Sygn. akt:KIO 2591/20

WYROK

z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2020 r. przez wykonawcę **Gallup Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2A, 00-193 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Sprzedaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków

orzeka:

1.**Oddala odwołanie;**

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Gallup Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego **Tauron Sprzedaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie ul. Łagiewnicka 60, 30-417 Kraków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt:KIO 2591/20

U z a s a d n i e n i e

TAURON Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie działający w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zawarcie umów ramowych na świadczenie w imieniu i na rzecz TAURON Sprzedaż sp. z o.o. i TAURON Sprzedaż GZE sp. z o.o. usług pośrednictwa sprzedaży produktów lub usług Zamawiającego za pomocą centrum telefonicznego i realizowanych przy wykorzystaniu systemu CC Zamawiającego i/lub Wykonawcy" nr referencyjny 2020/TS/TS/00699/L.Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 kwietnia 2020 r. pod nr 2020/S 066-158171.

W dniu 29 września 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o dokonaniu powtórzonej czynności wyboru dwóch najkorzystniejszych ofert, złożonych przez: CALL CENTER POLAND S.A. oraz TRADE OFFICE sp. z o. Czynność ta została powtórzona z uwagi na wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1692/20, nakazujący unieważnienie przez Zamawiającego w zakresie części II postępowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRADE OFFICE sp. z o.o. (dalej: „TRADE OFFICE"). W dniu 9 października 2020 r. wykonawca Gallu Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w zakresie części II postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez TRADE OFFICE oraz zaniechanie odrzucenia złożonej przez ww. wykonawcę oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk") poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez TRADE OFFICE oraz PROMO-ART sp. z o.o. jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie części II postępowania oraz:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert dokonanego w dniu 29.09.2020 r.

2)odrzucenia oferty złożonej przez TRADE OFFICE ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt oraz ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

3)odrzucenia oferty złożonej przez PROMO-ART ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4)ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że kryterium oceny ofert jest cena z wagą 100%, przy czym w ramach tego kryterium Zamawiający wyodrębnił: C1 - cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd

(wraz z usługą) w Kampanii Sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy (waga 70%), C2 - cena jednostkowa sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskiwaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy (waga 10%), C3 - cena jednej roboczogodziny pracy konsultanta RBH, przez co rozumie się minimum 30 minut rozmów konsultanta z klientami lub potencjalnymi klientami (waga 20%).

W kwestii dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy, projekt umowy przewidywał 3 równoważne systemy wynagradzania, o zastosowaniu których miał decydować Zamawiający na etapie konkretnego postępowania realizacyjnego: System 1, gdzie głównym składnikiem jest stawka za sukces, System 2, gdzie głównymi składnikami są: stawka za RBH i stawka za sukces, System 3, gdzie głównym składnikiem jest stawka za RBH, przy czym jako „sukces" podstawowy Zamawiający definiował zawarcie odpowiedniego kontraktu z klientem w ramach kampanii: sprzedażowej, pozyskaniowej, specjalistycznej, łączonej. Natomiast w ramach kampanii: ankietowej i informacyjnej „sukces" miał być określany każdorazowo przed startem danej kampanii w tzw. Ilościowej Karcie Celów. Podobnie w Ilościowej Karcie Celów miał być określony każdorazowo „sukces dodatkowy" dla każdej kampanii przed jej startem. Sprawa rozliczeń, jak również rozumienia zastosowanych przez Zamawiającego cenowych kryteriów oceny ofert, była przedmiotem zapytań ze strony wykonawców w toku oceny i badania ofert. W odpowiedziach z dnia 24.04.2020 r. Zamawiający wyjaśniał, że każdy z systemów rozliczania (1-3 powyżej) należy traktować jako równorzędny, gdyż dopiero na etapie umów realizacyjnych wskaże, z którego modelu rozliczania w danej umowie będzie korzystać (odpowiedź na pyt. 3 z dnia 24.04.2020 r.) W związku z powyższym Wykonawca, przedstawiając cenę jednej roboczogodziny pracy (RBH) konsultanta, musiał uwzględnić wszelkie koszty, jakie miałby ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż umowy realizacyjne w zależności od decyzji Zamawiającego mogły być rozliczane nie tylko w oparciu o systemy prowizyjne za sukces, ale również w oparciu o System 3, który zakładał, że stawka za roboczogodzinę jest głównym składnikiem prowizji. Co więcej, Zamawiający w udzielonych odpowiedziach wyraźnie zastrzegł, że mogą wystąpić sytuacje, w których w ogóle nie będzie możliwości rozliczenia sukcesów dodatkowych (odpowiedź na pytanie nr 12 z dnia 24 kwietnia 2020 r. - *„Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie Wykonawca nie powinien uwzględniać przychodów z tytułu realizacji sukcesów dodatkowych, gdyż Zamawiający nie gwarantuje, czy i jaka ilość kampanii uwzględniać będzie możliwość realizacji sukcesów dodatkowych*").

W postępowaniu średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w zakresie poszczególnych kryteriów cenowych kształtowała się następująco: C1 - 58,31 zł brutto, C2 - 181,43 zł brutto, C3 - 24,82 zł brutto. Wykonawca TRADE OFFICE w zakresie kryterium C3 zaoferował cenę 17,22 zł brutto (14,00 zł netto), a więc niższą o nieco ponad 31% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w kryterium. Zamawiający słusznie poczynił domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny i wystąpił do wykonawcy z wezwaniem z dnia 12.05.2020 r. o stosowne wyjaśnienia zaoferowanej ceny, do czego obligowały go przepisy ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący zaznaczył, że dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej, zwłaszcza, gdy dotyczy to: ceny za realizację opcji, ceny stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert, ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń, oraz wskazał, że w sprawie występują dwa ostatnie przypadki. Stawka jednej roboczogodziny RBH może być podstawą rozliczeń z Wykonawcą (w Systemie 2 oraz samoistnie w Systemie 3). Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, polegającego na świadczeniu usług pośrednictwa za pomocą centrum telefonicznego, praca konsultanta obiektywnie musi stanowić istotny czynnik kosztotwórczy, wpływający na ostateczną cenę usługi, będącej przedmiotem zamówienia. Wagę przedmiotowego czynnika potwierdza przede wszystkim, ale nie wyłącznie wyodrębnienie pracy konsultanta do jednego z zastosowanych cenowych kryteriów oceny ofert. Powyższe implikuje oczywisty wniosek, że praca konsultantów ma istotne znaczenie nie tylko w kontekście zakresu rzeczowego usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia, ale również w kontekście czynników kosztotwórczych. Skoro cena jednej roboczogodziny RBH była istotnym czynnikiem kosztotwórczym zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jak również (potencjalnie) samodzielną i odrębną od innych podstawą rozliczeń między stronami umowy nie powinno być wątpliwości co do możliwości badania zaoferowanej przez wykonawców w kryterium C3 ceny pod kątem wystąpienia znamion rażąco niskiej ceny.

Następnie Odwołujący podał, że nie znajduje żadnych szczególnych uwarunkowań czy też czynników, które w sposób obiektywny uzasadniałyby skalkulowanie przez TRADE OFFICE ceny w kryterium C3 na tak niskim poziomie. Nie uzasadniają tego również złożone w postępowaniu wyjaśnienia wykonawcy TRADE OFFICE. Poziom ten nie tylko nie gwarantuje pokrycia kosztów pracy konsultanta, ale nie jest też w stanie zapewnić wykonawcy jakiegokolwiek zysku, zwłaszcza w sytuacji zastosowania przez Zamawiającego modelu rozliczeń w systemie 3. Zamawiający, jako jedną roboczogodzinę pracy konsultanta przyjął minimum 30 minut prowadzonej przez niego rozmowy, nie zaś godzinę zegarową jego pracy. Tymczasem przeprowadzenie 30 minut rozmowy przez konsultanta pokrywać się będzie co najmniej z 1 godziną zegarową jego pracy, a w praktyce może nawet i trochę więcej. Do czasu pracy konsultanta należy doliczyć: czas, w którym system wybiera połączenia (tzw. czas między połączeniami); jest to czas nie tylko przeznaczony na wybieranie skutecznego połączenia, ale czas na wybieranie wszystkich połączeń, z których znaczna część jest bezskuteczna, albowiem wielu abonentów nie odbiera połączeń; czas przysługującej konsultantowi przerwy (wynikającej zarówno z ogólnych przepisów co do czasu pracy, jak i pracy przy komputerze, a także z tego powodu, że fizycznie prowadzenie cały czas rozmowy telefonicznej jest niemożliwe); czas przestoju wywołanego usterkami i awariami technicznymi, wymagającymi interwencji serwisantów, czas rozmów i spotkań z managerem; czas szkoleń i treningów rozwijających umiejętności konsultanta i podnoszących jego kwalifikacje; czas pracy w systemie (uzupełnienie w aplikacji danych klienta, informacji dot. zawieranego kontraktu itp.). Szereg skutecznych połączeń telefonicznych jest bardzo krótkich, albowiem sprowadzają się one do przedstawienia konsultanta i stwierdzenia ze strony abonenta, iż nie jest zainteresowany rozmową. Przyjęcie zatem w kryterium C3 minimum 30 minut rozmowy konsultanta zakłada realną jego produktywność (efektywność) na poziomie ok. 50%. W praktyce osiągnięcie większej uśrednionej efektywności jest skrajnie trudne, a wręcz niemożliwe. Z tego wynika przyjęty przez Zamawiającego taki poziom efektywności. Trudno bowiem założyć, że Zamawiający przyjmowałby efektywność na zaniżonym poziomie. Zamawiający ma duże własne doświadczenie w zakresie telefonicznej obsługi klientów i posiada wręcz swych własnych konsultantów, a zatem był w stanie zweryfikować prawidłowy poziom efektywności pracy konsultanta. Przyjęta przez Zamawiającego definicja RBH działa jako zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Oznacza to, że gdyby owe wszystkie czynności towarzyszące trwały dłużej niż zakładana 50% wydajność, to i tak wykonawca nie otrzyma zwiększonego wynagrodzenia, a koszty wydłużonych czynności towarzyszących obciążają tylko wykonawcę. Oznacza to, że 30 min. rozmowy konsultanta to w efekcie, co najmniej 60 min. pracy konsultanta (obejmującej zarówno owe 30 min rozmowy, jak i 30 min pozostałych niezbędnych czynności towarzyszących). W konsekwencji nawet gdyby niekiedy udało się wykonawcy osiągnąć efektywność na poziomie wyższym niż 50%, to jednocześnie zdarzać się będą także sytuacje na poziomie niższej efektywności. W konsekwencji średnia będzie na poziomie 50%. TRADE OFFICE nie kwestionuje w żaden sposób przyjętego przez Zamawiającego poziomu efektywności pracy konsultanta.

Powyższe rozważania Odwołujący odniósł do ceny zaoferowanej przez TRADE OFFICE (17,22 zł brutto - z VAT, tj. 14, zł netto - bez VAT) za pracę konsultanta w kryterium cenowym C3 i dokonał porównania tej stawki z obowiązującym ustawowo minimalnymi stawkami godzinowymi za pracę, podając: Aktualnie wysokość minimalnego wynagrodzenia (o 01.01.2020 r.) wynosi 2.600,00 zł brutto, a za godzinę - 17,00 zł brutto (w przypadku umów zlecenia). Uwzględniają dodatkowo koszty składek ubezpieczeniowych po stronie pracodawcy (a więc liczone od kwoty brutto następujące składk i) emerytalna - 9,76%, ii) rentowa - 6,50%, iii) wypadkowa - 1,93%, iv) na Fundusz Pracy 2,45%, v) na Fundus Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 0,10%, vi) na Fundusz Emerytur Pomostowych 1,50%) koszt całkow pracodawcy w przypadku wynagrodzenia minimalnego wynosi 3.132,48 zł. Przeliczając to na przeciętny 168-godzinn miesiąc pracy, daje to stawkę godzinową na poziomie 18,65 zł jako koszt roboczogodziny (dla przypomnienia stawk kwestionowanej oferty to 14,00 zł).

W każdym przypadku koszt roboczogodziny wynikający ze stawek minimalnych jest dość istotnie wyższy od stawki TRADE OFFICE. Efektywne koszty pracodawcy są jeszcze wyższe, uwzględnić bowiem należy dodatkowo takie elementy jak: płatny urlop wypoczynkowy w wymiarze 20-26 dni (sam urlop zwiększa koszt wynagrodzenia o 9,88% (20 dni) do 12,85% (26 dni), albowiem urlop wypoczynkowy to w praktyce trochę średnio ok miesiąc lub trochę więcej nieobecności w pracy, za którą to wykonawca musi zapłacić pracownikowi wynagrodzenie); ten koszt, co jednoznacznie wynika z tabeli złożonej przez TRADE OFFICE nie został uwzględniony w wyliczeniach, statystyczne koszty wynagrodzeń chorobowych, urlopów okolicznościowych, macierzyńskich i innych pełnopłatnych przez pracodawcę na poziomie ok 13%; ten koszt też nie został uwzględniony; wskaźnik niższego wymiaru czasu pracy osób z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym, w przypadku których zgodnie z przepisami prawa (ustawa z dnia 27.08.1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) co do zasady, dzienny wymiar czasu pracy wynosi 7 godz., a nie 8 godz. (tygodniowy maksymalnie 35 godzin), co oznacza zwiększenie koszty pracodawcy o kolejne 12,5% nie uwzględnione w wycenie; tylko za zgodą lekarza na wniosek niepełnosprawnego możliwy jest zwykły wymiar czasu pracy, przy czym rzadko to jest możliwe, a ponadto skutkuje to powstaniem po stronie pracodawcy kosztu badania); koszty tzw. absenteizmu (nieobecności w pracy) i prezenteizmu (czyli tzw. nieefektywnej obecności w pracy); koszty wykonywania innych obowiązków pracodawcy, np. szkolenia bhp, okresowe badania zdrowotne, itp., koszty prowadzenia dokumentacji i sprawozdawczości pracowniczej. Tymczasem z kalkulacji złożonej przez TRADE OFFICE wynika, że do wyliczeń jednostkowego kosztu pracy (wskazanego przez tego wykonawcę na 13,54 zł) przyjęto miesięczny czas pracy na poziomie 168 godzin, co z przyczyn podanych wyżej jest oczywiście zawyżone i to o ponad 36%. W konsekwencji rzeczywisty koszt roboczogodziny (i to dla minimalnego wynagrodzenia) jest zdecydowanie zaniżony. Przyjęcie innego (niższego) poziomu czasu pracy skutkuje także wyższymi (o ponad 30%) kosztami stanowiska pracy (te bowiem były przeliczane w odniesieniu do kosztu jednostkowego pracy. Nadto umowa ramowa ma być zawarta na okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy, a więc z założenia ma obowiązywać do 2023 r. Tymczasem wysokość minimalnego wynagrodzenia ulega corocznemu podwyższeniu, co wpływa także na wysokość innych wynagrodzeń niż minimalne. W 2016 roku minimalna wysokość wynagrodzenia wynosiła 1.850,00 zł, w 2019 r. stawka ta była już o 400,00 zł wyższa i wynosiła 2.250,00 zł brutto, podczas gdy tylko rok później (2020 r.) stawka ta jest znów wyższa o kolejne 350,00 zł i wynosi 2.600,00 zł brutto. Nawet gdyby przyjąć mniejszą dynamikę wzrostu to i tak należy się z nim liczyć. Na ten moment już wiadomo, że od 1.01.2021 r. minimalne wynagrodzenie wynosić będzie 2.800,00 zł brutto, a za godzinę - 18,30 zł brutto (w przypadku umów zlecenia). Powyższe oznacza, że koszt całkowity pracodawcy wynosić będzie 3.373,44 zł, a stawka za godzinę pracy (na podstawie umowy o pracę) wynosić będzie 20,08 zł. Jest to o tyle istotne, że wykonawca składając swoją ofertę powinien był przewidzieć wzrost stawki minimalnej wynagrodzenia i uwzględnić go w swojej ofercie. Tym bardziej, że ze względu na długi okres realizacji oczywiste było dla każdego, że znaczna większość zamówienia realizowana już będzie przy zwiększonym koszcie wynagrodzenia minimalnego. Tymczasem wykonawca TRADE OFFICE w swoich kalkulacjach nie uwzględnił ani wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ani pozostałych czynników wyżej opisanych, wpływających na zwiększenie kosztów pracy względem przyjętych minimalnych. Także przeciętne wynagrodzenie w okresie ostatnich trzech lat wzrosło o prawie 15% tj. z kwoty 4.585,03 zł brutto w roku 2018 do kwoty 5.227,00 zł w roku bieżącym (2020 r.). Należy się spodziewać, że wzrost ten będzie się dalej utrzymywał (nawet gdyby przyjąć, że spadnie dynamika wzrostu). Ten element w ogóle nie został uwzględniony przez TRADE OFFICE, a Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany umowy przy uwzględnieniu ww. wskaźnika.

Odwołujący stwierdził, że stawka ta jest znacznie niższa od obowiązujących minimalnych stawek ustawowych w zakresie kosztów pracowniczych, a przez to niedopuszczalna. Punktem wyjścia nie jest bowiem zaoferowana przez TRADE OFFICE kwota brutto w kryterium C3 lecz kwota netto, czyli stawka brutto pomniejszona o wkalkulowany w cenie podatek VAT, a więc: 14,00 zł netto. Ta właśnie stawka netto miała uwzględniać wszystkie koszty pracy konsultanta w zakresie prowadzonej przez niego 30 minutowej rozmowy, a zatem właśnie ta stawka jest miarodajna w zakresie czynionych porównań do stawek ustawowych, dotyczących kosztów wynagrodzenia za pracę. Oznacza to, że zaoferowana przez wykonawcę stawka w kryterium C3 nie jest w stanie pokryć kosztu pracy konsultanta. Stawka przyjęte przez TRADE OFFICE jest niższa niż minimalne wynagrodzenie, czego wprost zabrania art. 90 ust. 1 pkt 1 in fine Pzp, co już samo w sobie powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez tego wykonawcę oferty. W ocenie Odwołującego złożonymi w toku oceny i badania ofert wyjaśnieniami, wykonawca TRADE OFFICE nie wykazał, aby zaoferowana przez niego stawka w kryterium C3 mogła pokryć jakiekolwiek pozaosobowe koszty, skoro nie jest nawet w stanie pokryć minimalnych kosztów pracy pracownika, nie mówiąc już o zapewnieniu wykonawcy zysku. Co prawda Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał, że w przypadku dokonanej przez niego wyceny koszt 1 RBH wynosi 13,54 zł netto, co po doliczeniu podatku VAT daje kwotę 16,65 zł brutto, natomiast zaoferowana cena 17,22 zł brutto miałaby wskazywać na wypracowany zysk wykonawcy (wyjaśnienia z dnia 25.05.2020 r.), jednak w świetle przytoczonej wyżej argumentacji stwierdzić należy że stawki te pozostają skrajnie niskie, a opisane założenia wyceny nie mogą być uznane za wiarygodne.

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że zgodnie z wyjaśnieniami TRADE OFFICE skalkulowanie kosztu RBH na tak niskim poziomie miało być przede wszystkim wynikiem tego, że wykonawca planuje zatrudnienie 50 konsultantów z wynagrodzeniem na poziomie 3.132,48 zł, które stanowi minimalne wynagrodzenie za pracę zgodnie z przepisami prawa. Przy czym spośród wskazanej wyżej ilości 50 osób, zatrudnienie miałoby objąć 45 osób niepełnosprawnych (90% wszystkich zatrudnionych), z czego 20 osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi. To z kolei miałoby zapewnić wykonawcy uzyskanie dofinansowania dla osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, wynoszące począwszy od 1.05.2020 r. - 1.200,00 zł. Dodatkowo do pracowników, będących osobami z orzeczonym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi, PFRON (oprócz standardowej refundacji w wysokości 1200,00 zł) dopłaca miesięcznie 900,00 zł., Właśnie opisane wyżej okoliczności w ocenie TRADE OFFICE miałyby determinować uznanie, że przyjęte przez tego wykonawcę założenia do skalkulowania ceny ofertowej są wiarygodne, racjonalne, a przede wszystkim obalające domniemanie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego za całkowicie nierealne i oderwane od rzeczywistości należy uznać założenie zatrudnienia 90% osób z takim stopniem

niepełnosprawności, który pozwoliłby na uzyskanie zwrotu środków z PFRON. Powyższe wynika z kilku zasadniczych powodów. Po pierwsze, rynek pracy, dotyczący osób obciążonych niepełnosprawnością, jest rynkiem „płytkim". Wbrew optymistycznym założeniom, poczynionym przez TRADE OFFICE, odsetek pracowników dotkniętych niepełnosprawnością siłą rzeczy jest marginalny w porównaniu z rynkiem pracy osób bez orzeczonej niepełnosprawności. Nie jest więc tak, że bezproblematycznie, „od ręki" można stworzyć rozbudowany zespół pracowników w 90% dotkniętych niepełnosprawnością. Powyższa ocena zachowuje aktualność nawet w sytuacji korzystania przez podmiot zatrudniający z różnego rodzaju form wsparcia i pośrednictwa przy zatrudnieniu, a poruszane trudności z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych wynikają również z tego, że ich rekrutacja jest procesem bardzo czasochłonnym. Po drugie, nie bez znaczenia jest również czynnik konkurencji po stronie pracodawców, którzy niejednokrotnie zabiegają o pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, oferując przy tym znacznie bardziej atrakcyjne warunki pracy aniżeli praca konsultanta telefonicznego, która obiektywnie rzecz ujmując jest wymagająca i nieprzeznaczona dla każdego. Po trzecie, nieodzowne jest posiadanie przez osoby, pracujące na stanowisku konsultanta, określonego zespołu cech szczególnych, spośród których w pierwszej kolejności należy wymienić łatwość nawiązywania kontaktu, umiejętność prowadzenia dialogu i podtrzymywania u odbiorcy zainteresowania rozmową, komunikatywność, odporność na stres i na innego rodzaju uciążliwości ze strony klienteli, zaangażowanie, cierpliwość itp. Tym bardziej zaskakujące wydają się twierdzenia TRADE OFFICE o tym, że niemal połowa wszystkich niepełnosprawnych będzie miała orzeczony stopień niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi. Do schorzeń specjalnych, zgodnie z ustawą o rehabilitacji, zalicza się: całościowe zaburzenie rozwojowe, zaburzenie wzroku w stopniu znacznym lub umiarkowanym, epilepsję, chorobę psychiczną i upośledzenie umysłowe. Nie sposób nie uznać, że przy tak zróżnicowanych i zaawansowanych rodzajach upośledzeń, często uniemożliwiających normalne funkcjonowanie tych osób w życiu, wątpliwe jest powodzenie przedsięwzięcia, polegającego na obsadzeniu takimi osobami połowy stanowisk pracowniczych konsultantów. Wspomniane schorzenia obiektywnie rzecz ujmując nie sprzyjają takiej pracy, w której pożądany jest zespół cech szczególnych, o których mowa wyżej i których osoby niepełnosprawne ze schorzeniami specjalnymi po prostu nie posiadają.

Odnosząc się do dowodów, które wykonawca załączył do złożonych wyjaśnień, Odwołujący stwierdził ich nieprzydatność i wskazał, że w większości są to publikacje o charakterze informacyjnym, opisowym, referencje czy też prezentacje podmiotów (fundacji), które zajmują się promocją lub wspieraniem zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Przywołanie tych materiałów w żaden sposób nie przekłada się ani na uwiarygodnienie tezy o realności współpracy z tymi podmiotami, ani na jakiekolwiek gwarancje zatrudniania zadeklarowanej ilości osób niepełnosprawnych przez TRADE OFFICE, ani też na jakiekolwiek gwarancje otrzymywania dofinansowania w założonej wysokości. Również w ocenie Odwołującego załączona do wyjaśnień Umowa o świadczenie usług rekrutacji z dnia 29.04.2020 r. nie stanowi dowodu na okoliczność dysponowania szczególnie sprzyjającymi warunkami, umożliwiającymi wykonawcy skalkulowanie oferty na tak skrajnie niskim poziomie w zakresie kosztu pracy konsultanta. Przedmiotem ww. umowy jest świadczenie za wynagrodzeniem przez Zleceniobiorcę (Ogólnopolska Baza Pracodawców Osób Niepełnosprawnych sp. z o.o. sp. k.) na rzecz Zleceniodawcy (TRADE OFFICE) usługi rekrutacji osób z oznaczonym stopniem niepełnosprawności, kwalifikujących się do uzyskania dofinansowania z PFRON. Jednak umowa ta ma charakter współpracy ramowej, bez żadnych konkretnych założeń dedykowanych do jakiegoś zindywidualizowanego projektu. Dlatego też nie sposób uznać, że umowa ta stanowi potwierdzenie gwarancji zatrudnienia przez TRADE OFFICE zadeklarowanej ilości osób niepełnosprawnych na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, jak również gwarancji otrzymania dofinansowania w zakładanej wysokości. Nie sposób uznać, że na podstawie tej umowy TRADE OFFICE ma możliwość realizacji tak optymistycznych założeń, co do zminimalizowania kosztów pracy konsultanta poniżej obowiązujących stawek minimalnych. Dlatego też na etapie oceny ofert, przedłożona przez TRADE OFFICE umowa o świadczenie usług rekrutacji, bez skonkretyzowanych postanowień odnoszących się do niniejszego zamówienia, które to postanowienia odzwierciedlałyby przyjęte do wyceny założenia, nie może stanowić podstawy uznania, że wykonawca w sposób skuteczny wykazał brak znamion rażąco niskiej ceny w zakresie zaoferowanej stawki C3. Nie jest bowiem wystarczające ogólnikowe powołanie się na jakieś nie do końca sprecyzowane programy, rozpoczętą współpracę lub ewentualną tylko przyszłą i niepewną możliwość skorzystania z nich. Nie bez znaczenia jest również to, że Umowa o świadczenie usług rekrutacji jest przewidziana na 12 miesięcy (licząc od dnia 29.04.2020 r.), z ewentualną możliwością przedłużenia czasu jej obowiązywania, co nie zmienia jednak faktu, że przewidziany okres podstawowy nie pokrywa się z czasem trwania umowy ramowej, będącej przedmiotem zamówienia (36 miesięcy). W przypadku braku przedłużenia ww. umowy, możliwości zatrudnienia osób na warunkach opisanych przez TRADE OFFICE w złożonych wyjaśnieniach, mogą przestać istnieć i prędzej czy później nastąpi konieczność zatrudnienia pracownika na rynkowych warunkach. A zatem jeśli beneficjent korzystał z określonej grupy pracowników tylko i wyłącznie ze względu na możliwość uzyskania dofinansowania i wykorzystania tej okoliczności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to koszty rynkowe poniesione przez wykonawcę po ustaniu dofinansowania, stanowią faktyczny koszt realizacji zamówienia, który powinien znaleźć odzwierciedlenie w oferowanej cenie, na zasadzie wyceny dodatkowych ryzyk. W przeciwnej sytuacji mamy do czynienia z ukrywaniem faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w innych kosztach prowadzonych przedsięwzięć. Wszelkiego rodzaju programy dofinansowań adresowane do potencjalnych beneficjentów, mają konkretny cel - w tym przypadku związany z niwelowaniem różnic społecznych, podnoszeniem kwalifikacji zawodowych i aktywizacją zawodową osób z orzeczoną niepełnosprawnością, która to grupa społeczna może się spotykać z przejawami pomijania bądź nawet dyskryminacji na rynku pracy. Jeżeli założeniem beneficjenta jest w tej sytuacji wykorzystanie tego programu do przerzucenia całego ciężaru finansowania kosztów pracowniczych na podmiot dofinansowujący, tylko po to, by ograniczyć koszty przygotowywanej konkretnej oferty przetargowej i wyeliminować w ten sposób konkurentów, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, to takie działanie należy uznać za skrajnie naruszające dobre obyczaje, a więc spełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Celowanie rekrutacji pracowniczej w określoną grupę społeczną tylko po to, by pozyskać dofinansowanie, które następnie zostanie przedstawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako nadzwyczajne, szczególnie korzystne uwarunkowanie, umożliwiające zaoferowanie ceny znacznie niższej od konkurencji jest praktyką niedopuszczalną. W sposób naruszający dobre obyczaje godzi to bowiem w interesy innych wykonawców, którzy przystępują do postępowania z zamiarem konkurowania w oparciu o uczciwie skalkulowane ceny, nieodbiegającej od realiów rynkowych, w oparciu o jakość świadczonych usług, wypracowane know-how itp. Powierzenie pracy konsultanta przy realizacji umowy ramowej, objętej przedmiotem niniejszego zamówienia, prawie w całości osobom z orzeczoną niepełnosprawnością, wydaje się być niewiarygodne i mało realne również ze względu na charakter pracy konsultanta, która jest pracą bardzo wymagającą, dedykowaną do osób z konkretnymi predyspozycjami interpersonalnymi- komunikatywnością, otwartością na kontakt z innymi osobami, wysoką odpornością na stres i zmęczenie. Bardzo często zdarza się, że osoby w pełni zdolne do pracy, bez żadnych ograniczeń w postaci orzeczonego stopnia niepełnosprawności, szybko rezygnują z tego rodzaju zajęcia, nie mówiąc o osobach niepełnosprawnych, dla których praca ta (oczywiście z uwzględnieniem rodzaju i charakteru

niepełnosprawności) siłą rzeczy jest jeszcze trudniejsza. Założenie TRADE OFFICE, że zespół złożony prawie wyłącznie z osób niepełnosprawnych podoła w pełni trudom tego rodzaju pracy przez cały okres realizacji zamówienia i to za najniższe wynagrodzenie - wydaje się kuriozalne i oderwane od realiów rynkowych. Podobnie jak założenie, że wszystkie zatrudnione osoby otrzymywać będą najniższe wynagrodzenie. Skorzystanie z programów pomocowych dla osób niepełnosprawnych wiąże się z koniecznością zaangażowania do realizacji zamówienia osób niedoświadczonych, wymagających czasochłonnego przeszkolenia, których praca - siłą rzeczy przy obciążeniu niepełnosprawnością - jest mniej wydajna i efektywna, niż praca osób bez orzeczonej niepełnosprawności. To z kolei ma przełożenie na zwiększenie kosztów pracodawcy, które to koszty z założenia mają być niwelowane właśnie przez określone programy pomocowe. Powoływanie się przez TRADE OFFICE na minimalizowanie kosztów pracowniczych dzięki korzystaniu z różnego rodzaju dofinansowań jest iluzoryczne. Koszty te bowiem, przy zatrudnieniu osób z określoną niepełnosprawnością, wzrastają w porównaniu z sytuacją standardowych warunków zatrudnienia. Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że wszelkie korzyści uzyskane przez TRADE OFFICE w ramach otrzymanych dofinansowań powinny znaleźć również swoje odzwierciedlenie w sposobie skalkulowania pozostałych kryteriów, szczególnie C1. Tymczasem względnie wysoka (adekwatna do średniej) cena zaoferowana szczególnie w kryterium C1 wskazuje, że ewentualne dofinansowania zostały przez wykonawcę wykorzystane tylko i wyłącznie na potrzeby kryterium C3. Ponieważ Odwołujący przypisuje TRADE OFFICE świadome i celowe manipulowanie kryteriami oceny ofert powyższe w ocenie Odwołującego nie jest przypadkowe. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że Zamawiający dotychczasową umowę ramową realizował w przeważającej mierze (a praktycznie wyłącznie) w oparciu o systemy prowizyjne za sukces, to przy niskiej stawce za RBH, wykonawca TRADE OFFICE zyskiwał niezbędne punkty, gwarantujące uzyskanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu względnie wysokich stawek, szczególnie w kryterium C1, co z kolei gwarantowało perspektywę wysokich przychodów z realizacji konkretnych postępowań realizacyjnych. Nadto nie jest możliwe takie wykorzystanie tych programów pomocowych, aby skutkiem tego było oferowanie świadczenia usług po cenach dumpingowych, nieuwzględniających choćby minimalnych poziomów wynagrodzeń pracowników. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że uprawnione i w pełni uzasadnione może być twierdzenie, że w wyjaśnieniach z dnia 16.05.2020 r. TRADE OFFICE (wbrew żądaniom Zamawiającego zawartym w wezwaniu z dnia 12.05.2020 r.) w ogóle nie odniósł się do wyjaśnienia zaoferowanej stawki rbh dla części II postępowania. W treści wyjaśnień, dotyczących właśnie części II postępowania, TRADE OFFICE odnosi się bowiem do (...) certy jednej roboczogodziny pracy konsultanta (...) w ramach Części 1., (str.3 wyjaśnień z dnia 16.05.2020 r.).

Następnie odnosząc zarzuty do kryterium cenowego C2, Odwołujący wskazał, że dotyczyło ono ceny jednostkowej sprzedaży produktu gaz (wraz z usługą) w Kampanii Pozyskiwaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy. W zaskarżonej części II postępowania średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w zakresie ww. kryterium C2 wyniosła 181,43 zł brutto. Ponieważ wykonawca TRADE OFFICE zaoferował stawkę niższą o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert w zakresie tego kryterium, Zamawiający słusznie wezwał w dniu 12 maja 2020 r. wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej sprzedaży gazu (oraz usług) w Kampanii Pozyskaniowej w procesie zawierania umów poza siedzibą sprzedawcy. TRADE OFFICE nie sprostało wymogowi przedstawienia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej. Wykonawca zaniechał podania jakichkolwiek założeń cenowych, jakichkolwiek kwot składowych, ram i sposobu kalkulacji, które tłumaczyłyby możliwość skalkulowania na potrzeby niniejszego postępowania ceny w kryterium C2 na zaoferowanym poziomie. Wyjaśnienia TRADE OFFICE pozbawione są de facto jakiejkolwiek merytorycznej treści przeliczeniowej, matematycznej, kwotowej, z którą w ogóle można by polemizować. Wyjaśnienia nie zawierają również opisu założeń, które legły u podstaw przyjęcia takiej a nie innej stawki. TRADE OFFICE zaniechał wskazania w swych wyjaśnieniach podstawowego parametru, służącego ocenie sposobu skalkulowania ceny w kryterium C2, a mianowicie jednostki czasowej - tj. czasu trwania procesu zawarcia takiej umowy poza siedzibą sprzedawcy. Jakiekolwiek próby merytorycznego wykazania braku przesłanek rażąco niskiej ceny w zakresie zaoferowanej stawki w kryterium C3, powinny mieć swój początek właśnie w opisie czasu niezbędnego do zawarcia umowy poza siedzibą sprzedawcy. Brak powyższego skutkuje bezprzedmiotowością złożonych wyjaśnień. O ile bowiem celem Zamawiającego było uzyskanie konkretnych informacji nt. czynników kosztotwórczych, dotyczących stawki zaoferowanej w kryterium cenowym C2, o tyle TRADE OFFICE poprzestało na zupełnie opisowym podejściu do problemu, skupiając się de facto na posiadanym doświadczeniu i porównaniach dawnych stawki z aktualnie oferowanymi.

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący stwierdził, że odnosi się on zarówno do oferty TRADE OFFICE, jak również do oferty PROMO-ART, gdyż złożenie przez tych wykonawców ofert ze znaczne zaniżoną ceną w kryterium C3 (TRADE OFFICE 17,22 zł brutto, PROMO-ART 18,45 zł brutto) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wyjaśnił, że jest uprawniony podnieść ww. zarzut względem oferty PROMO-ART, pomimo tego, że zarzut ten był już podniesiony w postępowaniu KIO 1692/20. Jednak w wyroku z dnia 27 sierpnia 2020 r. Izba nie orzekła w sposób autonomiczny i merytoryczny w zakresie ww. zarzutu, ograniczając się do jego oceny wyłącznie przez pryzmat braku konieczności prowadzenia przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w związku z tym, że zaoferowana przez PROMO-ART cena w zakresie kryterium C3 nie była niższa, o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen innych ofert. Tymczasem przedmiotowy zarzut, choć w sposób oczywisty powiązany z okolicznością zaniżenia przez ww. wykonawców cen w kryterium C3 - to jednak ma charakter autonomiczny i skonkretyzowany w postaci zarzucanej wykonawcom manipulacji stawkami cenowymi przedstawionymi w poszczególnych kryteriach cenowych. Tymczasem KIO w wyroku z dnia 27.08.2020 r w ogóle nie orzekła w zakresie niedopuszczalnej manipulacji cenowej, jaka zdaniem Odwołującego miała miejsce w przypadku TRADE OFFICE i PROMO - ART, a która to manipulacja stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ponieważ wysokość zaoferowanych przez ww. wykonawców stawek w kryterium C3 jest bardzo zbliżona, wszystkie przedstawione względem wyceny TRADE OFFICE zastrzeżenia odnieść można do wyceny PROMO-ART, stąd, zdaniem Odwołującego, istnieje możliwość wspólnego ujęcia zarzutu, związanego z czynem nieuczciwej konkurencji, względem tych dwóch ofert jednocześnie.

Wychodząc z poczynionego przez siebie ustalenia, że nie ma możliwości pokrycia kosztów pracy konsultanta ani przy stawce 14,00 zł netto za roboczogodzinę, zaoferowanej przez TRADE OFFICE, ani też przy stawce 15,00 zł netto, zaoferowanej przez PROMO-ART., Odwołujący podniósł, że w przypadku wykonywania umów realizacyjnych z wykorzystaniem Systemu 3 wykonawcy ci nie są w stanie wykonać tej części przedmiotu umowy bez poniesienia straty. W konsekwencji jedynym logicznym wyjaśnieniem tej sytuacji jest albo wykonywanie zamówienia po zaniżonej, nierealnej i poniżej kosztów cenie (czyli cenie rażąco niskiej), albo „przerzucenie" kosztów pracy konsultanta do innych pozycji kosztowych, albo poczynione przez ww. wykonawców z góry założenia, że nie będą angażowali się w kampanie, w których zaproponowali „niedochodowe" stawki. W każdym z tych przypadków oferty ww. wykonawców powinny podlegać

odrzuceniu. Nie bez znaczenia pozostaje, że dotychczasowa umowa ramowa zawarta z Zamawiającym realizowana była w przeważającej mierze w oparciu o system prowizyjny związany z wypracowanymi sukcesami (czyli zawartymi kontraktami). Rozliczenia z zastosowaniem Systemu 3 praktycznie nie miały miejsca. W związku z powyższym wykonawcy TRADE OFFICE i PROMO - ART dokonali takiego rozłożenia kosztów przy przygotowywaniu oferty i takiego skalkulowania ceny, aby uzyskać jak największe zyski z kampanii sprzedażowej na podstawie zawartych kontraktów, przy jednoczesnym zminimalizowaniu stawki RBH za pracę konsultanta, w oparciu o którą w ostatnich latach Zamawiający praktycznie nie dokonywał rozliczeń. Wybrani w postępowaniu wykonawcy, decydują, w zakresie której kampanii będą się ubiegać o jej realizację, a zatem czy złożą swoją ofertę w danym postępowaniu realizacyjnym, czy też nie. Powyższe oznacza, że złożenie oferty przetargowej z rażąco niską ceną zawartą w kryterium C3 wcale nie oznacza, że wykonawcy ci brali pod uwagę rzeczywiste wykonywanie zamówienia po zaoferowanych stawkach. Natomiast wymierną korzyścią takiej strategii jest możliwość uzyskania przez wykonawców TRADE OFFICE i PROMO-ART dodatkowych punktów w kryterium C3, dzięki czemu wykonawcy ci zachowali przewagę konkurencyjną nad resztą wykonawców, którzy dokonali kalkulacji ceny na zasadach rynkowych. W ten sposób wykonawcy TRADE OFFICE i PROMO-ART zapewnili sobie korzystny rozkład punktacji, zyskując nieproporcjonalnie dużą ilość punktów w toku oceny i badana ofert, przy jednoczesnej minimalizacji punktacji dla wykonawców, oferujących rynkowe i adekwatne do kosztów wynagrodzenie RBH. O powyższym świadczy choćby porównanie poziomu punktacji w zakresie kryterium C3 kwestionowanych ofert do innych ofert. Te drugie w zakresie tego kryterium to mniej więcej poziom ok. 50% punktacji dla kwestionowanych ofert (pomiędzy 9,33 a 11,88 pkt, podczas gdy kwestionowane oferty 20 i 18,67 pkt). Tymczasem np. w kryterium C1 punktacja już tak zasadniczo nie odbiega od siebie (niektórzy konkurenci mają więcej punktów, a inni mniej); co więcej - punkty dla obu ww. wykonawców za kryterium C1 są powyżej średniej punktacji. Nawet przy założeniu, że zarówno TRADE OFFICE i PROMO - ART mają bardzo korzystne uwarunkowania, umożliwiające im oferowanie na tak niskim poziomie ceny z kryterium C3, to pytanie, dlaczego owe szczególne uwarunkowania nie znalazły swego przełożenia w kryterium C1. Racjonalna odpowiedź jest tylko jedna, a mianowicie dlatego, że zamiarem tych wykonawców była manipulacja kryteriami. Zarówno TRADE OFFICE i PROMO ART nie mają praktycznie ryzyka ponoszenia straty na kampaniach opartych na rażąco niskiej stawce RBH, bo mogą nie ubiegać się o te zamówienie wykonawcze, albo też ubiegać się w taki sposób, aby ich nie otrzymać. Stąd też w tym konkretnym przypadku nie było nawet szczególnej konieczności „przerzucania" kosztów pomiędzy poszczególnymi kryteriami (jak to np. ma miejsce w zakresie ceny za zamówienie podstawowe i opcję, czy też zamówienia rozliczane w oparciu o stawki ryczałtowe, jak i zmienne), bo wykonawca może zwyczajnie nie wykonywać danej kampanii i nie ponosić straty z kampanii rozliczanych w oparciu o kryterium C3.

W ocenie Odwołującego powyższy mechanizm znalazł najpewniej także swe odzwierciedlenie w kryterium C2, w którym także różnica pomiędzy ofertami (odpowiednio TRADE OFFICE -10 pkt, i PROMO-ART - 9 pkt), a innymi ważnymi ofertami (pomiędzy 3,75 pkt a - 5 pkt) jest bardzo istotna i niewytłumaczalna w inny sposób niż próbą manipulacji cenami. W tym zakresie Odwołujący powołał się na argumentację dotyczącą manipulacji przy kryterium C3. Niemniej, wystarczające dla odrzucenia oferty jest wykazanie, że manipulacji dopuszczono się przy kryterium C3, albowiem dla sklasyfikowania danej oferty jako naruszającej czyn nieuczciwej konkurencji wystarczające jest manipulowanie choćby jednym kryterium. Odwołujący podał stawki w poszczególnych (odpowiednich) kryteriach oceny ofert, jakie zostały zaoferowane przez wykonawcę TRADE OFFICE w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przeprowadzonym przez tego samego Zamawiającego w tym samym przedmiocie w roku 2018. Wówczas wykonawca ten zaproponował stawkę 20,91 zł brutto w kryterium ceny za roboczogodzinę pracy konsultanta (obecnie C3 - 17,22 zł), natomiast w kryterium ceny jednostkowej za sprzedaż produktu prąd w kampanii sprzedażowej - 55,35 zł (obecnie C1 60,27 zł) i w kryterium ceny jednostkowej za sprzedaż produktu gaz w kampanii pozyskaniowej - 221,40 zł (obecnie C2 110,70 zł). Różnice wyżej wskazane nie są kwestią przypadku, lecz potwierdzają celową strategię tego wykonawcy dla niniejszego postępowania. Niczym innym nie są bowiem wytłumaczalne różnice między stawkami z poprzedniego postępowania, a stawkami przedstawionymi w aktualnym postępowaniu. Szczególnie nie da się inaczej wyjaśnić dlaczego akurat w zakresie kryterium C1 stawka wzrosła, tymczasem w kryteriach C2 i C3 zmniejszyła się chociaż minęły od czasu ich poprzedniego oferowania mniej więcej 2 lata. Powyższe w ocenie Odwołującego pokazuje, że w tym zakresie umowy, w jakim wykonawca TRADE OFFICE będzie chciał ją realizować (w zakresie prac rozliczanych w oparciu o cenę C1 i ubiegać się o zamówienia wykonawcze jego stawka rośnie (choćby ze na względu na wzrost kosztów w czasie), a w tym zakresie, w którym oferowane ceny miały na celu sztuczne uzyskanie punktów, i który nie ma być realizowany (kampanie rozliczane w oparciu o ceny C2 i C3) ceny maleją, choć brak jest ku temu racjonalnych podstaw ekonomicznych.

Zdaniem Odwołującego opisane wyżej działanie wykonawcy narusza dobre obyczaje oraz zasadę zaufania wobec kontrahenta i jest zdecydowanie niekorzystne dla Zamawiającego, jak i konkurentów. Działanie to ma bowiem na celu nie uczciwą konkurencję co do ceny, i jakości tudzież sposobu świadczenia usługi, a jedynie sztuczne wykorzystanie poszczególnych wag kryteriów. W efekcie sztucznie ogranicza krąg podmiotów rzeczywiście zainteresowanych realizowaniem wszystkich usług, a nie tylko niektórych z nich. Zamawiający, dokonując oceny ofert, każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalności gospodarczą. Również przepis art. 9 ustawy z dnia 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka.

Wykonawcy TRADE OFFICE i PROMO-ART manipulowali poszczególnymi stawkami cenowymi przedstawionymi w poszczególnych kryteriach cenowych. Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące taki zamiar odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. W tym przypadku mamy do czynienia z ewidentna „alokacją" kosztów między pozycjami cenowymi, stanowiącymi kryteria oceny ofert, dla uzyskania efektu w postaci podwyższenia punktacji przy jednoczesnym wyeliminowaniu wykonawców, którzy dokonali rzetelnej i realnej kalkulacji w powyższym zakresie. Celem wykonawców TRADE OFFICE oraz PROMO-ART było zmanipulowanie procesu wyboru oferty tak, by nierealny poziom ceny zaoferowanej w kryterium C3, przełożył się na korzystniejszą dla wykonawców ocenę złożonej przez nich oferty. Takie działanie należy ocenić jako czyn nieuczciwej konkurencji skutkujący koniecznością odrzucenia złożonych ofert. Nawet w przypadku korzystania przez wykonawców z różnego rodzaju dofinansowań i programów

pomocowych, bez względu na źródło dofinansowania (dotacji, pomocy publicznej), programy te nie mogą służyć oferowaniu cen dumpingowych, oderwanych od realiów rynkowych. Wszystkie tego rodzaju dofinansowania mogą co najwyżej służyć wyrównaniu szans rynkowych i szans na rynku pracy dla pracowników czy to niepełnosprawnych (PFRON), czy też bezrobotnych (urząd pracy), względnie zwiększeniu szans na konkurowanie przez podmiot dotowany wobec innych wykonawców (np. środki unijne), czy też na wprowadzenie innowacji (także zwiększających konkurencyjność). Żadne z tego rodzaju dofinansowanie czy też dotacja, nie mogą służyć oferowaniu w konkretnym postępowaniu sprzedaży towarów czy usług poniżej rzeczywistych kosztów ich wytworzenia. W szczególności nie mogą służyć oferowaniu takich cen, które nie są adekwatne nawet do minimalnych stawek rynkowych. Takie wykorzystywanie tych środków nie powoduje zwiększenia konkurencyjności, ale negatywnie wpływa na rynek, psując go i doprowadzając do negatywnych zjawisk rynkowych i np. kłopotów finansowych innych jego uczestników. Zatem próba wykorzystania tych środków do przejęcia rynku (klienta) od konkurencji poprzez przypisanie całej pomocy do konkretnego zamówienia jest wysoce nieuczciwa i zagrażająca bytowi konkurentów, a w efekcie długoterminowym także niekorzystna dla klientów (tu Zamawiającego).

Pismem z dnia 3 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., iż Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na to, iż zarzuty odwołania z dnia 20 lipca 2020 r. wniesionego w tym samym postępowaniu dotyczyły także oferty PROMO-ART. sp. z o.o., a Izba uwzględniła wyłącznie jeden z zarzutów dotyczącynaruszenia art.8 ust. 3 ustawy Pzp uznając za zasadny zarzut zaniechania ujawnienia przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE sp. z o.o. wyjaśnień i nakazała Zamawiającemu ich odtajnienie. W konsekwencji pozostała możliwość zgłaszania zarzutów związanych z ceną oferty tego wykonawcy. W pozostałym zakresie zarzuty zostały oddalone przez Izbę. W związku z tym nowe zarzuty należy uznać za spóźnione. Zdaniem Zamawiającego nie ma racji Odwołujący twierdząc, że brak odniesienia się przez Izbę do treści zarzutów w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę PROMO-ART. sp. z o.o. należy uznać za uprawnienie do ich dalszego formułowania. Wyrok jest jednoznaczny, co do zakresu uwzględnienia i oddalenia zarzutów odwołania. Obecne twierdzenia Odwołującego można traktować, jako zarzuty do zakresu uzasadnienia, jednakże treść czy zakres uzasadnienia wyroku nie może być podstawą do interpretacji zakresu rozstrzygnięcia. Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że w przypadku zastosowania tzw. procedury odwróconej, wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji w rankingu ofert ma potencjalny interes, wynikający z niespełnienia przez ofertę sklasyfikowaną wyżej kryteriów selekcji. Powyższe nie może być jednak interpretowane, jako podstawa nieograniczonego w czasie okresu, w którym można podnosić dowolne zarzuty wobec oferty lub wykonawcy. Stanowiłoby to naruszenie art. 182 ustawy Pzp. Obecnie Odwołujący mógłby podnosić jedynie zarzuty, których podstawą jest zastosowanie procedury odwróconej, a nie wszelkich zarzutów.

Odnosząc się do zarzutów zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty TRADE OFFICE Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten sprostał wezwaniu i obalił domniemanie istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny i przedstawił argumentację przemawiającą za taką oceną.

Zamawiający stwierdził m.in., że wyjaśnienia wykonawcy TRADE OFFICE świadczą o uwzględnieniu rzeczywistych łącznych kosztów ponoszonych w ramach przedsiębiorstwa, a zwłaszcza pełnych kosztów związanych z utrzymaniem zatrudnienia, w tym kosztów obciążających pracodawcę, w tym części składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Wykonawca miał prawo skalkulować ofertę uwzględniając korzyści wynikające z zatrudnienia osób niepełnosprawnych i nie wprowadzania narzutów, które wyrównywałyby jego pozycję w stosunku do innych, większych podmiotów. Wyjaśnienia zawierają konkretne dane liczbowe i wskazują na poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Ponadto zawierają konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz z opisem tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. W ocenie Zamawiającego wykonawca TRADE OFFICE przedstawił wystarczająco dużo dowodów potwierdzających realność niewykorzystanego potencjału w zakresie aktywizacji osób niepełnosprawnych na potrzeby niniejszego zamówienia.

Odnosząc się szczegółowo do kwestii wyliczeń przedstawionych przez TRADE OFFICE, Zamawiający stwierdził m.in., że kalkulacje przedstawione przez Odwołującego obarczone są błędami wynikającymi z braku zagłębienia sia się w podstawę i schemat wyliczeń zaprezentowanych przez wykonawcę TRADE OFFICE. W konsekwencji w zarzutach odwołania przyjęte zostały kwoty netto podczas gdy dołączona do wyjaśnień TRADE OFFICE „*Kalkulacja księgowa kosztu RBH uwzględniająca wszystkie składowe*" przedstawia zyskowność projektu w kryterium C3. Wynika z niej, że zupełny koszt wykonawcy obejmujący wszystkie składowe kosztotwórcze wynosi 13,54 zł brutto, a nie netto, jak błędnie przyjmuje Odwołujący. Na potwierdzenie Zamawiający przedstawił w ujęciu tabelarycznym kalkulację. Zamawiający stwierdził, że potwierdzając matematyczną prawidłowość przedstawionych obliczeń doszedł do przekonania o realności oferty wykonawcy TRADE OFFICE, tym samym przesądzając o braku podstaw do jej odrzucenia.

Zamawiający wskazał m.in., że wybrana w postępowaniu oferta ma przedstawiać satysfakcjonującą dla Zamawiającego wypadkową ceny i rękojmi realizacji zamówienia. Ww. wykonawca od sierpnia 2018 r. był jednym z wykonawców w ramach umowy ramowej obejmującej segment tzw. „gospodarstw domowych" i w wyniku sprzedaży 63 000 umów, uplasował się na pozycji lidera pod względem ilości sprzedanych produktów spośród pozostałych wykonawców współpracujących wówczas z Zamawiającym. Zamawiający zlecał w okresie ostatnich dwóch lat kampanię, realizowaną według stawek 13,02 zł brutto za godzinę (jako jedyne wynagrodzenie) i były to kampanie zakończone sukcesem. Zdaniem Zamawiającego twierdzenia Odwołującego zmierzają do wykreowania rzeczywistości w sposób uzasadniający nierealistyczny charakter wynagrodzenia. Zamawiający potwierdził, że wskazał, że wykonawcy powinni traktować każdy z systemów wynagrodzeń w sposób równorzędny, co miało na celu właśnie ograniczenie nieuzasadnionego zaniżania stawek, to jednak rozumie, że wykonawca TRADE OFFICE bazując na swoim doświadczeniu przyjął, że system rozliczania RBH będzie wykorzystywany jak do tej pory, czyli dla kampanii stosunkowo prostych, jakimi są kampanie informacyjne/ankietowe. Kampanie te wymagają dużo mniejszego nakładu prac niż kampanie typowo sprzedażowe, a Odwołujący wyolbrzymia ich zakres. W związku z tym jego wywody są bezprzedmiotowe.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w szczególności wezwania do wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny w ofercie TRADE OFFICE sp. z o.o. i udzielone odpowiedzi.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w dniu 29.09.2020 r. dokonał ponownego wyboru dwóch najkorzystniejszych ofert w części II Postępowania (wykonawcy CALL CENTER POLAND S.A. i TRADE OFFICE, przy czym gdyby dokonał prawidłowej oceny ww. ofer oferta złożona przez spółkę TRADE OFFICE zostałaby odrzucona ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, a ponadto jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że zarzuty podniesione w ramach odwołania względem oferty TRADE OFFICE, nie były przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia przez KIO na gruncie wspomnianego wyżej postępowania KIO 1692/20, w którym Izba rozstrzygnęła merytoryczne jedynie, co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania ujawnienia przez TRADE OFFICE wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba uznała, że *(....) pozostałe zarzuty podniesione wobec oferty przystępującego TRADE OFFICE podlegają oddaleniu jako przedwczesne. Izba nakazała zamawiającemu również unieważnienie czynności najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że odwołujący, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, będzie mógł podnosić dalsze zarzuty w zakresie ceny zaoferowanej przez przystępującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień.*

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien był odrzucić także ofertę wykonawcy PROMO - ART ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, jednocześnie wyjaśniając, że choć przedmiotowy zarzut dotyczący oferty PROMO - ART był podniesiony na gruncie postępowania KIO 1692/20, to jednak brak merytorycznego odniesienia w tym zakresie przez Izbę w wydanym wyroku z dnia 27 sierpnia 2020 r. powoduje, że możliwe jest jego podniesienie w niniejszym postępowaniu. W przypadku uwzględnienia tego zarzutu, to oferta Odwołującego, która uplasowała się w rankingu ofert na czwartej pozycji (z łączną ilością punktów 75,46 pkt) zostałaby wybrana, jako jedna spośród dwóch najkorzystniejszych w części II postępowania. Niezależnie jednak od oceny dopuszczalności podniesienia na gruncie niniejszego postępowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PROMO-ART interes Odwołującego we wniesieniu odwołania nie powinien budzić żadnych wątpliwości. Potwierdza to stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 27.08.2020 r. sygn. akt KIO 1692/20*): „(...) w ramach procedury odwróconej, a z taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bez względu na zajmowane przez niego miejsce w rankingu. Szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone m.in. wyrokiem z dnia 10.12.2018 r. wydanym przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2446/18, w którym Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, przy ponownym badaniu ofert, odwołujący może podnosić zarzuty wobec wyłonionego wykonawcy. W wyniku ich potwierdzenia, czyli w sytuacji kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, w sytuacji gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie KIO, bez względu na ilość złożonych przez odwołującego odwołań, w dalszym ciągu dysponować on będzie realnymi szansami na uzyskanie zamówienia. Zdaniem Izby, w odniesieniu do procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert (tzn. którego oferta nie została odrzucona)*". Brak zaskarżenia przez Odwołującego czynności i zaniechań Zamawiającego związanych z oceną ofert, które powinny były zostać odrzucone, może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty przedmiotowego zamówienia, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, z zastrzeżeniem, że dotyczą one zarzutów postawionych wobec oferty złożonej przez TRADE OFFICE sp. z o.o. Została bowiem wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę, która nie została odrzucona przez Zamawiającego. Zgodnie z ust. 2.4.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"): Na część 2 Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zawrze Umowy ramowe z maksymalnie 2 (słownie: dwoma) Wykonawcami, których oferty okażą się najkorzystniejsze w rankingu utworzonym na podstawie kryterium oceny ofert określonym w pkt. 4.5.1. SIWZ, chyba, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej Wykonawców. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania w stosunku do oferty wykonawcy TRADE OFFICE sp. z o.o., badaniu podmiotowemu, zważywszy na zastosowanie w postępowaniu procedury odwróconej, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, podlegałby wykonawca PROMO-ART sp. z o.o., którego oferta została uplasowana na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Zgodnie z pkt. 2.10 SIWZ, zamawiający skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp., tj. dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W razie skutecznego podważenia tej czynności wobec PROMO-ART sp. z o.o. Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie przedmiotowego zamówienia

W odniesieniu do zarzutu postawionego w odwołaniu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PROMO ART sp. z o.o. na podstawie bart. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk zauważenia natomiast wymaga, że w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt KIO 1692/20 zostały postawione m.in. zarzuty zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty PROMO-ART na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Izba w wyniku rozstrzygnięcia ww. zarzutów, w wyroku z dnia 17 sierpnia 2020 r., uwzględniła zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie przedstawionych przez wykonawcę TRADE OFFICE Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, i dokonanie ponownej oceny ofert. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały oddalone. W uzasadnieniu Izba jednoznacznie stwierdziła, że uznała za nieuzasadnione zarzuty podniesione wobec oferty złożonej przez wykonawcę PROMO-ART, zarówno te odnoszące się do podstaw odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, jak też te dotyczące zaniechania odrzucenia oferty z uwagi to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższe wskazuje, że Izba rozstrzygała ww. zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty PROMO-ART i uznała, że jest on niezasadny, wyraźnie określając swoje stanowisko w sentencji orzeczenia oraz w uzasadnieniu. W związku z tym zarzut ten nie może być ponowienie rozpatrywany przez obecny skład orzekający Izby. Odwołujący nie wykazał zmiany okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę faktyczną w chwili wyrokowania w sprawie KIO 1692/20. Okoliczność, że Odwołujący nie jest usatysfakcjonowany treścią uzasadnienia ww. orzeczenia, oraz, że obecnie zarzut ten jest nieco inaczej postawiony i argumentowany jednocześnie z zarzutami odnoszącymi się do oferty TRADE OFFICE i

co najwyżej może dzielić los tych zarzutów, nie oznacza wykazania nowych okoliczności, które nie mogły być podniesione wobec tej oferty w poprzednim postępowaniu odwoławczym, toczącym się przed Izbą w ww. sprawie. Zachodzi zatem co do tego zarzutu podstawa odrzucenia, z uwagi na to, że był już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się, jak też z uwagi na postawienie go po upływie terminu określonego w ustawie.

Wykonawca TRADE OFFICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pismem z dnia 28 października 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Nastąpiło to z uchybieniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 13 października 2020 r. o wniesieniu odwołania powiadomił on wykonawców w dniu 12 października 2020 r. W związku z tym trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 15 października 2020 r. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło zatem z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postepowania odwoławczego.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") przedmiotem części II postępowania jest zawarcie umowy ramowej z maksymalnie 2 (dwoma) Wykonawcami na:

a)świadczenie za pośrednictwem telefonu usług pośrednictwa sprzedaży w imieniu i na rzecz Zamawiającego produktów lub usług dla klientów z segmentu Firmy,

b)świadczenie za pośrednictwem telefonu innych usług niż opisane w lit. a), w szczególności prowadzenie kampanii informacyjnych, ankiet, badań skuteczności kampanii sprzedażowych itp. w imieniu i na rzecz Zamawiającego dla klientów lub potencjalnych klientów z segmentu Firmy.

Jak wynika z protokołu postępowania w części II wpłynęły następujące oferty uzyskując w wyniku ich oceny następująca ilość punktów: Call Center Poland sp. z o.o. – 86, 67 pkt, TRADE OFFICE sp. z o.o. – 86,38 pkt, PROMO - ART sp. z o.o. – 80,79 pkt, GALLUP sp. z o.o. – 75,46 pkt, 3LABS sp. z o.o. – 66,80 pkt oraz M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRUPA WBC M. P., która została odrzucona.

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w zakresie poszczególnych kryteriów cenowych kształtowała się następująco: C1 — 74,69 zł brutto, C2 — 129,87 zł brutto, C3 — 28,77 zł brutto

W dniu 12 maja 2020 roku Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się m.in. do wykonawcy TRADE OFFICE sp. z o.o. o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny elementów Kampania Pozyskaniowa Gaz oraz roboczogodzina (RBH), gdzie wykonawca zaoferował stawki odpowiednio 90 zł i 14 zł. Wykonawca złożył w zakreślonym terminie tj. 16 maja 2020 r. wyjaśnienia, wskazując m.in., że od wielu lat współpracuje z Tauron jako Wykonawca bądź też podwykonawca w zakresie sprzedaży oraz pozyskania usług energetycznych oraz gazowych i zawsze realizował cele sprzedażowe podjęte i ustalone z Tauron na poziomie 100 % i wyższym. Przedstawiając wielkości liczbowe związane z wcześniej realizowanymi usługami, TRADE OFFICE stwierdził, że jest w stanie prowadzić sprzedaż produktu w cenie, jaką przedstawił w ofercie. Nadto wskazał, iż dodatkowo poza i tak wypracowywanym zyskiem przy stawce podstawowej, dochodzą elementy istotne podnoszące zysk, w tym m.in.: sprzedaż produktu gaz (wraz z usługą) jest realizowana w głównej mierze do klientów zamieszkujących południową Polskę, pracuje także na swoich zasobach bazowych klientów, z których część ma więcej niż jeden licznik, występuje sprzedaż produktów łączonych, gdzie przy jednym kontakcie z klientem zawierana jest umowa na gaz i prąd. Wykonawca wskazał także na swoje niskie koszty usług kurierskich. Wyjaśniając natomiast cenę podał m.in., że zaproponowana cena wynika ze składowych następujących czynników: W skład 50 osób wymaganych w postępowaniu będzie wchodzić: 90 % zatrudnionych do realizacji projektów osób posiadających status osoby z orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, z dofinansowaniem z PFRON, na podstawie współpracy z wskazanymi Partnerami, dzięki czemu dla każdego pracownika z orzeczeniem o niepełnosprawności, zatrudnionego na umowie o pracę będzie otrzymywać dofinansowanie i będzie miał zapewnioną uzupełniającą rekrutację pracowników do realizacji projektów wymienionych w postępowaniu. Pozostała część pracowników (kadra zarządzająca/trenerzy) to osoby nieposiadające orzeczenia o niepełnosprawności. Wykonawca podał także koszty biurowe. Do wyjaśnień zostały załączone: *Kalkulacja księgowa kosztu RBH uwzględniająca wszystkie składowe 2020 r.*, oraz dokumenty wskazujące np. na współpracę z wskazanymi w wyjaśnieniach Partnerami, w tym publikacja o dostępnych dla pracodawców formach wsparcia zatrudnienia osób niepełnosprawnych, Umowa współpracy w ramach rekrutacji, Informacja dla pracodawcy 2020 dotycząca wsparcia w ramach PFRON, Referencje Kontrahentów współpracujących z organizacją wspierającą zatrudnienie osób niepełnosprawnych, Opis współpracy, Opis działalności fundacji, a także Zestawienie kwot dofinansowania do wynagrodzeń zatrudnionych osób niepełnosprawnych, faktura za usługi kurierskie przedstawiająca stawki według jakich współpracuje.

W dniu 21 maja 2020 roku Zamawiający skierował ponowne wezwanie do wykonawcy TRADE OFFICE do przedstawienia uszczegółowionych informacji w zakresie pozycji kosztowych wchodzących w skład „kosztu stanowiska pracy" wykazanego w *Kalkulacji księgowej kosztu RBH uwzględniającej wszystkie składowe 2020 r.,* a także do odpowiedzi na pytanie dotyczące założeń w zakresie poniesienia obciążeń publiczno-prawnych związanych z zatrudnieniem ww. personelu, w tym podatków, opłat związanych z ubezpieczeniem społecznym, zdrowotnym, chorobowym przypadających w związku z zatrudnieniem.

W odpowiedzi złożonej w zakreślonym terminie, tj. 25 maja 2020 r., wykonawca TRADE OFFICE wyjaśnił, że przygotowując ofertę na cenę jednej RBH pracy konsultanta uwzględnił konieczność poniesienia wszystkich obciążeń publiczno-prawnych związanych z zatrudnieniem ww. personelu, w tym podatków, opłat związanych z ubezpieczeniem społecznym, zdrowotnym, chorobowym oraz precyzując wyliczenia zawarte w dokumencie kalkulacja księgowa kosztu RBH wyjaśnił, iż w uwzględnionych w cenie oferty kosztach stanowiska pracy mieszczą się opisane w tym piśmie pozycje kosztowe z podaniem sposobu wyliczenia poszczególnych ich kwot, w tym koszt realizacji połączeń telefonicznych, koszt managera/trenera, koszt utrzymania systemów dedykowanych, łącza bezpośredniego zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz support informatyka, koszt prowizji z tytułu rekrutacji pracownika, koszt wydruku/obsługi dokumentów, koszt miesięczny wynajmu lokalu na potrzeby biura, koszt kuriera oraz łączną kwotę.

Wykonawca przedstawił także założenia przyjęte dla jednej RBH pracy konsultanta, w tym, że przewiduje minimalne wynagrodzenie za pracę, i wskazał, że uwzględnił konieczność poniesienia wszystkich obciążeń publiczno-prawnych związanych z zatrudnieniem ww. personelu, w tym podatków, opłat związanych z ubezpieczeniem społecznym, zdrowotnym, chorobowym. Szczegółowo przedstawił wysokość wynagrodzenia pracowników oraz to, że planuje

zatrudnienie do realizacji ww. zakresu osób niepełnosprawnych w podanej liczbie. W konsekwencji czego koszty wykonawcy związane z zatrudnieniem pracownika ulegają istotnemu obniżeniu o kwotę otrzymywanego zgodnie z przepisami dofinansowania, które wynosi 1.200,00 zł. Ponadto wyjaśnił, że w planowanej liczbie konsultantów z orzeczonym stopniem niepełnosprawności umiarkowanym, w podanej części będą to osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniami specjalnymi. Wyjaśnił, że organizacja, z którą współpracuje na dowód czego została przez niego załączona umowa do pierwszych wyjaśnień, zrekrutowała osoby z dodatkowymi schorzeniami specjalnymi i dotychczas skierowała do pracy ponad 130 osób, między innymi dla wskazanego podmiotu na stanowiska konsultantów telefonicznych. Do ww. pracowników PFRON oprócz standardowej refundacji w wysokości 1200 zł dopłaca comiesięcznie 900 zł, co daje faktyczną kwotę dofinansowania do każdego takiego pracownika (ze specjalnymi schorzeniami) wynoszącą 2100 zł miesięcznie, co przy podanej liczbie stanowisk stanowiskach daje dodatkową kwotę miesięcznie, przez co faktyczny koszt wykonawcy ponoszony z tytułu zatrudnienia konsultantów wynosi 13,54 zł + VAT = 16,65 zł. Wykonawca potwierdził, że zadeklarowana w ofercie cena RBH pracy konsultanta (17,22 zł) to kwota brutto uwzględniająca stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Wykonawca złożył Kalkulację księgową kosztu RBH uwzględniającą wszystkie składowe, z której wynikają ww. wielkości, w tym średni koszt RBH na konsultanta w wysokości 13,54 zł i zysk pracodawcy/stanowisko w kwocie 3,68 zł.

W dniu 8 lipca 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych przez CALL CENTER POLAND S.A. i TRADE OFFICE.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie kryterium cenowego C3 i C2 w ofercie TRADE OFFICE

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 (…).*

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.*

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że *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.*

Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Wystosowanie do wykonawcy TRADE OFFICE wezwania do wyjaśnień wskazywało, że Zamawiający nie uznał, że ww. rozbieżność cen wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a zatem oznaczało powstanie domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Domniemanie to winno być obalone przez wykonawcę.

Dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle pełne i odnoszące się do przedmiotu zamówienia, aby pozwalały na pozyskanie przez zamawiającego wiedzy, jakie okoliczności spowodowały obniżenie ceny oferty, czy cena oferty obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia i wszystkie czynniki składające się na koszty jego realizacji, w tym czy np. koszty wynagrodzeń są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Ustawa Pzp nie określa jak mają być sporządzone wyjaśnienia. W tym zakresie wykonawcy mają swobodę, muszą jednak mieć na uwadze w szczególności cel ich składania, jakim jest obalenie domniemania istnienia w ich ofercie rażąco niskiej ceny, a także to, że od rzetelności złożonych wyjaśnień zależy ich dalszy udział w postępowaniu. Wykonawca powinien przede wszystkim wskazać i wyjaśnić te elementy ceny, które składają na jej ostateczną wysokość, przy uwzględnieniu pełnego i należytego wykonania danego przedmiotu zamówienia, np. przyjętą organizację prac, koszty wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia, koszty utrzymania biura, zysk. Jego zadaniem jest bowiem wykazanie indywidualnych czynników pozwalających mu na zaoferowanie tak niskiej ceny. Wyjaśnienia powinny być rzeczowe i konkretne, aby mogły stanowić podstawę dla pozyskania przez zamawiającego wiedzy w zakresie okoliczności właściwych danemu wykonawcy, które spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w tym jakie oszczędności w ich wyniku wykonawca może osiągnąć. Podane w wyjaśnieniach informacje, powinny być poparte odpowiednimi dowodami, a także, w określonych sytuacjach, zawartymi w wyjaśnieniach szczegółowymi kalkulacjami wskazującymi na to, że cena oferty została prawidłowo skalkulowana, w tym zawiera zysk na danym zamówieniu. Udzielenie wyjaśnień, które nie spełniają ww. wymogów, w szczególności nieodpowiadających w pełni na wezwanie zamawiającego, takich, w których wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy Pzp *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.* W obecnym postępowaniu wykonawca TRADE OFFICE nie zgłosił skutecznie swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba dokonuje oceny czynności Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w związku z podejrzeniem istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Odwołujący winien w związku z tym wykazać wadliwość tej czynności Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby czynność Zamawiającego polegająca na ocenie otrzymanych od wykonawcy TRADE OFFICE wyjaśnień była dokonana bez zachowania należytej staranności, bez pogłębionej analizy, że jest dotknięta wadami. Odwołanie zawiera własną ocenę wyjaśnień wykonawcy TRADE OFFICE, która jest odmienna od oceny dokonanej przez Zamawiającego i opiera się na innych założeniach, niż te, które, opierając się na znajomości przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnieniach TRADE OFFICE, przyjął Zamawiający. Odwołujący nie wykazuje jednak, że założenia przyjęte przez konkurencyjnego wykonawcę są nierealne, nie przedstawia kontr dowodów.

Różnica stanowisk Odwołującego i Zamawiającego występuje m.in. w odniesieniu do oceny kalkulacji przedstawionej przez TRADE OFFICE. Odwołujący twierdzi, że zupełny koszt wykonawcy obejmujący wszystkie składowe kosztotwórcze wynosi 14 zł netto za roboczogodzinę, podczas, gdy Zamawiający twierdzi, że stawka ta wynosi się do wartości brutto i wynosi 13,54 zł, na dowód czego przedstawia swoją kalkulację.

Zauważenia wymaga, iż w załączniku do dodatkowych wyjaśnień TRADE OFFICE z dnia 21 maja 2020 r., złożonych na wezwanie Zamawiającego w postaci: „*Kalkulacja księgowa kosztu rbh uwzględniająca wszystkie składowe*", jako średni koszt RBH na konsultanta jest wskazana kwota 13,54 zł, a jak wynika z wyjaśnień, do tej kwoty należy doliczyć podatek VAT, co daje kwotę 16,65 zł, przy zaoferowanej cenie 17,22 zł. Z wyjaśnień tych wynika również, że pierwotnie wykonawca TRADE OFFICE w swojej kalkulacji uwzględniał zaniżoną kwotę dofinansowania dla osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności tj. kwotę 1 125,00 zł, podczas gdy od 1 maja 2020 r. kwota ta wynosi 1 200,00 zł. Wykonawca załączył do dodatkowych wyjaśnień poprawione wyliczenia, wskazujące na ww. wielkości.

Nadto różnica stanowisk została zaprezentowana w odniesieniu do oceny stopnia skomplikowania pracy konsultanta rozliczanej w ramach kryterium C3. Odwołujący podjął próbę argumentowania, że praca gdzie głównym składnikiem wynagrodzenia jest stawka za RBH jest szczególnie wymagająca. Natomiast Zamawiający stwierdza, że taki system wynagrodzenia ma zastosowanie do stosunkowo prostych kampanii, jakimi są kampanie informacyjne/ankietowe, które z założenia wymagają dużo mniejszego nakładu prac niż kampanie typowo sprzedażowe.

W ocenie Izby Zamawiający znając przedmiot zamówienia, co jest bezsporne, a także znając stawki za jakie są świadczone tego rodzaju usługi, także niższe, jak stwierdził na rozprawie, niż zaoferowane przez wykonawcę TRADE OFFICE, co wskazuje także powyżej w odpowiedzi na odwołanie, jest w stanie ocenić stopień skomplikowania pracy na takim stanowisku i ewentualne wymagania, co do oczekiwanych umiejętności osób ją wykonujących, a także proporcje cen pomiędzy wynagrodzeniami w zależności od rodzaju kampanii. W związku z tym stanowisko Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za wiarygodne.

Ponadto Odwołujący pomimo, iż Zamawiający jako jedną roboczogodzinę pracy konsultanta przyjął minimum 30 minut prowadzonej rozmowy, nie zaś godzinę zegarową, wywodzi, iż w rzeczywistości 30 minut rozmowy pokrywać się będzie z 1 godziną zegarową jego pracy lub nawet więcej. Odwołujący nie przedstawia na tę okoliczność żadnych dowodów np. w postaci analizy wydajności pracy przy tego rodzaju usługach w jego przedsiębiorstwie, ograniczając się w odwołaniu do ogólnikowej argumentacji przywołanej powyżej np. dotyczącej czasu rozmów i spotkań z managerem czy czasu szkoleń i treningów, co do wymiaru których ocena Zamawiającego jest całkowicie odmienna. Zamawiający nie kwestionując przyjęcia do kalkulacji godziny zegarowej, w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że Odwołujący wyolbrzymia zakres obowiązków konsultanta. Czynności te ograniczają się bowiem do uzyskania połączenia, co wykonuje system komputerowy, eliminując przy okazji połączenia nieodebrane, oraz przeczytania gotowego skryptu przekazanego przez Zamawiającego. Podobnie Zamawiający przekazuje gotowy argument służący udzieleniu odpowiedzi na ewentualne obiekcje klienta. Konsultant otrzymuje więc gotowe zdania, którymi ma się posługiwać bez konieczności samodzielnego kreowania rozmowy. Na rozprawie natomiast Zamawiający podał, że nie można utożsamiać stawki roboczogodziny w kryterium C3 z godziną zegarową, lecz należy odnosić ją do 30 minut z uwagi na możliwą wyższą efektywność, co wskazuje, że realna stawka jaką otrzyma wykonawca będzie wyższa, niż przewidziana przez Trade Office.

Powyższe wskazuje, że jakkolwiek do kalkulacji powinna być przyjęta godzina zegarowa, a zatem stawka wynagrodzenia winna być obliczona z jej uwzględnieniem, to jednak, w określonych sytuacjach wynagrodzenie, przy wyższej wydajności niż 50% może być wyższe.

Odwołujący używa także argumentu w postaci twierdzenia, że umowa ramowa ma być zawarta na okres 36 miesięcy, jednakże, jak sam przyznaje, nie jest wiadomo ile w ciągu tego okresu będzie umów wykonawczych, w szczególności ile z nich będzie w rozliczanych w systemie gdzie głównym składnikiem jest stawka za RBH i w związku z tym nie jest wiadome, w jakiej części tego okresu i w jakiel liczbie takie zamówienia będą ewentualnie udzielane.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż czynność oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny dokonana przez Zamawiającego nie była prawidłowa, że Zamawiający nie mógł ocenić ich jako realne i wiarygodne, że brak było staranności ze strony Zamawiającego przy weryfikacji wyjaśnień. Nie wykazał dlaczego osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności nie będą w stanie zrealizować przedmiotu świadczenia w sposób należyty. Nie zostało wykazane aby ceny zostały skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów świadczenia usług. Zamawiający natomiast wykazał, co przemawiało za tym, że domniemanie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny zostało obalone przez wykonawcę TRADE OFFICE. Wykonawca TRADE OFFICE przedstawił kalkulacje kosztów zawierające ponoszone koszty, w tym koszty związane z utrzymaniem zatrudnienia wraz z kosztami ponoszonymi przez pracodawcę, m.in. część składek na ubezpieczenia, koszty utrzymania biura, wskazał korzyści płynące z zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Uprawdopodobnił możliwość zatrudnienia takich osób na potrzeby realizacji przyszłych umów realizacyjnych w ramach umowy ramowej. Wyjaśnienia zawierają konkretne dane liczbowe i wskazują przyjęte założenia które miały wpływ na wyliczenie ceny, zawierają kalkulację wraz z jej uzasadnieniem. Do wyjaśnień zostały załączone podstawowej dowody na poparcie twierdzeń w nich przedstawionych, w tym umowy z kontrahentami w zakresie pozyskiwania personelu, referencje. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca przedłożył wystarczającą ilość dowodów potwierdzających realność potencjału osobowego, tj. osób niepełnosprawnych na potrzeby realizacji zamówienia.

Powyższe wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy TRADE OFFICE nie stanowiły jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, są na tyle konkretne i szczegółowe, że na ich podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się jakie, i w jaki sposób, podane okoliczności właściwe temu wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty. Wykonawca wykazał, jakie założenia legły u podstaw przyjęcia, że wskazane przez niego koszty będą określonej wysokości. Nadto wskazane w wyjaśnieniach informacje zostały poparte dowodami, uwiarygodniającymi przyjęte założenia, a także zawartymi w wyjaśnieniach szczegółowymi obliczeniami wskazującymi na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

W związku z tym Zamawiający słusznie przyjął, że nie ma niebudzących wątpliwości podstaw do uznania, że oferta

ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę za RBH, przez którą należy przyjmować cenę, która jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Stron, że w okolicznościach analizowanej sprawy, badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny powinny podlegać poszczególne ceny w ramach kryteriów oceny ofert. Z uwagi bowiem na to, że to ceny w tych kryteriach będą stanowiły podstawę do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie określonych usług, każda z tych cen powinna była zostać skalkulowana w sposób realny, pozwalający na należyte wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Takie badanie nastąpiło i w jego wyniku Zamawiający oceniając otrzymane wyjaśnienia stwierdził brak w ofercie rażąco niskiej ceny. Taka ocena nie została, w ocenie Izby, skutecznie poważona.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zatem nie potwierdził się.

Ad zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Nie potwierdził się także drugi z zarzutów odwołania.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*.

Nie zostało wykazane, aby złożenie przez TRADE OFFICE sp. z o.o. oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy, nie zostało wykazane, aby zostały wypełnione przesłanki wymienione w art. 3 ust. 1 uznk.

Po pierwsze, jak wyżej wskazano, nie potwierdził się zarzut, że zaoferowana cena RBH w kryterium C 3 i C2 jest rażąco niska.

Po drugie, jak wynika z ustaleń, każdy z trzech modeli rozliczeń będzie mógł znaleźć zastosowanie w zależności od kampanii sprzedażowej. O ich zastosowaniu będzie decydował Zamawiający. W postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena z wagą 100%, przy czym w ramach tego kryterium zostały wyodrębnione kryteria: C1 z wagą 70%, C2 z wagą 10% i C3 z wagą 20%. Nie jest sporne, że wykonawca TRADE OFFICE sp. z o.o. w kryterium C1, a zatem w tym, które jest najwyżej punktowane, zaoferował wyższą cenę, niż w kryterium C3, które jest zdecydowanie niżej punktowane. Oznacza to, że za niewiarygodne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że oferując niską cenę za RBH, w szczególności w kryterium C3, wykonawca ten dopuścił się niedozwolonej manipulacji. Skoro najwięcej punktów można uzyskać w kryterium C1, nadto według twierdzeń Odwołującego dotychczas najwięcej kampanii było rozliczanych w oparciu o ten system, to trudno przyjąć argumentację Odwołującego, zmierzającą do wykazania manipulacji ceną w ramach poszczególnych kryteriów, zwłaszcza, jeśli się weźmie pod uwagę, że kryterium C3 dotyczy stosunkowo najprostszych kampanii i nie występuje w odniesieniu do niego rażąco niska cena. Gdyby metodyka kalkulacji TRADE OFFICE obliczona była rzeczywiście na manipulowanie ceną po to aby uzyskać jak najwyższą liczbę punktów w ramach oceny ofert, jak twierdzi Odwołujący, to raczej należałoby się spodziewać zarzutu, że to w kryterium C1 doszło do nierealistycznego zaniżenia ceny. Tymczasem Odwołujący nie kwestionuje ceny oferty TRADE OFFICE w tym kryterium.

Samo zróżnicowanie pomiędzy C1 i C2 i C3 wielkości cen, w sytuacji, gdy w systemie rozliczania za RBH wynagrodzenie to dotyczy kampanii stosunkowo prostych np. kampanii informacyjnych/ankietowych, przy jednoczesnym wykazaniu przez TRADE OFFICE, że jest w stanie wykonać takie zamówienia za zaoferowaną cenę, nie wystarczy do przyjęcia, że wystąpiła manipulacja ceną tj. w tym przypadku pomiędzy cenami w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Nie można zatem przyjąć, że wystąpiło sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, poczynione w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy. Nie zmienia tej okoliczność fakt, iż w analizowanym postępowaniu chodzi o zawarcie umowy ramowej. Trudno założyć, że wykonawca składający ofertę w takim postępowaniu, czyni to bez zamiaru wykonywania zamówień realizacyjnych w ramach zawartej umowy ramowej. Nie zostało wykazane, aby taki zamiar istniał po stronie wykonawcy TRADE OFFICE, nie zostało wykazane np., że taka jest jego praktyka działania.

Jak stwierdził na rozprawie Odwołujący on również jest zainteresowany pozyskaniem personelu spośród osób niepełnosprawnych, ale nie jest to łatwe. To, że inny wykonawca ma taką możliwość nie oznacza, że korzystając z korzyści jakie ona dla niego niesie, przy jednoczesnym zapewnieniu aktywizacji zawodowej tej grupy osób, dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie zostało wykazane, aby specyfika zamówienia wyłączała możliwość zatrudnienia osób z orzeczoną niepełnosprawnością.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2), zasądzając od Odwołującego na rzecz kwotę Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: ……..