Sygn. akt: KIO 2535/18

WYROK
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego**: Instytut Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego Polskiej Akademii Nauk, ul. Pasteura 3, 02-093 Warszawa**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z cofnięciem tego zarzutu przez odwołującego,
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie**,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa**, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od wykonawcy **BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Instytut Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego Polskiej Akademii Nauk, ul. Pasteura 3, 02-093 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
   3.3. nakazuje zwrot na rzecz **BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa** z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego, w świetle § 1 ust. 1 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2535/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Instytut Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego Polskiej Akademii Nauk, ul. Pasteura 3, 02-093 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ochrona obiektów Instytutu Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego Polskiej Akademii Nauk przy ulicy Pasteura 3w Warszawie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2018 r., nr 650978-N-2018. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty przez wykonawców: BASMA SECURITY Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa (dalej: „Basma" lub „odwołujący") oraz konsorcjum Grupa DSF Serwis Profesjonalny Sp. z o.o., ul. Krynoliny 13, 03-699 Warszawa i Grupa DSF Sp. z o.o., ul. Powstańców 4A lok. 67, 05-091 Ząbki (dalej: „DSF"). Pismem z dnia 5 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DSF.

W dniu 10 grudnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Basma, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp" oraz § 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegana zasady jawności, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do udostępnienia odwołującemu protokołu postępowania z załącznikami, pomimo dwukrotnego wystąpienia przez odwołującego z wnioskiem o jego pilne udostępnienie z uwagi na zamiar wnoszenia środków ochrony prawnej;
2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (dalej: „Ustawa MW")w zw. z §1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (dalej: „Rozporządzenie MW") poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania kalkulacji, jaka stawka za roboczogodzinę spełnia warunki ustawy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, przez co dokonał wyboru oraz klasyfikacji na drugim miejscu w rankingu ofert oferty, które są sprzeczne z odrębnymi przepisami;
3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień zaoferowanej przez Konsorcjum DSF ceny ofertowej, pomimo że zaoferowana cena za roboczogodzinę,a przez to cena całej oferty budzą wątpliwości co do ich realności;
4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum DSF z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, pomimo że zaoferowana cena za roboczogodzinę,a przez to cena całej oferty, nie pozwalają na pokrycie nawet kosztów wynagrodzenia za pracę pracowników ochrony zatrudnionych na podstawie umowy o pracę;
5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez Konsorcjum DSF, poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

alternatywnie do zarzutu z pkt 2 - 5:

6)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum DSF z uwagi na zatrudnianie do wykonania przedmiotowej usługi osób niepełnosprawnych, pomimo że zamawiający wprost wyłączył taką możliwość;

7)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego, pomimo że po zastosowaniu przedstawionych w ust. 7 SIWZ kryteriów oceny oferta odwołującego uzyskuje najwyższą ilość punktów.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje: „Przepis art. 6 ust 1 Ustawy MW stanowi: „Wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4". Zaś §1 Rozporządzenia MW stanowi: „Od dnia 1 stycznia 2019 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2250 zł". Z uwagi na treść Rozporządzenia MW, należy przyjąć następujące wyliczenia przy obliczaniu samych kosztów pracowników ochrony, wykonujących usługę na 2 posterunkach portierni wewnętrznej i zewnętrznej:

Lp	Koszt	Wariant realny	Wariant realny teoretycznie
1.	Minimalne wynagrodzenie	2.250,00 zł	2.250,00 zł
2.	dodatek 20% za pracę w porze nocnej	150,64 zł	150,64 zł
	Składka ZUS pracodawcy	*(od łącznej pozycji 1+2 = 2.400,64 zł):*	*(od łącznej pozycji 1+2 = 2.400,64 zł):*
4.	Emerytalna	9,76% 234,30 zł	9,76% 234,30 zł
5.	Rentowa	6,50% 156,04 zł	6,50% 156,04 zł
6.	Wypadkowa*	0,93% 22,33 zł	0,4% 9,60 zł
7.	Fundusz Pracy	2,45% 58,82 zł	2,45% 58,82 zł
8.	FGŚP	0,10% 2,40 zł	0,10% 2,40 zł
9.	Wyliczenie świadczenia urlopowego w skali 1 miesiąca	*(od łącznej pozycji 1-8 = 2.874,53 zł):*	*(od łącznej pozycji 1-8 = 2.861,80 zł):*
10	Kwota z poz. 9 : średnio 21 dni roboczych w miesiącu x dni wymiaru urlopowego (26 albo 20): 12 miesięcy	26 dni urlopowych 296,58 zł	20 dni urlopowych 227,12 zł
11	Wyliczenie wynagrodzenia chorobowego, uwzględniając, że od kwoty 2.400,64 zł składki pracownicze ZUS wynoszą: Emerytalna 9,76%, tj. 234,30 zł Rentowa 1,50%, tj. 36,00 zł Chorobowa 2,45%, tj. 58,82 RAZEM składki ZUS: 329,12 zł 2.400,64 - 329,12 = 2.071,52 : 30 dni wg ustawy ZUS = 69.05 zł na dzień w wymiarze 100% 69,05 x 80% = 55,24 x ilość dni chorobowych (10 lub 0): 12 miesięcy	10 dni 46,03 zł	0 dni 0,00 zł
12	MIESIĘCZNE KOSZTY PRACODAWCY Z TYTUŁU ZATRUDNIENIA 1 PRACOWNIKA:	3.217,14 zł (bez VAT)	3.088,92 zł (bez VAT)

13	KOSZT ROBOCZOGODZINY (koszt z poz. 12 :167,3 godz.)	19,23 (bez VAT)	18,46 (bez VAT)
	KOSZT ROBOCZOGODZINY DLA ŚWIADCZONYCH USŁUG (koszt z poz. 12 : 167,3 godz. X 23% vat)	23,65 (z VAT)	22,71 (z VAT)

*Procent ustalany w zależności od rodzaju prowadzonej działalności i liczby ubezpieczonych pracowników w przedziale 0,40% - 3,60%

(…) Wartość 167,3 została uzyskana poprzez zsumowanie wszystkich pracujących dni w roku 2019 (251 dni) i podzielenie jej przez 12 miesięcy (20,9166), w celu uzyskania średniej ilości dni roboczych w 2019r. oraz pomnożona przez 8 godzin (157,3333), w celu uzyskania średniej ilości godzin pracy w miesiącu w roku 2019 r. (…)

Zgodnie z treścią oferty Konsorcjum DSF, zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa wynosi 397.159,13 zł brutto. Oznacza to, że stawka za 1 roboczogodzinę Konsorcjum DSF wynosi 18,43 PLN brutto. Oznacza to, że Konsorcjum DSF zaoferowało stawkę za 1 roboczogodzinę za niską o co najmniej 5,22 PLN, jeżeliby przyjąć - sprzecznie z treścią SIWZ - że jedynym kosztem Wykonawcy jest core usług ochrony (posterunki portierni wewnętrznej i zewnętrznej), bez monitoringu sygnałów alarmowych, patroli interwencyjnych i zabezpieczenia medycznego konferencji. Mając na uwadze, że Zamawiający wskazał w SIWZ, że usługa ochrony będzie świadczona przez rok, 7 dniw tygodniu, przez 24 godziny na dobę, w dwóch punktach, należy przyjąć, że czas pracy ochroniarzy zatrudnionych na umowę o pracę wynosi 17.520 godzin (2 posterunki x 24 godziny x 365 dni = 17.520 godzin). Mając zaś na uwadze konieczność doliczenia do kosztu roboczogodziny podatku VAT w wysokości 23%, oznacza to, Konsorcjum DSF brakuje 17.230,68 PLN brutto, aby pokryć same koszty pracy pracowników ochrony (23,65 zł brutto za roboczogodzinę x 17.520 godzin = 414.398,81 PLN brutto). Tymczasem, Konsorcjum DSF ponosi jeszcze inne koszty przy realizacji kontraktu, jak chociażby koszty administracyjne, umundurowania, nadzoru, badań pracowniczych itp. oraz wspomniany powyżej dalszy zakres usług (monitoring sygnałów alarmowych, patrole interwencyjne i zabezpieczanie medyczne konferencji). Co nie mniej ważne, Konsorcjum DSF winien być również w stanie wykazać, iż realizacja kontraktu z Zamawiającym będzie intratna, tj., że w swych kalkulacjach Konsorcjum DSF przyjęło wypracowanie zysku chociażby na niskim poziomie.

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet jeżeliby przyjąć najbardziej optymistyczny wariant, który w ogóle nie jest jednak realny - tj. że składka wypadkowa obydwu członków Konsorcjum DSF wynosi możliwie najniżej, czyli 0,4% oraz że wszyscy pracownicy ochrony u obydwu członków Konsorcjum DSF przysługuje tylko 20 dni urlopowych, oraz że żaden pracownik ochrony u obydwu członków Konsorcjum DSF nie choruje ani jednego dnia w roku - to nawet wówczas, Konsorcjum DSF brakuje 720,07 PLN brutto, aby pokryć same koszty pracy pracowników ochrony (22,71 zł brutto za roboczogodzinę x 17.520 godzin = 397.879,20 PLN brutto), bez uwzględnienia kosztów administracyjnych, umundurowania, nadzoru, badań pracowniczych itp., a także bez uwzględnienia wspomnianych powyżej usług monitoringu sygnałów alarmowych, patroli interwencyjnych i zabezpieczanie medyczne konferencji, a także bez uwzględnienia możliwości wystąpienia jakichkolwiek ryzyk, a także bez uwzględnienia jakiegokolwiek, nawet bardzo niskiego zysku. (…)

Odwołujący podnosi ponadto, że w przypadku Konsorcjum DSF nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. W szczególności należy podkreślić, że Wykonawca ten nie może wykazywać się żadnymi zniżkami z uwagi na zatrudnianie osób niepełnosprawnych, gdyż Zamawiający wprost zakazał zatrudniania takich osób do świadczenia usług w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem, wskazanie przez Konsorcjum DSF, że niska cena wynika z uzyskanego dofinansowania np. z PFRON, świadczy o niezgodności oferty Zamawiającego z treścią SIWZ, z uwagi na zaoferowanie osób niepełnosprawnych do wykonania usługi".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)bezzwłocznego udostępnienia odwołującemu wnioskowanych informacji,

3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

- odrzucenia oferty Konsorcjum DSF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,w zw. z art. 6 ust. 1 Ustawy MW, w związku z §1 Rozporządzenia MW;
- odrzucenia oferty Konsorcjum DSF na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

4)dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2018 r., konsorcjum Grupa DSF Serwis Profesjonalny Spz o.o., ul. Krynoliny 13, 03-699 Warszawa i Grupa DSF Sp. z o.o., ul. Powstańców 4A lok. 67, 05-091 Ząbki zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego „po stronie przystępującego" (z treści pisma wynika, że chodzi o przystąpienie po stronie zamawiającego). Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z dokumentacji przedmiotowej sprawy wynika, że zamawiający poinformował wykonawcę DSF o wniesionym odwołaniu pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. i przesłał ww. pismo drogą mailową. Oznacza to, że termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 14 grudnia 2018 r. i w tym dniu przystąpienie powinno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Wpływ przystąpienia do Prezesa Izby dopiero w dniu 19 grudnia 2018 r. oznacza, że przystąpienie zostało zgłoszone z uchybieniem ww. 3-dniowego terminu. Dlatego też Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane bezskutecznie.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł m.in. kontrargumenty wobec wyliczeń dotyczących wynagrodzenia przedstawionych w odwołaniu, jak też wskazał m.in.: „Wartość szacowana zamówienia wg Zmawiającego to 324.000 zł netto, tj. 398.500 zł brutto (czyli z VAT). Tymczasem wartość wybranej oferty to 322.893,60 zł netto a 397.159,13 zł brutto. Z kolei oferta Odwołującego to 337.260,00 zł netto a 414.829,80 zł brutto. Średnia arytmetyczna obu ofert to 330.076,80 zł netto i 405.994,46 zł brutto. Zatem propozycja Przystępującego jest o 0,35 % niższa od wartości szacowanej przez Zamawiającego. Od średniej arytmetycznej ofert jest niższa o 2,17 %. Tym samym nie była spełniona żadna z przesłanek wymienionych w art. 90 ust. 1a Pzp. To zaś ten

ostatni przepis mówi, kiedy Zamawiający ma obowiązek (zwraca się) a kiedy może zwrócić o wyjaśnienia. Żaden z tych przypadków nie jest spełniony. Z kolei art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że: 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. Po pierwsze, mowa jest o „wątpliwościach zamawiającego" a ten ich nie miał w związku z niewielką rozbieżnością pomiędzy ofertami a szacowaną ceną zamówienia. Po wtóre, w przepisie tym występuje koniunkcja przesłanek wyrażona spójnikiem „i"."

Przede wszystkim jednak w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania argumentując swój wniosek w następujący sposób:

„1. Przesłanki przemawiające za odrzuceniem odwołania.

1.1niewezwanie Przystępującego do wyjaśnień

Sporne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miało wartość poniżej progów wskazanych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zatem możliwości złożenia odwołania są ograniczone do wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp. Zamawiającemu znane jest orzeczenie SO w Szczecinie z 22.12.2016 r. w sprawie o sygn. II Ca 1461/16, jednakże ze względu na odmienny stan faktyczny nie ma ono zastosowania w sprawie.

Otóż, w tamtym orzeczeniu zaistniały przesłanki do zastosowania art. 90 ust. 3 pzp, o czym nie ma mowy w stanie niniejszej sprawy. Przypomnę zatem, że Zamawiający nie zwrócił się z zapytaniem do żadnego z oferentów, z prośbą o wyjaśnienia czy ich cena ofertowa nie jest rażąco niska. Gdy, w stanie sprawy szczecińskiej doszło do takiego zapytanie oraz odpowiedzi na nie. (…) Zatem istniał w stanie tamtej sprawy przepis, który bezpośrednio nakazywał odrzucenie oferty. W spornej obecnie sprawie, zarzut odwołania sprowadza się do tego, że Zamawiający nie wezwał, a winien wezwać zdaniem Odwołującego, drugiego z wykonawców, którego oferta została ostatecznie wybrana, do udzielenia wyjaśnień. Gdyby nawet uznać, że Odwołujący ma rację, efektem tego może być jedynie uchylenie rozstrzygnięcia Zamawiającego i zobowiązania go przez Prezesa KIO do wezwania wykonawcy do takich wyjaśnień, nie zaś odrzucenie oferty. Dopóki bowiem drugi z wykonawców, nie zostanie wezwania i nie złoży odpowiedzi na wezwanie (bądź upłynie mu termin do złożenia odpowiedzi) nie można odrzucić jego oferty.

Reasumując, ze względu, że w niniejszej sprawie nie ma zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp nie jest uprawniona interpretacja rozszerzająca przyczyny odwoławcze w zamówieniach podprogowych, zastosowana w wyżej cytowanym orzeczeniu SO w Szczecinie, a odwołanie podlega odrzuceniu.

1.2jawność postępowania

Tym bardziej w zakresie, w jakim Odwołujący żali się na rzekome utrudnienia w dostępie do akt postępowania, które to czynności miały mieć miejsce, po wyborze najkorzystniejszej oferty, na etapie biegu terminu do wniesienia odwołania, odwołanie to nie spełnia żadnej z przesłanek wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp i podlega odrzuceniu. Pierwsze z pism, na które powołuje się Odwołujący, tj. z 5.12. zaczyna się od słów „w związku z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty", co oznacza, że ów zarzut nie ma wpływu na sam wybór oferty, a ewentualne problemy z jawnością dotyczą jedynie już postępowania odwoławczego, a nie wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym nie sposób wskazać, aby odwołanie w tej części spełniało którąkolwiek z przesłanek art. 180 ust. 2 Pzp".

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1)wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
2)określenia warunków udziału w postępowaniu,
3)wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
4)odrzucenia oferty odwołującego,
5)opisu przedmiotu zamówienia,
6)wyboru najkorzystniejszej oferty.

Niniejsze zamówienie ma wartość mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co oznacza, że zgodnie z cytowanym wyżej przepisem, odwołanie nie przysługuje na czynność nieudostępnienia protokołu postępowania. Zgodnie z kolei z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Tym samym w zakresie zarzutu dotyczącego nieudostępnienia odwołującemu protokołu postępowania, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że niezasadna jest argumentacja zamawiającego podniesiona w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymana na posiedzeniu. Przede wszystkim zauważyć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty należy rozumieć jako wszystkie czynności lub zaniechania zamawiającego, których wynikiem jest wybór takiej a nie innej oferty. Tym samym w sformułowaniu „wybór najkorzystniejszej oferty" mieszczą się również takie zachowania zamawiającego, jak zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, czy też zaniechanie wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano do wyjaśnienia ceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest ewentualne odrzucenie jego oferty na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym czynność wezwania do wyjaśnień w tym przypadku jest nierozłącznie związana z czynnością ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy, i co za tym idzie – z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Przy czym pogląd o szerokim rozumieniu sformułowania „wybór najkorzystniejszej oferty" zawartego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. I tak przykładowo można wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, w której Sąd Najwyższy stwierdził: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub

zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu". Podobnie Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt IX Ga 502/16 stwierdził: „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności i działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia jaki element procesu decyzyjnego wcześniej był wadliwy - jak to zawężająco w świetle wykładni językowej zdaje się sugerować uzasadnienie rozstrzygnięcia KIO. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp w żaden sposób nie wartościuje czy też nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw wadliwej i niezgodnej z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. (…) W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa - ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona". W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarówno zaniechanie wezwania wykonawcy DSF do wyjaśnień ceny, jak i zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp, są zachowaniem zamawiającego mieszczącym się w szerokim pojęciu „wyboru najkorzystniejszej oferty", a w konsekwencji mieszczą się w normie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że odwołanie w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlega odrzuceniu.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że cofa zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie ww. zarzutu postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony obiektów Instytutu Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego Polskiej Akademii Nauk przy ulicy Pasteura 3 w Warszawie.

Zamawiający wskazał w pkt II.2. siwz, że do spraw nieuregulowanych w siwz mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi do niej oraz ustawy Kodeks cywilny. W pkt II.12. zamawiający dodał, że niniejsze postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustaleniami art. 24 aa) Pzp, a zamawiający najpierw dokona oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia wymagania i warunki udziału w postępowaniu. Również w pkt XVI.1. siwz zamawiający przewidział, że „oferta podlega odrzuceniu zgodnie z zasadami określonymi w art. 89. ust. 1 Pzp". Z powyższego wynika, że mimo, że przedmiotem zamówienia jest usługa społeczna o wartości poniżej progów unijnych wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 138o ustawy Pzp, ale przewidział prowadzenie postępowania w pełnej procedurze właściwej dla zamówień klasycznych o wartości poniżej progów unijnych, w szczególności przewidział możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział ponadto w pkt XX siwz możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę.

Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał w pkt III.1. siwz, że nie dopuszcza zatrudnienia niepełnosprawnych osób ze względu na trudny do ochrony obiekt (duży teren, droga i cenna aparatura, badania naukowe). Wskazał także w pkt III.4. siwz, że „wymaga, aby wykonawca/podwykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę osoby świadczące prace u zamawiającego (na portierniach zewnętrznej i wewnętrznej). Osoby te muszą być zatrudnione na pełny etat w oparciu o umowę o pracę (100% osób przeznaczonych do wykonania przedmiotu umowy musi być zatrudnionych na podstawie umowy o pracę)".

W postępowaniu złożono dwie oferty z cenami:

- DSF – 397.159,13 zł,
- Basma – 414.829,80 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 398.520,00 zł. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 405.994,47 zł. Z powyższego wynika, że oferta DSF jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o ok. 0,5%, natomiast od średniej arytmetycznej ofert – o ok. 2%.

Pismem z dnia 5 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DSF.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanekz art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1)jest niezgodna z ustawą;
2)jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3)zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy przede wszystkim podkreślić, że użyty w tym przepisie wyraz „ustawa" („jest niezgodna z ustawą") należy odnosić do ustawy Pzp, nie zaś do innych ustaw. Powyższe wynika z zasad techniki prawodawczej, w myśl których użycie przez Ustawodawcę, bez innych określeń, słowa „ustawa" w danej ustawie, oznacza tę właśnie ustawę, nie zaś inne ustawy. Ponadto należy zwrócić uwagę, że Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odniósł się do innych przepisów, wskazując, że oferta podlega też odrzuceniu, jeżeli „jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów". Tym samym inne przepisy niż ustawa Pzp zostały wyraźnie wskazane przez Ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co tym bardziej dowodzi, że w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp chodzi wyłącznie o ustawę Pzp.

Odwołujący w odwołaniu stawia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzpw związku z domniemaniem, że wykonawca DSF stosuje wynagrodzenie niższe niż przewidziane w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz w Rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. Abstrahując od tego, że art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do ustawy, nie zaś do aktu prawnego, jakim jest rozporządzenie, przede wszystkim należy podkreślić, co stwierdzono już wyżej, że przepis ten odnosi się do ustawy Pzp, nie zaś do innych ustaw. Tym samym, nawet ewentualne stosowanie przez wykonawcę DSF wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten w ogóle nie odnosi się do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ani żadnej innej ustawy, poza ustawą Pzp.

Na marginesie jedynie należy wyjaśnić, że powyższe ustalenia nie oznaczają, że dozwolone jest stosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż określone ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Jednakże takie działanie może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o czym pośrednio świadczy także treść art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdzie wymieniona jest m.in. ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie zaś na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przede wszystkim należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu nie zachodzą obligatoryjne przesłanki wezwania wykonawcy do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ponieważ cena oferty DSF nie jest niższa o 30% ani od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT ani od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Nie wyklucza to oczywiście możliwości wezwania przez zamawiającego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, niemniej jednak zachodzić muszą wtedy przesłanki przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, takie jak:
- cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- cena lub koszt lub ich istotne części składowe budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie oferta DSF jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o ok. 0,5%, natomiast od średniej arytmetycznej ofert – o ok. 2%. Ponadto oferta DSF jest niższa od oferty odwołującego o ok. 4%. Przy tak małych różnicach pomiędzy ceną oferty DSF a pozostałymi wskazanymi wartościami, brak jest podstaw, by stwierdzić, że cena oferty DSF jest w ogóle niska, a tym bardziej – że jest niska w stopniu rażącym. Z całą pewnością różnice w wysokości 0,5%, 2% i 4% nie są różnicami, które można nazwać „rażącymi". W konsekwencji, przy tak minimalnych różnicach pomiędzy ceną oferty DSF, a zwłaszcza wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT i średnią arytmetyczną ofert, zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do tego, czy cena oferty DSF jest rażąco niska, jak też nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości, czy można za tę cenę wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły ani obligatoryjne, ani fakultatywne przesłanki wezwania wykonawcy DSF do wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponownie należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie oferta DSF jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o ok. 0,5%, od średniej arytmetycznej ofert – o ok. 2%, natomiast od oferty odwołującego - o ok. 4%. Przy tak minimalnych różnicach pomiędzy ceną oferty DSF a pozostałymi wskazanymi wartościami, niepodobna twierdzić, że cena oferty DSF jest niska w stopniu rażącym.

Należy także zauważyć, że w odwołaniu odwołujący obliczył, że ofercie wykonawcy DSF brakuje 17.230,68 zł, aby pokryć same tylko koszty pracownicze. Jednocześnie różnica między ofertą DSF a ofertą odwołującego wynosi 17.670,67 zł, czyli prawie tyle samo, ile zdaniem odwołującego brakuje ofercie DSF. Można z tego wywnioskować, że w ocenie odwołującego, tylko cena zaoferowana przez niego jest realna. Należy jednak stwierdzić, że to, że odwołujący w określony sposób wycenił swoją ofertę, nie oznacza, że inni wykonawcy mogą wycenić swoje oferty wyłącznie w ten sam sposób. Abstrahując od wyliczeń zamawiającego i odwołującego w zakresie wynagrodzenia, które są ze sobą sprzeczne i prowadzą do odmiennych wyników, przede wszystkim należy zauważyć, że tak mała różnica w cenach obu ofert, tj. 17.670,67 zł, nie musi wynikać z zastosowania przez wykonawcę DSF wynagrodzenia niższego niż minimalne, ale może też wynikać z zatrudnienia przez niego mniejszej ilości osób (np. podczas rozprawy zamawiający twierdził, że do wykonania zamówienia wystarczy zatrudnienie 6 osób, natomiast wg odwołującego konieczne jest zatrudnienie 8 osób), mniejszych kosztów obsługi administracyjnej czy mniejszych kosztów dodatkowych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, takich jak patrol interwencyjny czy obsługa medyczna konferencji. Tym samym nie ma dowodu,

że wykonawca DSF zamierza zastosować niższe wynagrodzenie niż minimalne, na czym skupił się w swojej argumentacji odwołujący, ale kwotę 17.670,67 zł wykonawca DSF mógł zaoszczędzić na innych elementach zamówienia.

Ponadto, co należy jeszcze raz powtórzyć, różnice między ceną oferty DSF a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT, średnią arytmetyczną ofert i ceną oferty odwołującego, są tak minimalne, że nie sposób doszukać się w przedmiotowej sprawie ceny rażąco niskiej u wykonawcy DSF.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności wskazać, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Jak wskazano już wyżej, nie ma dowodu, że wykonawca DSF stosuje wynagrodzenie niższe niż minimalne, ale kwotę 17.670,67 zł, tj. kwotę, o którą jest niższa jego oferta od oferty odwołującego, mógł zaoszczędzić na innych elementach zamówienia. Ponadto, jak też już wskazywano wyżej, różnice pomiędzy ceną oferty DSF a pozostałymi wartościami występującymi w tym postępowaniu, są bardzo małe. W związku z tym nie ma podstaw w przedmiotowej sprawie do uznania, że wykonawca DSF dopuścił się jakiegokolwiek działania sprzecznego z prawem lub z dobrymi obyczajami. Sam fakt, że określony wykonawca składa w przetargu ofertę z ceną niższą od ceny innego wykonawcy, jest zjawiskiem normalnym i przy tak małych różnicach (ok. 4%) w tych cenach nie może świadczyć o działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, a tym bardziej o zagrażaniu lub naruszaniu interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Z tych samych powodów nie może być mowy w przedmiotowej sprawie o utrudnianiu odwołującemu dostępu do rynku. To, że oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, bo miała cenę o ok. 4 % wyższą od ceny oferty wybranej, nie oznacza, że odwołującemu utrudnia się dostęp do rynku, ale oznacza w tych okolicznościach sprawy, że odwołujący po prostu tym razem „przegrał przetarg". Wybór innej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez udowodnienia spełnienia przesłanek opisanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym bez udowodnienia, że nastąpiła sprzedaż usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, nie może być utożsamiany z utrudnianiem dostępu do rynku. Tym samym nie ma w przedmiotowej sprawie podstaw do stwierdzenia, że wykonawca DSF dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji i że jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę DSF jest ceną rażąco niską i że zamawiający niezasadnie wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Tym samym nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jakw sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Należy jednocześnie zauważyć, że w przedmiotowej sprawie odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł. Ponieważ wysokość wpisu od odwołania w przypadku usług społecznych o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie została wprost wskazana w ww. rozporządzeniu, Izba zastosowała § 1 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, który przewiduje wpis w wysokości 7.500,00 zł dla zamówień na usługi o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty 7.500,00 zł z tytułu nadpłaconego wpisu od odwołania.

Przewodniczący …….