dla Wojskowego Ośrodka Szkoleniowo-Kondycyjnego Półwysep Czterech Wiatrów w okresie 01.02.2017 – 31.01.2018 – referencje str. 893 – poziom świadczonych usług w pełni odpowiada wymaganiom i oczekiwaniom, firma jest dobrze zorganizowana, otwarta na prośby i sugestie klienta, jest solidnym partnerem
- 5.4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu w okresie 01.07.2017 – 30.06.2018 – referencja str. 894 – umowa wykonywana była w sposób należyty, zgodnie z zapisami zawartymi w umowie

Z wykazu usług w ramach kryterium oceny ofert wynikają następujące realizacje na rzecz:

- 1.Mazowieckiego Portu lotniczego Warszawa – Modlin w okresie 01.10.2012-01.10.2015 – referencja str. 899 brak informacji o ocenie świadczenia usługi,
- 2.Mazowieckiego Portu lotniczego Warszawa – Modlin w okresie 01.10.2012-01.10.2015 referencja str. 900 – firma realizowała zapisy umowy należycie,
- 3.22 WOG w Olsztynie w okresie 30.12.2016-31.01.2018 – referencja 901-902 umowa realizowana zgodnie z postanowieniami umowy, w sposób należyty, z dołożeniem właściwej staranności,
- 4.JW. 1128 w Malborku w okresie 16.01.2015-03.01.2017 – referencja str. 903 usługi świadczone w sposób należyty,
- 5.JW. 1128 w Malborku w okresie 03.01.2015-03.01.2017 – referencja str. 903 usługi świadczone w sposób należyty,
- 6.21 WOG w Elblągu w okresie 30.11.2016-07.02.2018 – referencja str. 904 – usługa została wykonana zgodnie z zawartą umową z należytą starannością,
- 7.17 WOG w Koszalinie w okresie 12.01.2017 – 12.01.2018 – referencja str. 905 – nie nałożono kar umownych, wykonawca jest wiarygodny,
- 8.JW. 1300 Pruszcz Gdański w okresie 03.01.2017 – 03.01.2018 – referencja str. 906 rzetelny i profesjonalny przedsiębiorca, choć nie ustrzegł się uwag w trakcie realizacji umowy,
- 9.2 WOG we Wrocławiu w okresie 15.12.2016-15.12.2017 – referencja str. 907 usługi były wykonywane należycie, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reagowała zgodnie z zapisami umowy,
- 10.2 WOG we Wrocławiu w okresie 15.12.2016-15.12.2017 - referencja str. 907 usługi były wykonywane należycie, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reagowała zgodnie z zapisami umowy,
- 11.2 WOG we Wrocławiu w okresie 15.12.2016 – 15.12.2017 - referencja str. 907 usługi były wykonywane należycie, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reagowała zgodnie z zapisami umowy,
- 12.2 WOG we Wrocławiu w okresie 15.12.2016-15.12.2017 - referencja str. 907 usługi były wykonywane należycie, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reagowała zgodnie z zapisami umowy,
- 13.2 WOG we Wrocławiu w okresie 15.12.2016-15.12.2017 - referencja str. 907 usługi były wykonywane należycie, a na występujące niedociągnięcia podczas realizacji zadań firma reagowała zgodnie z zapisami umowy,
- 14.Jednostka Wojskowa 4220 w Ustce w okresie 10.01.2014-02.01.2017,
- 15.JW. 4057 w Szczecinie w okresie 30.11.2015-30.11.2016 – referencja str. 909 – firma w sposób właściwy traktuje swoje zobowiązania wobec klienta, wszystkie uwagi usuwane były na bieżąco,
- 16.JW. 5228 w Białymstoku w okresie 01.01.2014 – 31.12.2015 – referencja str. 910 – usługa wykonana należycie, zgodnie z umową,
- 17.Muzeum Podlaskie w Białymstoku w okresie 01.03.2015-29.02.2016 – referencja str. 911 – usługi świadczone w sposób profesjonalny, z pełnym zaangażowaniem i zgodnie z zawartą umową, firma wiarygodna, solidna i gwarantująca należyte wykonanie usług,
- 18.Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie w okresie 01.06.2016-30.06.2018 – referencja str. 912 – realizowano usługę z należytą starannością,
- 19.ZUS Oddział w Olsztynie w okresie 01.07.2016-30.06.2018 referencja str. 913-914 umowa została wykonana należycie i zgodnie z jej postanowieniami,
- 20.Europol GAZ SA w Warszawie w okresie 01.07.2017 umowa w realizacji.

Z pisma Komendanta M.P. z dnia 9 lutego 2016r. wynika, że umowa nr 29/W/2015 była nieprawidłowo wykonana tj., dowódca ochrony nie był obecny w dniu 21 stycznia 2016 r. o godz. 6:45 przy wykonywaniu zabezpieczenia fizycznego kompleksów nr 8605 i 8606, mimo, że jego zmiana powinna się zakończyć o godz. 7:00, wykonawca Stekop S.A. został obciążony karą umowną 800 zł.

Z pisma Komendanta M.P. z dnia 11 kwietnia 2016 r. wynika, że umowa nr 29/W/2015 była nieprawidłowo wykonana bo w dniu 30 marca 2016 r. dwóch pracowników ochrony nie miało wymaganych dokumentów, za co Stekop S.A. obciążono

karą 1000 zł.

Z pisma Komendanta M.P. z dnia 10 maja 2017 r. wynika, że umowa nr 29/W/2015 była nieprawidłowo wykonana, gdyż w dniu 16 kwietnia 2017 r. grupę interwencyjną stanowił tylko 1 pracownik i miał niezapięty hełm oraz torbę cywilną utrudniającą zapięcie kamizelki kuloodpornej, za co Stekop S.A. obciążono 1500 zł. kary.

Z pisma Komendanta M.P. z dnia 7 czerwca 2016 r. wynika, że umowa nr 29/W/2015 była wykonana nieprawidłowo, gdyż 12 maja 2016 r. pracownicy ochrony nie posiadali wiedzy na temat zasad użycia broni palnej, za co Stekop został obciążony kwotą 1000 zł.

Z pisma Komendanta M.P. z dnia 19 lipca 2017 r. wynika, że umowa nr 29/W/2015 była nieprawidłowo wykonana, gdyż dwóch pracowników nie przestrzegało norm czasu pracy i norm dobowego odpoczynku, a nadto zapisy Księgi Meldunków i Książki pełnienia służby w odniesieniu do dwóch pracowników były niezgodne ze stanem faktycznym, za co Stekop obciążono kwotą 4 800 zł.

Powyższe oznacza, że łączna wysokość kar umownych z umowy nr 29/W/2015 obciążała Stekop na kwotę 9100 zł.

Z pisma Komendanta M. B. z dnia 8 czerwca 2018 r. wynika, że umowa nr 30/W/2015 była nieprawidłowo wykonana, gdyż dwóch pracowników posiadało przeterminowane chemiczne środki obezwładniające, za co Stekop obciążono kwotą 1000 zł.

Z pisma Komendanta J.C. z dnia 9 listopada 2018r. wynika, że firma Stekop została obciążona karami umownymi:

Z umowy nr 8/2018/W na kwotę 200 zł. – niewłaściwa realizacja ochrony,

Z umowy 9/2018/W na 1800 zł. – niewłaściwa realizacja ochrony i brak pełnej obsady posterunku,

Z umowy nr 11/2018/W na 15 900 zł. za brak zachowania norm odpoczynku, spóźniony dojazd ekipy interwencyjnej, niewłaściwa realizacja ochrony,

Z umowy nr 12/2018/W na 12 200 zł. za spóźniony czas dojazdu ekipy interwencyjnej, niewłaściwa realizacja ochrony, brak kontroli ze strony osób z nadzoru, brak prawidłowego wyposażenia,

Z umowy nr 13/2018/W na 18 100 zł. za brak prawidłowego wyposażenia, spóźniony dojazd ekipy interwencyjnej, niewłaściwą realizację ochrony,

Z umowy nr 15/2018/W na 23 000 zł. za niewłaściwą realizację ochrony, brak pełnej obsady posterunku, brak prawidłowego wyposażenia,

Z umowy nr 16/2018/W na 7 300 zł. za niewłaściwą realizację obowiązków ochrony, spóźniony dojazd ekipy interwencyjnej,

Z umowy nr 230/2018/W na kwotę 300 zł za brak pełnej obsady posterunku.

Z pisma Komendanta 31 WOG Z.F. z dnia 6 listopada 2018 r. wynika, że w ramach umowy nr 60/ZP/17 nałożono na jakiś podmiot 9 200 zł. kar umownych.

Z kalkulacji jednostkowych kosztów pracy przy stawce netto 13 zł. wynika, że wynagrodzenie średnie brutto wynosi 18 zł., a łączne koszty pracy z ZUS, chorobowym, urlopem, ekwiwalentem BHP i odpisem na ZFŚS wynoszą 24,01 zł.

Z kalkulacji jednostkowych kosztów materiałowych i innych zobowiązań według siwz w niniejszej sprawie według odwołującego wynika, że koszt na 1rhb wyspecyfikowanych 21 elementów kosztotwórczych wyceniono na 0,95 zł., co przy 395 280 roboczogodzinach dało wartość 377 478,00 zł.

Z pisma podpisanego przez 32 osoby wynika, że osoby te niepokoi niski poziom cen firm Stekop i Impel, gdyż w ocenie tych osób wartość 1 godziny pracy powinna się kształtować na poziomie 24zł./godzinę przy wynagrodzeniu minimalnym 13 zł. netto, natomiast przy stawce STEKOP 26,82 zł., daje to kwotę 21,80 netto/godzinę, a u Impel 28, 57 zł. brutto, co dane 23,23 zł. netto/godzinę, co jest poniżej kosztów wynagrodzeń rynkowych i nie uwzględnia pozostałych kosztów osobowych i materiałowych.

Z kalkulacji Polskiej Izby Ochrony z dnia 17 września 2018 r. wynika, że wykonano kalkulację wariantu pracy mieszanej dzień – noc i uzyskano minimalną stawkę kalkulacyjną na kwotę 23 zł., przy czym koszt brutto 1 roboczogodziny wyceniono na kwotę 21,37 zł. i przewidziano 8% zysk, którą dla wykwalifikowanego pracownika ochrony należy podwyższyć do kwoty 25,30 zł., a wykwalifikowanego pracownika z dostępem do broni palnej na kwotę 25,70 zł.

Z pisma 4 WOG w Gliwicach z dnia 21 listopada 2018 r. wynika, że w ramach aktualnie obowiązującej umowy dotyczącej ochrony fizycznej JW. 3946 Bytom, ul. Oświęcimska, kompleks Toszek kompleks Gliwice i JW. 2748 Wrocław Radzionków w czasie realizacji umowy na Stekop 3 krotnie nakładano kary umowne z powodu nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w dniu 30 marca 2018 r. na kwotę 9 600 zł. za brak wymaganego wyposażenia, realizację zadań w kolejnej następującej po zakończonej służbie zmianie, brak wypełnionych grafików, niezrealizowanie czynności kontrolnych, w dniu 30.04.2018 r. i 18.09.2018 r. na kwotę 53 100 zł. za brak wymaganego wyposażenia (broni i hełmów, kluczyka do kajdanek), brak od 1 do 3 pracowników na zmianie, nieterminowy przyjazd grupy interwencyjnej, realizację zadań w kolejnej następującej po zakończonej służbie zmianie.

Z notatki służbowej sporządzonej przez Inspektora Kontroli i Nadzoru R.K. z dnia 14 listopada 2018 r. wynika, że przedstawiciele Stekop spotkali się z pracownikami ochrony Guard-Service i celem spotkania była propozycja

zatrudnienia tych pracowników przez Stekop w latach 2019-2021 i przedstawienie warunków placowych – wynagrodzenie netto 14 zł. za godzinę.

Odwolujący podał, że przy założeniu stawki 13 zł. netto skalkulował następujące koszty:

- płaca brutto - 3000,00 zł
- koszty uzyskania przychodu - 111,25 zł
- ulga podatkowa - 46,33 zł
- skala podatkowa - 18,00 %
- podstawa opodatkowania do ubez. zdrow. - 2.588, 70 zł
- podstawa opodatkowania – 2 588,70 zł
- zaliczka podatku – 199,00 zł
- wypłata netto 2 156,72 zł

Składki ZUS

Wypadkowe 0,93% pracodawca 27,90 zł.

Emerytalne 19,52% pracownik 292,80 zł., pracodawca 292, 80 zł. łącznie 585,60 zł.

Rentowe 8,00% pracownik 45,00 zł, pracodawca 195,00 zł łącznie 240,00 zł

Chorobowe 2,45% pracownik 73,50 zł

fundusz pracy 2,45% pracodawca 73,50 zł

zdrowotne 9,00% pracownik 232,98 zł

FGśp 0,10% pracodawca 3,00 zł

PRACOWNIK NETTO – 2 156,72 zł

KOSZTY PRACODAWCY – 3 564,30 zł

Urlop w roku w dniach - 26

ŁĄCZNE KOSZTY ZATRUDNIENIA – 3 932, 14 zł

Dowody dołączone do sprzeciwu:

Z umowy nr 29/W/2015 z dnia 09.12.2015 r. wynika, że została zawarta na okres od 1 stycznia 2016 do 30 listopada 2018r za wynagrodzeniem 5 760 792,58 zł. ze stawką 16,05 zł/ rhb, za rażące niedopełnienie obowiązków (mogące skutkować odstąpieniem przez zamawiającego od umowy) przez pracownika wykonawcy np. stwierdzenie podczas kontroli braku pracownika wykonawcy na posterunku – niezapewnienie ciągłości ochrony lub powtarzającym się zaniechaniu przez wykonawcę obowiązków stwierdzonych w protokole. Katalog kar umownych określa par. 13 pkt. 3 – 16 umowy.

Izba ustaliła, że w ramach kar umownych nałożonych na wykonawcę stwierdzono opuszczenie na 15 minut kompleksu przez dowódcę, brak dokumentów, zbyt mała grupa interwencyjna i inne nienależyte wykonanie usługi jak niezapięty hełm i posiadanie torby cywilnej oraz brak wiedzy na temat zasad użycia broni palnej, nieprzestrzeganie norm dobowego odpoczynku. Brak informacji o powtarzalności tych uchybień. Zamawiający nie rozwiązał umowy i wystawił w dniu 13 czerwca 2018 r. referencje, że usługę wykonano w sposób należyty, terminowo i zgodnie z warunkami zawartymi w umowie.

Z umowy nr 30/W/2015 z dnia 9.12.2015 r. wynika, że umowa była wykonywana w terminie 1 stycznia 2016 do 30 listopada 2018 r. za wynagrodzeniem 2 414 499,84 zł. ze stawką 16,05zł./rhb. za rażące niedopełnienie obowiązków (mogące skutkować odstąpieniem przez zamawiającego od umowy) przez pracownika wykonawcy np. stwierdzenie podczas kontroli braku pracownika wykonawcy na posterunku – niezapewnienie ciągłości ochrony lub powtarzającym się zaniechaniu przez wykonawcę obowiązków stwierdzonych w protokole. Katalog kar umownych określa par. 13 pkt. 3 – 16 umowy.

Karę wykonawcy naliczono za przeterminowane chemiczne środki obezwładniające i zamawiający w dniu 13 czerwca 2018 r. wystawił poświadczenie, że umowa była wykonywana należyście, terminowo i zgodnie z warunkami zawartymi w umowie.

Ze Szczegółowego Opisu Zamówienia dla poszczególnych zadań częściowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Ochronę fizyczną, monitoring kompleksów wojskowych oraz konwojowanie wartości pieniężnych” – wynika zakres przedmiotu zamówienia i wynikające z niego obowiązki wykonawcy.

Z umowy nr 12/31W OG/2017/ZP z dnia 28.11.2017 r. wynika, że umowa obowiązuje w okresie od 1 grudnia 2017r. do 20 grudnia 2019 r. łączna kwota wynagrodzenia za całe zamówienie nie może przekroczyć 28 082 057, 31 zł. brutto. Kary umowne zostały wskazane z par. 13 ust. 2 pkt.1 ppkt. 1 – 19, a podstawą do natychmiastowego rozwiązania umowy jest co najmniej 3 krotne wykonanie usługi przez podwykonawców, co najmniej 5 krotne naruszenie umowy liczone w okresach 12 miesięcznych poprzez działania lub zaniechania określone w par. 13 ust. 2.

Z Dowodu przedłożonego przez odwołującego wynika, że nałożono na jakiś podmiot 5 kar na kwotę 9 200 zł., ale nie były zasądzone odszkodowania.

Z umowy nr 11/2018/W z dnia 14.12.2017r., że za całość zamówienia wykonawca ma otrzymać 10 393 400,87 zł. brutto w okresie od 15 grudnia 2017 do 15 grudnia 2017, kary umowne określa par. 6 od lit. a do qq, do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto

Z umowy nr 12/2018/W z dnia 08.12.2017 r. wynika że łączne wynagrodzenie należne wykonawcy ma wynieść 21 869 165, 81 zł i ma być realizowana w okresie od 15.12.2017 – 15.12.2019 kary umowne określa par. 6 pkt. a- qq do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto.

Z umowy nr 13/2018/W z dnia 08.12.2017 r. wynika że łączne wynagrodzenie należne wykonawcy ma wynieść 5 095 384,47 zł. i ma być realizowana w okresie od 15.12.2017 – 15.12.2019 kary umowne określa par. 6 pkt. a- qq do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto.

Z umowy nr 15/2018/W z dnia 08.12.2017 r. wynika że łączne wynagrodzenie należne wykonawcy ma wynieść 8 252 606,60 zł. i ma być realizowana w okresie od 15.12.2017 – 15.12.2019 kary umowne określa par. 6 pkt. a- qq do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto.

Z umowy nr 16/2018/W z dnia 08.12.2017 r. wynika że łączne wynagrodzenie należne wykonawcy ma wynieść 10 018 761,99 zł. i ma być realizowana w okresie od 15.12.2017 – 15.12.2019 kary umowne określa par. 6 pkt. a- qq do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto

Z umowy nr 230/2018/W z dnia 11.08.2018 r. wynika że łączne wynagrodzenie należne wykonawcy ma wynieść 2 680 972,44 zł. i ma być realizowana w okresie od 1 lipca 2018 – 15.12.2019 kary umowne określa par. 6 pkt. a- rr do rozwiązania umowy może dojść w wyniku powtarzającego się rażącego niedopełnienia obowiązków przez pracownika wykonawcy np. brak pracownika podczas kontroli na posterunku lub powtarzające się zaniedbywanie obowiązków przez wykonawcę, a także gdy kary umowne przekroczą 5% wynagrodzenia za poprzedni kwartał brutto

Z tabeli dotyczącej umów zawartych z 2 WOG we Wrocławiu wynika, że zapłacone zamawiającemu kary umowne nie przekroczyły w żadnej z umów 0,37%.

Z poświadczenia wykonania usług z dnia 10.09.2018 r. wynika, że usługi są wykonywane na rzecz 2 WOG we Wrocławiu należycie, współpraca przebiega bezkonfliktowo, a na występujące niedociągnięcia Stekop reaguje zgodnie z zapisami umowy.

Z 30 umów o pracę wynika, że Stekop zatrudnia co najmniej 30 pracowników ochrony fizycznej w tym 29 z wynagrodzeniem 2 100 zł. brutto miesięcznie i jednego w wymiarze ¼ etatu za 525 zł. brutto miesięcznie.

Z utajnionych kalkulacji kosztów wykonania zamówienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego) wynika, że oferta przystępującego jest skalkulowana z niewielkim zyskiem.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy polegającym na zaniechaniu wykluczenia oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k., za zawierających rażąco niską cenę.
3. art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Impel o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503 ze zm.) przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z zasadą przejrzystości, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

6.art. 91 ust. 1 ustawy oraz art.7 ust. 1 ustawy przez dokonanie oceny oferty Konsorcjum Firm: Impel Defender Security Partner sp. z o.o. sp. k. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k.. Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. w sposób dowolny i niezgodny z postanowieniami SIWZ w zakresie kryterium doświadczenie.

W zakresie powyższych zarzutów Izba postanowiła postępowanie umorzyć.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W niniejszej sprawie uczestnik postępowania Konsorcjum Impel oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu, co oznacza, że zaszły przesłanki do wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy w zakresie zarzutów odwołania dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum Impel i odrzucenia jego oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy polegającym na zaniechaniu wykluczenia oferty złożonej przez Wykonawcę Stekop S.A.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, z treści siwz, wyjaśnień treści siwz oraz stanowiska samego zamawiającego wyrażonego na rozprawie jednoznacznie wynika, że zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 25 ust. 5 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby, to że zamawiający odpowiadając na pytanie powtórzył jego literalną treść, jednocześnie nie wskazując w dalszej części pisma, że wprowadza modyfikację do treści siwz powoduje, że nie sposób uznać, że zamawiający dokonał modyfikacji podstaw wykluczenia. Z tego względu Izba uznała, że brak jest podstaw do oceny czynności zamawiającego w świetle art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy. Z kolei, aby dobrze wyłożyć treść art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, w ocenie Izby, należy prześledzić pokrótce treść obecnie nie obowiązujących podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Prawo zamówień Publicznych tekst jednolity z 9 sierpnia 2013r. Dz. U. t.j. z 2013 poz. 907r. 24.

Ówczesne brzmienie tych przepisów stanowiło, że zamawiający obligatoryjnie wyklucza z postępowania :

1)wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;

1a)wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 uchylonego ustawą z dnia 29.08.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), która weszła w życie 19.10.2014 r. było wyraźne wskazanie, że ustawodawca w zamówieniach publicznych rozróżnia szkodę i zapłatę kary umownej. Podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania nie wiązała się z samym wyrządzeniem przez wykonawcę szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, musiała zostać spełniona dodatkowa przesłanka w postaci wydania prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego szkodę w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym to wydanie przez sąd prawomocnego orzeczenia stwierdzającego szkodę a nie samo wyrządzenie szkody stanowiło przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z kolei przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy miał być wdrożeniem do prawa polskiego art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, stanowiąc, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Przesłanka wykluczenia określona w dyrektywie 2004/18/WE miała charakter fakultatywny, natomiast ustawodawca polski zdecydował o obligatoryjnym charakterze czynności wykluczenia. Art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy przewidywał nie tylko rozwiązanie umowy, ale także jej wypowiedzenie oraz odstąpienie od niej. Przepis ten od początku obowiązywania budził wątpliwość co do zgodności z prawem europejskim. Postanowieniem z 30 sierpnia 2011 r. wydanym w związku z rozpoznawaniem sprawy KIO 1629/11 i KIO 1643/11 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi.

Dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-465/11 (Forposta, ABC Direkt Contact), w którym uznał, że art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy ZamPublU w jego ustawowym, literalnym brzmieniu, jest niezgodny z prawem unijnym, gdyż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Trybunał uznał, że pojęcia „poważnego wykroczenia” wykonawcy nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, które jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony

Zdaniem Trybunału pierwsze z nich obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, zatem również może nim być niewykonanie zobowiązań umownych, zaś drugie odnosi się co do zasady do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Natomiast jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, które wykazuje niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Stwierdzenie zaistnienia „poważnego wykroczenia” wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

W ocenie Izby to wprowadzenie ma istotne znaczenie dla obecnego brzmienia fakultatywnej podstawy wykluczenia jaką jest aktualny przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyście wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w , co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Izba musi w tym miejscu poczynić jeszcze jedną bardzo istotną uwagę. Przesłanki wykluczenia, jako element ograniczający konkurencyjność postępowania i eliminujący danego wykonawcę z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, muszą być wykładane ściśle i nie można do nich stosować wykładni rozszerzającej. Tym samym rację należy przyznać przystępującemu Stekop, że w niniejszej sprawie nie zostało wykazane, że nienależyście wykonał wcześniejsze umowy z zamawiającymi: 14 WOG Poznań, 31 WOG Zgierz, 2 WOG Wrocław i 4 WOG Gliwice, w takim stopniu, że którykolwiek z tych zamawiających podjął decyzję o rozwiązaniu umowy, albo, że zostało zasądzone odszkodowanie. Ustawodawca jest w tym przypadku precyzyjny i dostrzega tylko dwie możliwości ustalenia nienależytego wykonania tj. w drodze rozwiązania umowy – niezależnie od tego czy to rozwiązanie było odstąpieniem przez zamawiającego od umowy czy jej wypowiedzeniem i w drodze wydania orzeczenia przez sąd o przyznaniu zamawiającego odszkodowania za doznaną szkodę, przy czym ustawodawca nie zastrzegł jak w dawnym przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 1 ustawy, że orzeczenie zasądzające odszkodowanie musi być prawomocne. Zgromadzony materiał dowodowy nie wykazał, aby zamawiający, których wskazał odwołujący uzyskali orzeczenie zasądzające odszkodowania. Przeciwnie w przypadku 14 WOG Poznań i 2 WOG Wrocław obaj zamawiający wystawili przystępującemu Stekop pozytywne referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówień, zaś 31 WOG przyznał, że nie zostało zasądzone odszkodowanie. Brak jest dowodu na to, aby ten ostatni zamawiający rozwiązał z przystępującym Stekop umowy. Również co do 4 WOG Gliwice brak jest dowodów stanowiących o rozwiązaniu umowy czy zasądzeniu odszkodowania. Ustawodawca, jak widać było z analizy uprzednio obowiązujących przepisów rozróżniał zobowiązanie do zapłaty kary umownej, która jak powszechnie przyjmuje się jest surogatem odszkodowania, ale powstanie zobowiązania do zapłaty kary umownej może nie wiązać się z powstaniem szkody u zamawiającego. Nadto odwołujący nie wykazał, że zdarzenia stanowiące podstawę do naliczenia kar umownych, jakkolwiek szkodę zamawiającym wyrządziły. Oczywiście Izba zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że przypadki braku obsady posterunku, choć 15 minutowe, brak wiedzy czy prawidłowego wyposażenia, opóźnienie w przyjeździe grupy interwencyjnej mogą w sytuacji realnego zagrożenia spowodować niepowetowane szkody, ale nie zostało wykazane, że którekolwiek ze stwierdzonych podczas rutynowych kontroli uchybień miało miejsce w sytuacji realnego zagrożenia bezpieczeństwa ochranianej jednostki i spowodowało szkodę. Nadto mimo wskazanych przez Izbę w ustaleniach stanu faktycznego okolicznościach, które zamawiający 14 WOG Poznań, 2 WOG Wrocław, czy 31 WOG Zgierz przewidzieli, jako możliwą podstawę do odstąpienia od zawartych z przystępującymi Stekop umów, żaden z zamawiających nie uznał, że zdarzenia, które wystąpiły w toku wykonywania umów, ani ich częstotliwość dają zamawiającym podstawę do skorzystania z prawa odstąpienia. Tym samym same podmioty, zlecające zamówienia i na których rzecz to zamówienie wykonywano, nie oceniły zdarzeń stanowiących

podstawę do zobowiązania przystępującego Stekop do zapłaty kar umownych, jako stanowiących podstawę do złożenia pozwu o naprawienie szkody, czy rozwiązania umowy. Tym samym należało przyjąć, że zdarzenia, które miały miejsce, w ocenie zlecających stanowią niedociągnięcia, niższą jakość wykonania zobowiązania, ale nie zdarzenia wywołujące szkodę, czy dające podstawę do rozwiązania umowy. W tym stanie rzeczy nie było podstaw do stwierdzenia, że brak podania informacji o naliczeniu kar umownych stanowi celowe lub co najmniej rażąco niedbale zatajenie informacji dotyczących podstaw wykluczenia, które wprowadziło zamawiającego w błąd. Przystępujący Stekop mając świadomość, że umów z nim nie rozwiązano, ani nie wydano wobec niego orzeczenia sądowego zasądzającego odszkodowanie, nie wprowadził zamawiającego w błąd, nie podając informacji o naliczeniu kar umownych, które w katalogu fakultatywnych przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 się nie mieściły. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. W ocenie Izby również nie sposób uznać, że przystępujący lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Należy tu zwrócić uwagę, że o ile przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 wyraźnie wskazuje na zatajenie informacji, to w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy mowa jest wyłącznie o podaniu informacji. Tym samym wprowadzenie w błąd zamawiającego mogłoby dotyczyć jedynie wykazu usług i wykazu usług na potrzeby kryteriów selekcji w odniesieniu do 2 WOG Wrocław i 31 WOG Zgierz, gdyż dla tych zamawiających przystępujący Stekop podał informacje o należyтым wykonaniu zamówienia. Jednakże dla obu tych zamówień przystępujący posłużył się dokumentacją wystawionymi przez zamawiających, które potwierdzały należyte wykonanie czy wykonanie zgodne z umową, a nie zostało wykazane, że poświadczenia te nie pochodzą od zamawiających, czy zostały wystawione pod wpływem błędu. Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stekop jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący przedstawił materiał dowodowy, który budzi wątpliwości, co do jego wiarygodności z tego względu, że przedstawione dowody są ze sobą wewnętrznym sprzeczne. Z jednej strony odwołujący przedstawia pismo Polskiej Izby Ochrony, z której wynika, że koszt zatrudnienia pracownika wynosi 21, 37 zł., a zysk, jaki Polska Izba Ochrony przyjęła do kalkulacji to 8%, co łącznie daje stawkę 23 zł. Z drugiej strony odwołujący przedstawił oświadczenia grupy 32 osób i oświadczenie pana R.K., z których wynika, że kalkulacja Polskiej Izby Ochrony jest zbyt niska, jeśli chodzi o sam koszt zatrudnienia pracownika. Jednocześnie Izba skonfrontowała pismo Polskiej Izby Ochrony z kalkulacjami przedstawionymi przez przystępującego Stekop wyłącznie w zakresie kosztów pracowniczych tj. bez zysku i ustaliła, że przystępujący Stekop skalkulował nieznacznie wyższe koszty pracownicze niż Polska Izba Ochrony, ale założony przez niego zysk jest inny niż 8%. Izba nie może przedstawić konkretnych kalkulacji czy wysokości kosztów skalkulowanych, z których czerpie tę wiedzę z uwagi na objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak potwierdzenie tych okoliczności jednoznacznie wynika z załącznika nr 17 do sprzeciwu. W tej sytuacji Izba uznała, że dowód przedstawiony przez Polską Izbę Ochrony ma większą moc dowodową, gdyż dotyczy opinii Izby wydanej na potrzeby informacyjne większego kręgu pracodawców na rynku ochrony, niż wyłącznie odwołujący, niż oświadczenia pracowników odwołującego, który na pewno są zainteresowani uzyskaniem jak najkorzystniejszych warunków płacy – pismo 32 osób. Natomiast notatka służbowa pana R.K., choć Izba nie podważa jej wiarygodności, stanowi jedynie dowód tego, że toczyły się negocjacje przystępującego Stekop z aktualnymi pracownikami ochrony u zamawiającego, którzy jednocześnie są pracownikami odwołującego. Jednak brak jest dowodu na okoliczność tego, że negocjacje te zostały zakończone i doszło do ustalenia stawki dla potencjalnie przejmowanych pracowników na poziomie 14zł. netto. Z pisma pana R.K. wynika jedynie, że o takiej stawce była mowa podczas spotkania, ale nie wynika czy stawka ta została przez strony negocjacji przyjęta jako stawka ostateczna. Tym samym dowód ten nie może mieć rozstrzygającego znaczenia.

Biorąc pod uwagę zatem załącznik nr 17 i pismo Polskiej Izby Ochrony Izba oceniła, że odwołujący nie udowodnił, że zaoferowana przez przystępującego Stekop cena jest ceną rażąco niską nie pokrywająca nawet kosztów pracowniczych. Przeciwnie Izba ustaliła, że oferta ta pokrywa koszty pracownicze podane przez Polską Izbę Ochrony i zakłada inny poziom zysku niż opinia Polskiej Izby Ochrony. Przy czym wysokość poziomu zysku nie była kwestionowana przez odwołującego. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający oświadczył, że wartość szacunkową zamówienia skalkulował z uwzględnieniem corocznej waloryzacji na poziomie 3 %, czyli wartość szacunkowa zamówienia ubruttowiona automatycznie jest wyższa o ponad 6% od wartości składanych ofert, które tej waloryzacji nie kalkulowały. Tym samym realna różnica pomiędzy wartością zamówienia, a ofertą przystępującego Stekop jest mniejsza niż 24,11% i nie przekracza 20%.

W ocenie Izby zatem nie ma jednoznacznego dowodu na to, że oferta przystępującego stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Jest natomiast dowód na to, że kalkulacja kosztów pracowniczych sporządzona przez przystępującego jest na poziomie pozwalającym na pokrycie tych kosztów. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Stekop o

udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zarzut nie potwierdził się. Pomiedzy stronami było bezsporne, że przesłanki obligatoryjne z art. 90 ust. 1a ustawy nie zaistniały. W ocenie Izby również w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, który Izba uznała za rozstrzygający tj. załącznika nr 17 do sprzeciwu i pisma Polskiej Izby Ochrony oraz przyznanego przez zamawiającego faktu kalkulowania wartości szacunkowej zamówienia z uwzględnieniem kosztów corocznej waloryzacji, Izba doszła także do przekonania, że zaoferowana cena przez przystępującego Stekop nie musiała budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W konkluzji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503 ze zm.) przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z zasadą przejrzystości, zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie potwierdził się. Z dowodów, które Izba uznała za rozstrzygające tj. załącznika nr 17 do sprzeciwu i pisma Polskiej Izby Ochrony wynika, że przystępujący w podobny sposób oszacował koszty pracownicze i koszty te pokrywa przedstawiona przez niego kalkulacja. Nadto z załącznika nr 17 wynika, że przystępujący Stekop przewidział pokrycie innych kosztów niż pracownicze i założył zysk. Tym samym zgromadzony materiał dowodowy nie przekonał Izby, że przystępujący Stekop dopuścił czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez ich niezastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy polegającym na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, co skutkuje wzruszeniem zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zarzut nie potwierdził się. Izba oceniła, że przystępujący Stekop nie podlegał wykluczeniu, ani jego oferta nie podlegała wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ani tym bardziej nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy. Tym samym zamawiający mógł poddać tę ofertę ocenie i prawidłowo ustalił, że oferta ta była ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych przez niego kryteriów oceny ofert. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu przystępującemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do kwoty przewidzianej w rozporządzeniu tj. 3 600zł., kosztów dojazdu w kwocie 411, 21 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....