

WYROK
z dnia 16 września 2015r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15, 40-055 Katowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., GWARANT Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15, 40-055 Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

1

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Katowicach.

Przewodniczący.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15 40-055 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „całodobowa fizyczna ochrona mienia i osób na terenie działania Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach”, (Pakiet 1,2,3), numer postępowania RZP/PN/41/15.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części nazywając je Pakietami:

Pakiet nr I - całodobowa fizyczna ochrona mienia i osób w Katowicach, w Katowicach- Ligocie,

Pakiet nr II - całodobowa fizyczna ochrona mienia i osób w Zabrze, Zabrze-Rokitnicy oraz Bytomiu,

Pakiet nr III- całodobowa fizyczna ochrona mienia i osób w Sosnowcu.

W dniu 25 sierpnia 2015r. Zamawiający poinformował Wykonawców, w tym Odwołującego - Konsalnet Holding SA - lider konsorcjum, ul. Jana Kazimierza 55. 01-267 Warszawa, Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55. 01-267 Warszawa o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako najkorzystniejszej w każdym Pakiecie. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W dniu 26 sierpnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Impel.

Zamawiający, pismem z dnia 26 sierpnia 2015r. poinformował Odwołującego, że w związku ze skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Impel, nie przekaze Odwołującemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 4 sierpnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności Zamawiającego podjętych we wszystkich 3 Pakietach niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) badanie i ocenę ofert oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Sp. z

3

o.o. S.k., Gwarant Agencja Ochrony SA (dalej: Konsorcjum Impel) w Pakiecie 1, 2 i 3,

2) zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Impel w Pakiecie 1, 2 i 3,

3) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel z powodu rażąco niskiej ceny, niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w Pakiecie 1,2 i 3,

4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Impel z powodu podania nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik postępowania w Pakiecie 1,2 i 3.

Odwołujący wnosząc odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty Konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej,

2) art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel w sprawie zaproponowanej przez siebie ceny, pomimo, że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Konsorcjum Impel nie wykazało, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień w tym zakresie winna prowadzić do takiego wniosku;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 129 § 1, art. 137 i art. 304 § 3 Kodeksu pracy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie wskazania nieodpowiedniej liczby pracowników przeznaczonych do realizacji usługi, a także z uwagi na nie ujęcie w ofercie kosztów związanych z realizacją usługi w zakresie niezbędnego wyposażenia tj. pojazdów, umundurowania, sprzętu - niezbędnego do należytej realizacji zamówienia;

4

6) art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Impel pomimo, że Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny tj. wskazał w tych wyjaśnieniach dla wyliczeń wynagrodzeń pracowników co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę określone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, podczas gdy w rzeczywistości oferuje pracownikom stawkę poniżej tej wartości.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty,
- 2) wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Impel i odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Impel,
- 3) odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum Impel,
- 4) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bowiem oferta złożona przez Konsorcjum Impel winna zostać odrzucona, a Wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał również, że brak jest podstaw do uznania, że całość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może podlegać utajnieniu.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołujący podniósł zarzut niezgodnego z ustawą Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem Zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez Wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi i dokonał wyboru oferty Konsorcjum Impel, która to oferta podlega odrzuceniu, zaś sam Wykonawca, z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001

5

roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198), a także z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 26 listopada 1998 roku o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2003 Nr 15, poz. 148 ze zm.).

Zwrócił również uwagę, że stosownie do treści art. 96 ust. 3 i 4 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 96 ust. 2 ustawy). Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu

postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł że nie mogą być one ogólnie udostępnione.

Zastrzegł jednak, że ustawa Pzp wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione.

Powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa, którą definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) stanowiący, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W związku z powyższymi przepisami Odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia, jak można zakładać, nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał przy tym, że nie można przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko

6

analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia nie muszą bowiem podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części.

Według Odwołującego przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym.

Nadto Odwołujący wskazał, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach Pzp, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego nie zaistniały przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które uzasadniałyby utajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a na pewno nie całości wyjaśnień.

Kolejny zarzut dotyczył odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, nie wykazania przez Konsorcjum Impel, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i błędnej oceny złożonych wyjaśnień w tym zakresie oraz złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, ofertę złożoną przez Konsorcjum Impel należy uznać za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, a złożone - w wyniku wezwania Zamawiającego - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie wykazały, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Powołał się na okoliczność, że w dniu 6 sierpnia 2015 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wskazując, że istnieje uzasadnione przypuszczenie, że zaoferowana cena może być ceną rażąco niską w

stosunku do przedmiotu zamówienia, a w dniu 7.08.2015 r. Wykonawca - Konsorcjum Impel, złożył wyjaśnienia w zakresie zaofertowanej ceny, które zostały przez niego zastrzeżone, jako zawierające informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

W kontekście powyższego Odwołujący, pomimo braku dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, wskazał, że na podstawie obiektywnych czynników, Konsorcjum Impel nie mogło

7

wytłumaczyć się z zaofertowanej ceny, która jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważył, że specyfika przedmiotu zamówienia wskazuje, że około 90% kosztów związanych z jego realizacją będą stanowiły koszty związane z zatrudnieniem osób wykonujących przedmiot zamówienia, a zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Wykonawca wyjaśniając swoją cenę winien wskazać na koszty pracy dotyczące osób realizujących zamówienie, przy czym wartość przyjęta do ustalania ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym/ wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 1511, poz. 1314).

Dalej wywodził, że zgodnie ze wskazanymi przepisami wartość kosztów pracy dla minimalnego wynagrodzenia wynosi: 1286,16 zł netto i 2093,88 brutto.

Pakiet nr I

Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Impel, Wykonawca ten w Załączniku nr 2.1 do SIWZ, Specyfikacja cenowa Pakiet nr I wskazał cenę jednostkową za roboczogodzinę (rbg) na poziomie 8,26 zł.

Jednocześnie zaznaczył, że Konsorcjum Impel wskazało, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

- 30% osób zatrudnionych na umowę o pracę (36 osób)
- 70% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (77 osób).

W związku z powyższym przedstawił następujące wyliczenia:

Dla 36 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, przy założeniu że każdy z nich posiada II grupę inwalidzką (to najbardziej korzystny wariant dla Impela) - koszt pracy wynosi 81 362,16 zł miesięcznie.

Dla 77 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej każdy z wykonawców składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi uwzględnić koszty pracy, których wartość przyjęta do kalkulacji ceny oferty, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę - koszt pracy wynosi 161 228,76 zł.

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że miesięcznie minimalny koszt pracy Konsorcjum Impel dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i na podstawie umów cywilnoprawnych wynosi 242 590,92 zł.

8

Wyjaśnił również, że z racji zatrudniania osób niepełnosprawnych, Wykonawca może uzyskać maksymalne dofinansowanie z tytułu odpisu PFRON dla 36 pracowników w wysokości 40 500,00 zł przy zwykłym schorzeniu oraz maksymalnie 56 808,00 zł przy specjalnym schorzeniu.

Przedstawiając powyższe wyliczenia zauważył, że oferta Konsorcjum Impel opiewała na kwotę 167 982,70 zł miesięcznie.

Zakładając, że Konsorcjum Impel przysługują dofinansowania, co powinien udowodnić, Odwołujący przyjął, że może on doliczyć kwoty dofinansowania do otrzymywanego wynagrodzenia, co oznacza, że:

- 1) w przypadku dofinansowania z tytułu zwykłego schorzenia zakładane

miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $167\,982,70 + 40\,500 = 208\,482,70$ zł netto miesięcznie. Wskazał przy tym, że zgodnie z ofertą Konsorcjum Impel - jego miesięczny koszt pracy wynosi 242 590,92 zł, co oznacza, że każdego miesiąca, jego cena jest niższa o 34 108,22 zł w stosunku do samych kosztów pracy;

2) w przypadku dofinansowania z tytułu specjalnych schorzeń zakładane miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $167\,982,70 + 56\,808$ zł = 224 790,70 zł. Jak wskazano powyżej - zgodnie z ofertą Konsorcjum Impel - jego miesięczny koszt pracy wynosi 242 590,92 zł, co oznacza, że każdego miesiąca, jego cena jest niższa o 17 800,22 zł w stosunku do samych kosztów pracy.

Wskazał przy tym, że w cenie oferty winny być uwzględnione również koszty związane z umundurowaniem, wyposażeniem, kosztami administracji i nadzoru, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty podwykonawstwa, koszty usługi podjazdów oraz zysk.

Według Odwołującego, Konsorcjum Impel przyjmując sam koszt pracy, jako znajdujący się poniżej zaoferowany ceny potwierdził, że nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę, którą należy uznać za rażąco niską.

Pakiet nr II

Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Impel, Wykonawca ten w Załączniku nr 2.1 do SIWZ, Specyfikacja cenowa Pakiet nr II wskazał cenę jednostkową za roboczogodzinę (rbg) na poziomie 8,93 zł.

9

Jednocześnie zaznaczył, że Konsorcjum Impel wskazało, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

23% osób zatrudnionych na umowę o pracę (16 osób)

77% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (47 osób).

W związku z powyższym podał następujące wyliczenia:

Dla 16 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, przy założeniu że każdy z nich posiada II grupę inwalidzką (to najbardziej korzystny wariant dla Impela) - koszt pracy wynosi 36 160,96 zł miesięcznie.

Dla 47 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej, przy założeniu, że każdy z wykonawców składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi uwzględnić koszty pracy, których wartość przyjęta do kalkulacji ceny oferty, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę - koszt pracy wynosi 98 412,36 zł.

Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, że miesięcznie minimalny koszt pracy Konsorcjum Impel dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i na podstawie umów cywilnoprawnych wynosi 134 573,32 zł.

Wyjaśnił, że z racji zatrudniania osób niepełnosprawnych, Wykonawca może uzyskać maksymalne dofinansowanie z tytułu odpisu PFRON dla 16 pracowników w wysokości 18 000 zł przy zwykłym schorzeniu oraz maksymalnie 25 248 zł przy specjalnym schorzeniu.

Zaznaczył, że oferta Konsorcjum Impel opiewała na kwotę 102 222,70 zł miesięcznie.

Zakładając, że Konsorcjum Impel przysługują dofinansowania, co powinien udowodnić, Odwołujący przyjął, że może on doliczyć kwoty dofinansowania do otrzymywanego wynagrodzenia, co oznacza, że:

1) przypadku z tytułu zakładane dofinansowania zwykłego schorzenia miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $102\,222,70 + 18\,000 = 120\,222,70$ zł netto miesięcznie. Wskazał przy tym, że zgodnie z ofertą Konsorcjum Impel - jego miesięczny koszt pracy wynosi 134 573,32 zł miesięcznie, co oznacza, że każdego miesiąca, jego cena jest niższa o 14 350,62 zł w stosunku do samych kosztów pracy;

2) w przypadku dofinansowania z tytułu specjalnych schorzeń zakładane

miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $102\,222,70 + 25\,248\text{ zł} = 127\,470,70$ miesięcznie, co oznacza, że każdego miesiąca, jego cena jest niższa o $7\,102,62\text{ zł}$ w stosunku do samych kosztów pracy.

10

Wskazał przy tym, że w cenie oferty winny być uwzględnione również koszty związane umundurowaniem, wyposażeniem, kosztami administracji i nadzoru, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty podwykonawstwa, koszty usługi podjazdów oraz zysk.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Impel, przyjmując sam koszt pracy, jako znajdujący się poniżej zaoferowanej ceny, potwierdził, że nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę, którą należy uznać za rażąco niską.

Pakiet nr III

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Impel, Wykonawca ten w Załączniku nr 2.1 do SIWZ, Specyfikacja cenowa Pakiet nr III wskazał cenę jednostkową za roboczogodzinę (rbg) na poziomie $9,32\text{ zł}$.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że Konsorcjum Impel wskazało, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

- 22% osób zatrudnionych na umowę o pracę (9 osób)
- 78% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (30 osób).

Odwołujący przedstawił w powyższym zakresie następujące wyliczenia;

Dla 9 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, przy założeniu że każdy z nich posiada II grupę inwalidzką (to najbardziej korzystny wariant dla Impela) - koszt pracy wynosi $20\,340,54\text{ zł}$ miesięcznie.

Dla 30 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej, przy założeniu, że każdy z wykonawców składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi uwzględnić koszty pracy, których wartość przyjęta do kalkulacji ceny oferty, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę - koszt pracy wynosi $62\,816,40\text{ zł}$ miesięcznie.

Powyzsze oznacza – według Odwołującego, że miesięcznie minimalny koszt pracy Konsorcjum Impel dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i na podstawie umów cywilnoprawnych wynosi $83\,156,94\text{ zł}$ miesięcznie.

Wyjaśnił przy tym, że z racji zatrudniania osób niepełnosprawnych, Wykonawca może

11

uzyskać maksymalne dofinansowanie z tytułu odpisu PFRON dla 9 pracowników w wysokości $10\,125\text{ zł}$ przy zwykłym schorzeniu oraz maksymalnie $14\,202\text{ zł}$ przy specjalnym schorzeniu.

Wskazał, że oferta Konsorcjum Impel opiewała na kwotę $63\,742,59\text{ zł}$ miesięcznie.

Zakładając, że Konsorcjum Impel przysługują dofinansowania, co powinien udowodnić, Odwołujący przyjął, że może on doliczyć kwoty dofinansowania do otrzymywanego wynagrodzenia, co oznacza, że:

1) w przypadku dofinansowania z tytułu zwykłego schorzenia zakładane miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $63\,742,59 + 10\,125 = 73\,867,59\text{ zł}$ netto miesięcznie. Jak wskazał powyżej - zgodnie z ofertą Konsorcjum Impel - jego miesięczny koszt pracy wynosi $83\,156,94\text{ zł}$ miesięcznie, co oznacza, że każdego miesiąca, jego cena jest niższa o $9\,289,35\text{ zł}$ w stosunku do samych kosztów pracy;

2) w przypadku dofinansowania z tytułu specjalnych schorzeń zakładane miesięczne wynagrodzenie wyniesie: $63\,742,59 + 14\,202 = 77\,944,59\text{ zł}$ miesięcznie, co oznacza, że

każdego miesiąca jego cena jest niższa o 5 212,35 zł w stosunku do samych kosztów pracy.

Nadto podkreślił, że w cenie oferty winny być uwzględnione również koszty związane z umundurowaniem, wyposażeniem, kosztami administracji i nadzoru, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty podwykonawstwa, koszty usługi podjazdów oraz zysk.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Impel, przyjmując sam koszt pracy, znajduje się poniżej zaoferowanej ceny, co oznacza, że nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę, którą należy uznać za rażąco niską.

W odniesieniu do wszystkich Pakietów, Odwołujący podniósł również, że wyliczone ceny dotyczą ilości pracowników zadeklarowanych przez Konsorcjum Impel, przy czym Wykonawca ten zaoferował zbyt małą ilość osób do realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza, że jego koszty pracy powinny jeszcze się zwiększyć, co spowoduje zwiększenie różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a kosztami pracy.

W przekonaniu Odwołującego powyższe wyliczenia są aktualne i zasadne również dla zarzutu dotyczącego złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem jak z powyższych wyliczeń, Konsorcjum Impel zaoferował wykonanie usługi poniżej kosztów jej wykonania.

Zdaniem Odwołującego wyliczenia dotyczące samych kosztów pracy pokazują, że

12

zaoferowana cena nie pokrywa tych wydatków, nie wspominając o wydatkach związanych z umundurowaniem, wyposażeniem, kosztami administracji i nadzoru, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztami podwykonawstwa, kosztami usługi podjazdów oraz zysku.

Kolejny zarzut dotyczył niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w ramach, którego Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Pakiet nr I

Wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że łączna liczba rbg w skali 36 m-cy do wypracowania to 732 128 h.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że Konsorcjum Impel zadeklarował w ofercie, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

30% osób zatrudnionych na umowę o pracę (36 osób),

70% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (77 osób) co oznacza, że 217 728 godzin wypracowywanych będzie przez pracowników zatrudnionych rfa umowę o pracę, natomiast 514 400 rbg wypracowywanych przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Natomiast łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 36 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę wynosi 6048 rbg, co wynika z przepisów kodeksu pracy i przyjęciu, że maksymalny czas pracy pracownika i w miesiącu to 168 godzin.

Łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 77 pracowników zatrudnionych na umowę cywilnoprawną wynosi 14 288,89 rbg co oznacza – według Odwołującego, że średnio w miesiącu osoby te będą pracowały ok. 186 godzin.

Zauważył, że w formularzu ofertowym w kolumnie Ilość osób/godzin B* wskazano, że:

a. L.p. 1, 2, 3, 5, 15, 18, 19 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 197,33 rbg (99 456 rbg w skali 36 m-cy /36 = 2 762,67 rbg m-c; 2 762,67/14 pracowników = 197,33 rbg na 1 osobę),

b. L.p. 4 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 159,56 rbg (11488 w skali 36 m-cy/36 = 319,11 rbg m-c; 319,11/2 pracowników = 159,56 rbg na 1 osobę),

c. L.p. 6 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 191,47 rbg (34464 w skali 36 m-cy /36 = 957,33 rbg m-c; 957,33/5 pracowników = 191,47 rbg na 1 osobę),

d. L.p. 7 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 121,78 rbg (4384 w skali

36 m-cy /36=121,77 rbg m-c ; 121,77 na 1 osobę),

e. L.p. 8,10,11,13,14,16,17 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 187,56 rbg (141792 w skali 36 m-cy/36 = 3 938,67 rbg; 3 938,67/21 pracowników = 187,56 rbg na 1 osobę),

f. L.p. 9 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 98,67 rbg (7104 w skali 36 m-cy/36 = 197,33 rbg; 197,33/2 pracowników = 98,67 rbg na 1 osobę),

g. L.p. 12 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 182,67 rbg (13152 w skali 36 m-cy/36 =365,33; 365,33/2 pracowników = 182,67 rbg na 1 osobę),

h. L.p. 20,21,22,23,24 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 187,56 rbg (202560 w skali 36 m-cy /36 =5 626,67; 5 626,67/30= 187,56 rbg na 1 osobę).

Zaznaczył, że do wyliczeń przyjęto, zgodnie z przepisami kodeksu pracy, że dla pracownika miesięczny czas pracy wynosi 168 godzin.

Odwołujący przedstawił również wyliczenia obrazujące, że ilość pracowników przeznaczonych do realizacji usługi jest niewystarczająca:

$410,62+117,35+41,76+29,34+586,80 = 1616,25$ rbg - jest to wartość jaką wypracowują pracownicy zatrudnieni na umowę zlecenie powyżej normy czasu pracy tj. 168 godzin (poz. a,c,e,g,h).

$16,88+46,23+138,66=201,77$ - to liczba rbg jaką pracownicy mogą wypracować w miesiącu dodatkowo (poz. b,d,f).

$1616,25-201,77 = 1 414,48$ rbg - przekroczenie normy czasu pracy.

Powyższe oznacza – w przekonaniu Odwołującego, że przekładając ilość nadgodzin na 77 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej, każdy z tych pracowników musiałby świadczyć pracę o około 8 godzin dłużej niż ustawowy czas pracy.

$1 414,48/77$ osób = 8,42 nadgodziny na 1 pracownika.

W opinii Odwołującego Impel wskazał w ofercie do realizacji usługi zbyt małą ilość osób tj. 113, podczas gdy z wyliczeń wynika, iż minimalna ilość osób do realizacji Pakietu nr I musi wynosić, co najmniej 121 osób, aby nie doszło do przekroczenia ustawowego czasu pracy.

W powyższym zakresie przedstawił poniższe wyliczenie: $732 128 : 36$ m-cy : 168 h = 121,05.

Reasumując stwierdził, że w zakresie Pakietu nr I oferta Konsorcjum Impel jest

niezgodna z treścią SIWZ, bowiem Wykonawca nie zapewnił minimalnej ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia.

Pakiet nr II

Według Odwołującego z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że łączna liczba rbg w skali 36 m-cy do wypracowania to 412 096 rbg.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Impel wskazało, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

23% osób zatrudnionych na umowę o pracę (16 osób),

77% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (47 osób) co oznacza – zdaniem Odwołującego, że 96 768 godzin wypracowywanych będzie przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, natomiast 315328 rbg wypracowywanych przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Wskazał, że łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 16 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę wynosi 2688 rbg co wynika z przepisów kodeksu pracy i

przyjęciu, że maksymalny czas pracownika w miesiącu to 168 godzin.

Łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 47 pracowników zatrudnionych na umowę cywilnoprawną wynosi 8 759,11 rbg co wynika z przyjęcia, że pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy cywilnoprawnej pracują 186 godzin miesięcznie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w formularzu ofertowym w kolumnie ilość osób/godzin B* wskazano, że:

a. L.p. 1, 4, 6, 7, 9, 10 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 187,56 rbg (243072 rbg w skali 36 m-cy/36 = 6752 rbg m-c; 6752/36 pracowników = 187,55 rbg na 1 osobę);

b. L.p. 2, 3, 8 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 187,56 rbg (60 768 rbg w skali 36 m-cy/36 = 1688 rbg m-c; 1688/9 pracowników = 187,55 rbg na 1 osobę);

c. L.p. 5 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 159,56 rbg (11488 rbg w skali 36 m-cy/36 = 319,11 rbg m-c; 319,11/2 pracowników = 159,56 rbg na 1 osobę).

Wyjaśnił, że do wyliczeń przyjęto, zgodnie z przepisami kodeksu pracy, że dla pracownika maksymalny miesięczny czas pracy wynosi 168 godzin.

Odwołujący przedstawił również wyliczenia obrazujące, że ilość pracowników

15

przeznaczonych do realizacji usługi jest niewystarczająca:

$703,80 + 143,91 = 847,71$ rbg - jest to wartość jaką wypracowują pracownicy zatrudnieni na umowę zlecenie - czyli powyżej normy czasu pracy (poz. a,b),

$8,44 * 2 = 16,88$ – to liczba rbg jaką pracownicy mogą wypracować w miesiącu dodatkowo (poz.c),

$847,71 - 16,88 = 830,83$ rbg – przekroczenie normy czasu pracy

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że przedkładając ilość nadgodzin na 47 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej, każdy z tych pracowników musiałby świadczyć pracę o około 17 godzin dłużej niż ustawowy czas pracy.

$830,83 : 47$ osób = 17,68 nadgodzin na 1 pracownika.

Podniósł, że Impel wskazał w ofercie do realizacji usługi zbyt małą ilość osób tj. 63, podczas gdy z wyliczeń Odwołującego wynika, iż minimalna ilość osób do realizacji Pakietu nr II musi wynosić co najmniej 68 osób, aby nie doszło do przekroczenia ustawowego czasu pracy, co przedstawia poniższe wyliczenie:

$412\ 096 : 36$ m-cy : 168 h = 68 pracowników.

Reasumując stwierdził, że w zakresie Pakietu nr II oferta Konsorcjum Impel jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem Wykonawca nie zapewnił minimalnej ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia.

Pakiet nr III

Odwołujący wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika łączna liczba rbg w skali 36 m-cy do wypracowania w wysokości 246 216 rbg.

Jednocześnie zauważył, że Konsorcjum Impel wskazało, że do realizacji usługi Wykonawca skieruje:

22% osób zatrudnionych na umowę o pracę (9 osób),

78% osób zatrudnionych na umowę zlecenie (30 osób) co oznacza, że 54 432 rbg wypracowywanych będzie przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, natomiast 191 784 rbg wypracowywanych przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Dalej argumentował, że łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 9 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę może wynieść 1512 rbg, co wynika z przepisów kodeksu pracy i przyjęciu, że maksymalny czas pracownika w miesiącu to 168 godzin.

Następnie wyliczył, że łączna miesięczna liczba rbg dla wskazanych 30 pracowników

zatrudnionych na umowę cywilnoprawną wynosi 5 327,33 rbg co wynika z przyjęcia, że pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy cywilnoprawnej pracują 177,58 godzin miesięcznie.

Zaznaczył, że w formularzu ofertowym w kolumnie Ilość osób/godzin B* wskazano, że:

- a. L.p. 1, 4, 6, 8, - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 187,56 rbg (60768 rbg w skali 36m-cy/36 = 1688 rbg m-c; 2250,67/12 pracowników = 187,55 rbg na 1 osobę),
- b. L.p. 2, 9 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 130,83 rbg (18840 rbg w skali 36 m-cy/36 = 523 rbg m-c; 523/4 pracowników = 130,83 rbg na 1 osobę),
- c. L.p. 3 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 243,56 rbg (8768 rbg w skali 36 m-cy/36= 243,56 rbg m-c; 243,56/1 pracowników = 243,56 rbg na 1 osobę),
- d. L.p. 5 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 174,44 rbg (12560 rbg w skali 36 m-cy/36= 348,89 rbg m-c; 348,89/2 pracowników = 174,44 rbg na 1 osobę),
- e. L.p. 7 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 162,37rbg (17536 rbg w skali 36 m-cy/36= 487,11 rbg m-c; 487,11/3 pracowników = 162,37 rbg na 1 osobę),
- f. L.p. 10, 12 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 197,33 rbg (28416 rbg skali 36 m-cy/36 = 789,33 rbg m-c; 789,33/4 pracowników = 197,33 rbg na 1 osobę),
- g. L.p. 11 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 182,66 rbg (13152 rbg w skali 36 m-cy/36 = 365,33 rbg m-c; 365,33/2 pracowników = 182,66 rbg na 1 osobę),
- h. L.p. 13 - miesięcznie pracownik będzie wypracowywał 159,56 rbg (11488 rbg w skali 36 m-cy/36 = 319,11 rbg m-c; 319,11/2 pracowników = 159,56 rbg na 1 osobę).

Odwołujący stwierdził, że do powyższych wyliczeń przyjął, iż zgodnie z przepisami kodeksu pracy, że dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę maksymalny miesięczny czas pracy 168 godzin.

Poniżej przedstawił on również wyliczenia obrazujące – w opinii Odwołującego, że ilość pracowników przeznaczonych do realizacji usługi jest niewystarczająca:

$234,60+75,56+12,88+117,32+29,32 = 469,68$ rbg — jest to wartość jaką wypracowują pracownicy zatrudnieni na umowę zlecenie - czyli powyżej normy czasu pracy (poz. a,b),

$148,68+16,89+16,88=182,45$ - to liczba rbg jaką pracownicy mogą wypracować w m-cu dodatkowo (poz. c),

$469,68-182,45=287,23$ rbg - przekroczenie normy czasu pracy.

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że przekładając ilość nadgodzin na 30 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej, każdy z tych pracowników musiałby świadczyć pracę o około 9,5 godziny dłużej niż ustawowy czas pracy.

$287,23/30$ osób = 9,57 nadgodzin na 1 pracownika.

Zwrócił uwagę, że Impel wskazał w ofercie do realizacji usługi zbyt małą ilość osób tj. 39, podczas gdy z wyliczeń wynika, iż minimalna ilość osób do realizacji Pakietu nr III musi wynosić, co najmniej 41 osób, aby nie doszło do przekroczenia ustawowego czasu pracy, co przedstawia poniższe wyliczenie:

$246216 : 36$ m-cy : 168 h = 41 pracowników.

Reasumując stwierdził, że w zakresie Pakietu nr III oferta Konsorcjum Impel jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem Wykonawca nie zapewnił minimalnej ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia.

Reasumując uznał, że w zakresie każdego pakietu, Konsorcjum Impel wskazało zbyt małą ilość osób do świadczenia usługi, co powoduje że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, nie gwarantuje należytego wykonania umowy, a zaniżenie wymaganej ilości pracowników miało również wpływ na cenę oferty, ponieważ wpływa na koszt pracy.

Dodatkowo wskazał, co wynika z uzasadnienia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej

ceny i nieuczciwej konkurencji, że Konsorcjum Impel w oferowanej cenie nie mogło uwzględnić kosztów umundurowania, sprzętu pojazdów, gdyż same koszty pracy przewyższają zaofferowaną cenę, co oznacza, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, w której Zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Ostatni zarzut odnosił się do podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Przyjmując zasadność wyżej wskazanych zarzutów, a w szczególności zarzutu dot. zaniżenia ilości pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Impel, świadomie podało nieprawdę w wyjaśnieniach dotyczących wyliczeń swojej ceny, która powinna uwzględniać wyższe koszty pracy niż zapewne wykazano w wyjaśnieniach.

Niezależnie od powyższego, zakładając, że Konsorcjum Impel dokonało stosownych wyliczeń dotyczących kosztów pracy stosując minimalną stawkę wynagrodzenia określoną przepisami, wskazał, że wyjaśnienia te nie odpowiadają prawdzie, gdyż Konsorcjum Impel planuje wynagrodzenia na dużo niższym poziomie niż minimalne wynagrodzenie.

18

Odwołujący podniósł, że wśród jego pracowników prowadzona była rekrutacja przez przedstawicieli Konsorcjum Impel, którzy proponowali wynagrodzenie na poziomie od 4,5 do 6 zł brutto, co oznacza, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o ile odnoszą się one do minimalnego wynagrodzenia, są informacjami nieprawdziwymi, które miały wpływ na wynik postępowania, bowiem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowiły istotny element oceny oferty Konsorcjum Impel.

Pismem z dnia 7 września 2015r. wykonawca Konsorcjum Impel, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przez Przystępującego z dnia 6 sierpnia 2015r. i odpowiedzi tego Przystępującego na to wezwanie z dnia 7 sierpnia 2015r. wraz z załącznikami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 sierpnia 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 września 2015r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 14 września 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.8 ust.1 i 3 ustawy Pzp, art.3, art. 11 ust. 4, art.15 ust.1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art.24 ust.2 pkt. 3, art.89 ust.1 pkt. 2, 3, 4, art.90 ust.2 i 3, art.91 ust.1 i 2, art.96 ust.2 i 3 ustawy Pzp.

Podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy Przystępujący mógł dokonać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych przez siebie wyjaśnień dotyczących rażąco

19

niskiej ceny, czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny i z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ, a także należało wyjaśnić i rozstrzygnąć czy Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Rozpoznając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba ustaliła na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 sierpnia 2015r., że ranking cenowy w trzech pakietach przedstawiał się następująco: oferta nr 1 z ceną 14 943 856, 16 zł brutto, oferta nr 2 z ceną 13 493 803,07 zł brutto, oferta nr 3 Przystępującego z ceną 14 789 217,04 zł brutto, oferta nr 4 Odwołującego z ceną 17 276 790, 87 zł brutto.

Z powyższego widać, że trzy oferty były zbliżone cenowo, a Zamawiający z racji braku przekroczonych ustawowych granic wartościowych ceny ofertowej Przystępującego, która nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych wyżej ofert, nie miał, co do zasady obowiązku wszczęcia procedury sprawdzającej istnienie rażąco niskiej ceny.

20

Według zapatrywania Izby miał on obowiązek wyjaśnienia ceny jedynie z powodu ustalonej przez siebie wartości szacunkowej na kwotę 19 813 770 zł.

W takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonał należycie powyższy obowiązek wykazując kompleksowo brak jej istnienia.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Przystępującego dawały Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach zadeklarował ilość osób, jakie zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia z określeniem poziomu ich wynagrodzenia nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Nadto wyjaśnił on uwarunkowania związane z kosztami umundurowania i wyposażenia, a także określił miesięczny koszt patrolu mobilnego i koszt przyjazdu grupy interwencyjnej na wezwanie.

Dodatkowo wymaga zauważenia, że Przystępujący przedstawił do każdego pakietu

szczegółową kalkulację cenową, z wysokością pozyskanych dotacji umożliwiających obniżenie ceny, ze wskazaniem marży wykonawcy.

Izba przyjęła w tym zakresie, jako wystarczające powyższe kalkulacje cenowe.

Dodatkowo Izba rozstrzygając kwestię rażąco niskiej ceny, wzięła pod uwagę okoliczność, że Zamawiający przeszacował wartość przedmiotu zamówienia opierając się jedynie na dwóch informacjach cenowych (kierował zapytanie cenowe do 9 wykonawców), z których jedna (Odwołującego) o kosztach na poziomie 15 zł rbg była znacznie zawyżona, co przyznał sam Odwołujący.

Powyższe doprowadziło Izbę do wniosku, że szacunek dokonany przez Zamawiającego był znacznie zawyżony, co przyznał na rozprawie sam Zamawiający.

Poza tym Izba zważyła, że założenie wyliczeniowe Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu jest błędne z tego powodu, iż realny miesięczny koszt pracy osoby zatrudnionej

21

na umowę o pracę wynosi 2 102, 74 zł, a osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia 1 750 zł, co wynika kalkulacji Przystępującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że w kalkulacji Przystępującego musi być ujęty ZUS Zleceniodawcy, co w sposób istotny wpływa na wysokość kosztów wynagrodzenia, bowiem stosownie do art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych osoba spełniająca warunki do objęcia obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z kilku tytułów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2, 4 - 6 i 10, jest objęta obowiązkowo ubezpieczeniami z tego tytułu, który powstał najwcześniej. Może ona jednak dobrowolnie, na swój wniosek, być objęta ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi także z pozostałych, wszystkich lub wybranych tytułów lub zmienić tytuł ubezpieczeń, z zastrzeżeniem ust. 7.

Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że zadeklarował on świadczenie na podstawie umowy zlecenia, która nie będzie pierwszą umową, lecz kolejną.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana cena przez Przystępującego nie stanowiła rażąco niskiej ceny w stosunku do innych ofert, a cena oferty Odwołującego była wygórowana, zwłaszcza wobec wartości obecnego świadczenia tej samej usługi przez Odwołującego, a także wobec trzech pozostałych zbliżonych cenowo ofert.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego.

Innymi słowy propozycje ofertowe przedstawione Odwołującemu nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Pozostałe dowody zawierające oświadczenia pracowników, jako nie zawierające konkretnych odniesień do wyjaśnień Odwołującego Izba uznała za dowody powołane jedynie dla zwłoki.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

22

Następnie przechodząc do rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała go za bezzasadny.

W swoim odwołaniu Odwołujący w ogóle nie wskazał określonej treści oferty pozostającej w kolizji z określonymi postanowieniami SIWZ.

W ocenie Izby wskazana na rozprawie treść oświadczenia Przystępującego w formie Specyfikacji Cenowej w trzech pakietach zawierała wszystkie elementy wymagane przez załącznik nr 2.1 do SIWZ i zawartą w nim instrukcję.

Jednocześnie Izba uznała, że odpowiedź na pytanie nr 2 z pisma Zamawiającego z dnia 1 lipca 2015r. nie miała znaczenia dla oceny powyższego oświadczenia Przystępującego, bowiem dotyczyła ona możliwości natychmiastowego rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia umowy (§ 6 pkt. 3 lit. g wzoru umowy), a nie odnosiła się do oświadczenia woli Przystępującego o treści wypełniającej załącznik nr 2.1 do SIWZ.

Izba również doszła do przekonania, że wyliczenia Odwołującego odnośnie niezbędnej ilości osób do wykonania przedmiotu zamówienia stanowią jego własną kalkulację i nie mają nic wspólnego ilością osób zadeklarowaną przez Przystępującego.

Gdyby uznać automatyzm w tym zakresie wszyscy wykonawcy byłiby zobowiązani do zaoferowania takiej samej ilości osób do wykonania kontraktu, a Zamawiający nie pozostawiłby w tym zakresie jakiegokolwiek dowolności.

Wobec powyższego Izba nie mogła uznać powyższego zarzutu za znajdujący należyte uzasadnienie.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art.8 ust.1 i 3, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wymaga wskazania, że Odwołujący domagał się odtajnienia dokumentów złożonych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień.

W ocenie Izby Przystępujący miał prawo chronić własną tajemnicę przedsiębiorstwa.

23

Stosownie do art.8 ust.3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Jednocześnie zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby - Przystępujący nie ujawniając do publicznej wiadomości złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, przedstawił Zamawiającemu informacje mające dla niego określoną wartość gospodarczą, które podlegają ochronie prawnej.

Ostatecznie Izba nie stwierdziła w ofercie Przystępującego w zakresie objętym zarzutami podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący.....