Sygn. akt KIO 2785/15

WYROK
z dnia 18 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia: **M.M. MM SERVICE M.M., ul. Wileńska 49 lok. 70, 95-200 Pabianice; MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Skarbowa w Łodzi, al. Kościuszki 83, 90-436 Łódź**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., ul. Wergiliusza 42, 60-461 Poznań; 2. PROTECTOR Sp. z o.o., ul. Wergiliusza 42, 60-461 Poznań; 3. Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o., ul. Starołęcka 18, 61-361 Poznań,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie:
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia: **M.M. MM SERVICE M.M., ul. Wileńska 49 lok. 70, 95-200 Pabianice; MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź,** 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 dzielenie zamówienia: M.M. MM SERVICE M.M., ul. 1

Wileńska 49 lok. 70, 95-200 Pabianice; MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 64/66, 93-408 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2785/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Skarbowa w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Usługa sprzątania oraz ochrony fizycznej osób i mienia dla Izby Skarbowej w Łodzi i jednostek podatkowych na terenie województwa łódzkiego”,* numer sprawy LO-1-2.260.6.2015, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej ustawą, Pzp, lub ustawą Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 28 października 2015 r., numer ogłoszenia 2015/S 209-380013.

Odwołujący - MM SERVICE M.M.i, Pabianice i MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o., Łódź (konsorcjum) - wniósł odwołanie w części II zamówienia, od niezgodnych - w jego ocenie - czynności z przepisami ustawy oraz zaniechania czynności przez zamawiającego,

tj. od zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum: PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROTECTOR Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: PROTECTOR) oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, Odwołujący powziął wiadomość w dniu 17.12.2015 r. - informacja o wyborze oferty PROTECTOR jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., która samodzielnie nie brała udziału w postępowaniu,
2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4) art. 7 ust. 1 i 3 w z art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

---

Zamawiającemu w części II zamówienia:

1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty PROTECTOR jako najkorzystniejszej,
2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty PROTECTOR,
3) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, powołując się na art. 179 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy powołanych w odwołaniu. Podniósł, że naruszenie przedstawionych przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem art. 192 ust. 2 ustawy wskazuje na uwzględnienie odwołania.

Uzasadnienie odwołania.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez wybór jako oferty najkorzystniejszej firmy PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., która samodzielnie nie brała udziału w postępowaniu.

W postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum firm: PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., PROTECTOR Sp. z o.o. i Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o. - z siedzibami w Poznaniu, wynika to z pełnomocnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, załączonego do oferty. Jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał domniemaną ofertę firmy PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Powyższe stoi w sprzeczności z przepisami ustawy i zmierza do zawarcia umowy jedynie z jedną z firm składających ofertę wspólnie.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z wezwaniem PROTECTOR do złożenia wyjaśnień z dnia 10.12.2015 r., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wykonawca złożył w dniu 14 grudnia 2015 r. wyjaśnienia, które potwierdzają, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z dwóch przedstawionych powodów:

a) kalkulacja przedstawiona przez PROTECTOR zawiera istotne braki, które dyskwalifikują powyższe wyjaśnienia, przez co wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W złożonych wyjaśnieniach PROTECTOR pomija istotne elementy, które powinny zostać ujęte w kalkulacji. Wykonawca wskazuje, że łączny koszt zatrudnienia dla pracodawcy z tytułu umowy o pracę wynosi 2216,86 zł, podczas gdy z wiedzy odwołującego wynika, że łączny koszt pracodawcy z tytułu zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę wynosi 2231,28 zł.

Wykonawca przewidział tytułem urlopów wypoczynkowych 115,98 zł. Kwota nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów urlopu. Biorąc pod uwagę łączny koszt pracodawcy z tytułu zatrudnienia osoby mającej zastępować pracownika przebywającego na urlopie, w kwocie 2231,28 zł miesięcznie, koszt pokrycia urlopu w liczbie 26 dni, co wynika z Kodeksu pracy oraz 10 dni dodatkowego urlopu wypoczynkowego, łącznie wyniesie w skali roku 3825,05 zł, czyli 318,75 zł w skali miesiąca na jednego pracownika.

Brak jest również wskazania na jakiej podstawie PROTECTOR ustalił koszty wynikające z obciążeń L4 na poziomie 30,24 zł w skali miesiąca. Biorąc pod uwagę łączny koszt pracodawcy z tytułu zatrudnienia osoby mającej zastępować pracownika przebywającego na chorobowym, w kwocie 2231,28 zł/miesięcznie, to przewidziana przez wykonawcę kwota wystarczałaby na pokrycie 27 dni w skali roku. Wykonawca nie podał na jakiej podstawie przyjął określoną ilość dni chorobowego.

W części jednostek Zamawiający wymaga całodobowego świadczenia usług ochrony. Zgodnie z art. 151 8 § 1 Kodeksu pracy pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca przedstawiając wyjaśnienia winien przewidzieć powyższy dodatek w cenie roboczogodziny, czego jednak zaniechał. Odwołujący odkreślił, że wynagrodzenie pracowników jest czynnikiem, który w największy sposób wpływa na wysokość zaoferowanej ceny. Przedstawione wyliczenia zawierają istotne braki, które powodują, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze wymogi Zamawiającego wynikające z załącznika nr 2b do SIWZ, że w każdej jednostce przystępującej do zamówienia, wykonawca zobowiązuje się wyposażyć posterunki i pracowników ochrony w: •środki łączności bezprzewodowej umożliwiające połączenia zewnętrzne (telefon komórkowy) -1 szt. na obiekt, •aparat do łączności bezprzewodowej -1 szt. na posterunek, •latarki -1 szt. na obiekt, •pałki wielofunkcyjne typu Tonfa -1 szt. na posterunek, •kajdanki -1 para na posterunek. Mając na uwadze, że punktów, o których mowa powyżej jest łącznie 43, to wykonawca kalkulując swoją ofertę winien przewidzieć co najmniej: •zakup 30 szt. środków łączności bezprzewodowej, które umożliwiają połączenie zewnętrzne; •zakup 43 szt. aparatów do łączności bezprzewodowej; •zakup 30 szt. latarek; •zakup 43 szt. pałek wielofunkcyjnych typu Tonfa; •zakup 43 szt. kajdanek; •wykonanie podłączenia systemu alarmowego do własnej stacji monitorowania w 30 obiektach; •utrzymanie 25 patroli interwencyjnych, które przybędą do urzędu wysyłającego sygnał w czasie 10 minut i podejmą działania zmierzające do ustalenia czy zaistniały okoliczności wskazujące na popełnienie przestępstwa.

Na zakup powyższych elementów, wykonanie podłączenia systemu alarmowego

i utrzymanie patroli interwencyjnych PROTECTOR przeznaczył jedynie 0,23 zł w każdej roboczogodzinie. Samo utrzymanie 25 patroli interwencyjnych znacząco przekroczy przeznaczoną przez wykonawcę kwotę. Wykonawca w żadnej części oferty, ani w wyjaśnieniach nie wskazał, że tę część zamówienia powierzy podwykonawcom. Należy więc przyjąć, że PROTECTOR SERVICE wykona tą część zamówienia własnymi siłami.

Odwołujący zauważył, że koszt takiego patrolu nie opiera się jedynie na zatrudnieniu personelu, ponieważ niezbędny jest również zakup i utrzymanie sprzętu technicznego, w tym pojazdu mechanicznego.

Powyższe wyliczenia wskazują, że wykonawca nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wykazania, że cena jego oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

b) PROTECTOR powołał się na okoliczności faktyczne, które nie mogą mieć wpływu na ocenę złożonych wyjaśnień ponieważ naruszałoby to przepisy powszechnie obowiązującego prawa.

PROTECTOR wskazał, że zatrudni osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności. Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.

Odwołujący wskazał treść załącznika 2b do SIWZ - zadania dla pracowników i uznał,

że mimo braku zakazu przez zamawiającego zatrudniania osób niepełnosprawnych, nie ma możliwości aby osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności wykonały wszystkie wskazane zadania. Zatrudnienie takich pracowników nie dość, że nie wyjaśnia rażąco niskiej ceny, to wskazywać może również na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Ponadto, istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez PROTECTOR potwierdza również inna okoliczność. Wykonawca wskazał, że do realizacji zamówienia planuje zatrudnić kwalifikowanych pracowników ochrony posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności. Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że osoby takie nie istnieją, a jeśli istnieją to posiadają uprawnienia w wyniku naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa. PROTECTOR jako podmiot profesjonalny, z wieloletnim doświadczeniem w realizacji podobnego rodzaju zamówień publicznych winien znać przepisy ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. W załączniku nr 2b do SIWZ Zamawiający wielokrotnie zastrzegł, aby pracownicy posiadali legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony, upoważniającą do wykonywania czynności określonych w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221,

z późn. zm.).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wpisuje się osobę, która (…):
7) posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań, stwierdzoną orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła.

Uzyskanie wskazanego w pkt 7 orzeczenia lekarskiego i psychologicznego reguluje art. 33 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia. W myśl tego przepisu badania lekarskie i psychologiczne osoby ubiegającej się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadającej taki wpis przeprowadza się na wniosek tej osoby, z zastrzeżeniem przypadków, o których mowa w art. 32 pkt 3 i art. 33a ust. 3.

Do wniosku, o którym mowa wyżej, osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych gracowników ochrony fizycznej lub posiadająca taki wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721, z późn. zm.) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy. PROTECTOR w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na dofinansowanie z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych („PFRON”). Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26a ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, pracodawcy przysługuje ze środków Funduszu miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, o ile pracownik ten został ujęty w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych, o której mowa w art. 26b ust. 1. Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego przysługuje w kwocie: 1.800 zł -w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności; 1.125 zł -w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności; 450 zł -w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.
1 a. Miesięczne dofinansowanie nie przysługuje pracodawcy zatrudniającemu co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i nieosiągającemu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%.

Odwołujący uznał, że nie ma możliwości aby osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony była niepełnosprawna, poza jednym wyjątkiem. Ustawa na podstawie, której wprowadzono powyższe przepisy do ustawy o ochronie osób i mienia, weszła w życie

22 sierpnia 2013 r., a osoby które posiadały licencje, nawet niepełnosprawne, zostały z urzędu wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Zauważył jednak, że zgodnie z art. 32 ustawy o ochronie osób i mienia, badania lekarskie i psychologiczne osób

wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej przeprowadza się co 3 lata lub w okresach krótszych niż 3 lata: 1) jeżeli w orzeczeniu lekarskim lub psychologicznym wskazano krótszy termin następnego badania niż 3 lata; 2) po okresie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą trwającą dłużej niż 6 miesięcy; 3) na wniosek pracodawcy lub właściwego komendanta wojewódzkiego Policji - w razie uzasadnionego podejrzenia utraty zdolności fizycznej lub psychicznej do wykonywania zadań.

Stwierdził, że tym samym istnieje hipotetyczna możliwość, istnienia osoby niepełnosprawnej, która w dniu 21 sierpnia 2013 r. uzyskała licencję i z dniem 22 sierpnia wpisana została na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Niestety tacy pracownicy będą mieli możliwość świadczyć usługi jedynie do 21 sierpnia 2016 r., ponieważ po tym dniu winny przeprowadzić badanie lekarskie i psychologiczne, o którym mowa w art. 32 ustawy o ochronie osób i mienia. Przy takim badaniu nie będą one mogły jednak złożyć oświadczenia o tym, że nie są osobami niepełnosprawnymi.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, że wykonawca, który chociaż przez część okresu realizacji zamówienia chciałby korzystać z takich pracowników winien jednak wykazać w wyjaśnieniach, że będzie w stanie zatrudnić pracowników będących dokładnie w takiej sytuacji faktycznej. Ponadto biorąc pod uwagę, że PROTECTOR wskazał, że powyższych pracowników zatrudni za pośrednictwem Urzędu Pracy, winien wykazać, w którym z urzędów tacy pracownicy są zarejestrowani. Samo wskazanie na taką możliwość jest tak samo gołosłowne jak powoływanie się na zatrudnienie specjalisty z 20-letnim doświadczeniem za 1850,00 zł brutto.

Odwołujący ponadto podniósł, że PROTECTOR w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że na potrzeby obsługi Izby Skarbowej w Łodzi, Urzędu Skarbowego w Bełchatowie, Urzędu Skarbowego w Brzezinach, Urzędu Skarbowego w Głownie, Urzędu Skarbowego w Kutnie, Urzędu Skarbowego w Łasku oraz Urzędu Skarbowego w Łowiczu zamierza zatrudnić z Urzędu Pracy łącznie 23 osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Z informacji, które Odwołujący uzyskał od wszystkich Urzędów Pracy na terenie województwa łódzkiego wynika, że w obecnym momencie nie jest zarejestrowana jako bezrobotna jakakolwiek osoba, która spełniałaby powyższe wymogi.

Odwołujący założył kilka wyjaśnień zaistniałej sytuacji: •podane okoliczności stanowią jedynie strategię wyjaśnień przyjętą przez wykonawcę aby uzasadnić zaoferowanie ceny rażąco niskiej - potwierdza się więc zarzut rażąco niskiej ceny oferty PROTECTOR, co

skutkować winno odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę; •wykonawca PROTECTOR zatrudnia osoby, posiadające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, które nie są niepełnosprawne a dofinansowanie z PFRON uzyskiwane jest w wyniku przestępstwa wyłudzenia - potwierdza to więc i tak, że zaoferowana cena oferty jest rażąco niska a wykonawca nie powinien otrzymywać takiego dofinansowania; •wykonawca PROTECTOR świadomie zatrudnia osoby niepełnosprawne, które złożyły fałszywe oświadczenia, że nie są osobami niepełnosprawnymi, pobierając za ich zatrudnienie dofinansowanie z PFRON - skutki powyższego opisane zostały w pkt 3 uzasadnienia odwołania; •wykonawca PROTECTOR zatrudnia osoby niepełnosprawne, natomiast do realizacji przedmiotu zamówienia przewidział zupełnie innych pracowników, którzy posiadają legalny wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony - więc potwierdza to zarzut rażąco niskiej ceny oraz winno skutkować odrzuceniem oferty PROTECTOR na tej podstawie oraz na podstawie wskazanej w pkt 3 uzasadnienia odwołania.

Z uwagi na powyższe, oferta PROTECTOR winna podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze złożone wyjaśnienia być może zachodzi sytuacja, w której wykonawca PROTECTOR świadomie zatrudnia osoby niepełnosprawne, które złożyły fałszywe oświadczenia, że nie są osobami niepełnosprawnymi, pobierając za ich zatrudnienie dofinansowanie z PFRON. Tym samym zgodnie z art. 29 ust. 6 pracownika ochrony skreśla się z listy kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w przypadku gdy: 1) pracownik ochrony fizycznej został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie

przestępstwa umyślnego lub wszczęto w stosunku do niego postępowanie karne o takie przestępstwo; 2) nie spełnia warunków określonych w art. 26 ust. 3 pkt 1 i 4-8, w art. 30 albo w art. 38b; 3) wykonując zadania pracownika ochrony fizycznej dopuścił się czynu zabronionego określonego w art. 70 § 2 lub art. 87 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2013 r. poz. 482, z późn. zm.).

Z informacji uzyskanych od wykonawcy PROTECTOR wynika więc, że nawet jeśli zatrudnione przez niego osoby niepełnosprawne posiadają wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, to wpis ten winny utracić na mocy wskazanego przepisu. Powyższe wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, które znane są PROTECTOR. Tym samym wykonawca zaoferował świadczenie usług przez osoby nie będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony, mimo wyraźnego wymogu za strony

---

Zamawiającego. Powyższe skutkuje więc odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności sprawy, złożenie przez PROTECTOR oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez PROTECTOR towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.). Sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia ma na celu uzyskanie zamówienia przez utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, których swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej i konkurowania zostaje ograniczona. Takie działanie zagraża interesom wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas oceny ofert i niewątpliwie utrudniło tym wykonawcom dostęp do rynku mimo zaoferowania usług zgodnie z wymogami zamawiającego i za realną cenę. Zaniżenie sprzedaży usług, które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług innych wykonawców jest niedozwolone i nie zasługuje na ochronę. Jednocześnie, w opinii odwołującego, jest też oczywiste, że zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za usługę ochrony ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o zamówienie.

Ponadto możliwa jest sytuacja, w której PROTECTOR zatrudnia osoby niepełnosprawne, natomiast do realizacji przedmiotu zamówienia przewidział zupełnie innych pracowników, którzy posiadają legalny wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Tym samym złożenie wyjaśnień oraz ustalenie ceny w oderwaniu od rzeczywistej wartości zamówienia, czego dokonał PROTECTOR w postępowaniu, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe, oferta PROTECTOR winna podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: uwzględnił zarzut nr 1, wskazał, że w dniu

---

31.12.2015 r. sprostował błąd podając, że wykonawcami, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, są wykonawcy tworzący konsorcjum: PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., lider; PROTECTOR Sp. z o.o., konsorcjant; Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o., konsorcjant - z siedzibami w Poznaniu, a nie lider konsorcjum - PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Podtrzymał stanowisko dotyczące rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia z 17 grudnia 2015 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. PROTECTOR

SERVICE Sp. z o.o., 2. PROTECTOR Sp. z o.o., 3. Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o. - z siedzibami w Poznaniu, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie dotyczy części II zamówienia: usługa ochrony osób i mienia dla Izby Skarbowej w Łodzi i jednostek podatkowych na terenie województwa łódzkiego.

Oferta odwołującego została oceniona na drugim miejscu, zatem odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum: 1. PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., 2. PROTECTOR Sp. z o.o., 3. Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o. - z siedzibami w Poznaniu, w wyniku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi też przystępującym.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Uwzględniając, że po rozpoznaniu merytorycznym zarzutów Izba orzeka w wyroku (art. 192 ust. 1 Pzp), a orzekając w wyroku zamieszcza rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., która samodzielnie nie brała udziału w postępowaniu.

W wyniku błędu w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (17 grudnia 2015 r.), zamawiający wskazał lidera konsorcjum - PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o. jako wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części II zamówienia, zamiast wszystkich członków konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający poprawił błąd w dniu 31 grudnia 2015 r. (potwierdzenie na stronie internetowej zamawiającego i przyznane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu odwoławczym), informując, że ofertę nr 3, która została uznana za najkorzystniejszą złożył wykonawca: PROTECTOR SERVICE Sp. z o.o., lider konsorcjum; PROTECTOR Sp. z o.o., konsorcjant; Biuro Ochrony VIGOR Sp. z o.o., konsorcjant (podając siedziby i adresy wykonawców). Błąd ten nie stanowi naruszenia przepisów ustawy wskazanych w pkt 1 zarzutów odwołania i nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp).

Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej - art. 2 pkt 7a Pzp *(celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego)* oraz m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 - *Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty*.

2. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył ofertę zgodnie z formularzem ofertowym, podając cenę oferty w kwocie 4 052 426,45 zł; w załączonej tabeli przedstawił *„ceny dla poszczególnych Zamawiających (zał. 1b do SIWZ) oraz łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia uwzględniające wszelkie koszty prawidłowego, zgodnego z warunkami SIWZ i oferty, wykonania przedmiotu zamówienia."* W formularzu ofertowym zamieścił oświadczenie, że m.in. *„(1) zapoznał się ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, (2) do realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy, będziemy zatrudniać 21 bezrobotnych, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy."* W załączonym do oferty załączniku 1b do SIWZ - usługa ochrony, przedstawił w tabeli wykaz jednostek zamawiającego z podaniem odrębnie dla każdej jednostki skarbowej na terenie województwa łódzkiego - nazwy jednostki, daty przystąpienia do

umowy oraz ceny (brutto) za usługę ochrony.

W postępowaniu złożyli oferty - z cenami w złotych - wykonawcy:

- przystępujący - 4 052 426,45

- odwołujący - 5 247 091,00
- „EKOTRADE" Sp. z o.o. - 5 528 123,87
- średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 4 942 547,11 zł.

Cena oferty przystępującego jest niższa: od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (4 942 547,11 zł) o 18,01%; od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT (wskazanej przez zamawiającego jako 5 781 000 zł) o 29,90%; od ceny oferty odwołującego o 22,77% i ceny trzeciej w kolejności oferty o 26,69%.

Zamawiający zwrócił się do przystępującego (pismo z dnia 10 grudnia 2015 r.) na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp *„o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla 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), b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, c) wysokości wynagrodzenia za pracę osób wykonujących przedmiot zamówienia, d) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne."*

W dalszej części pisma zamawiający wskazał - *„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, w szczególności jest niższa o 30% od* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert."*

Przystępujący złożył wyjaśnienia (wpływ do zamawiającego 15 grudnia 2015 r. - 21 stron) przedstawiając odrębnie dla Izby Skarbowej w Łodzi i Urzędów Skarbowych na terenie województwa łódzkiego, w sumie 30 jednostek, wyspecyfikowanie kosztów istotnych dla ceny oferty z różnymi kwotami składającymi się na cząstkowe ceny dla każdej jednostki skarbowej, wg zróżnicowanego schematu, przedstawionego w niniejszym uzasadnieniu przykładowo dla Izby Skarbowej w Łodzi: *„Wykonawca skalkulował cenę jednostkową za 1 rbg kwalifikowanego pracownika ochrony w wysokości (…) zł netto tj. (…) zł brutto. Do realizacji zamówienia planuje zatrudnić kwalifikowanych pracowników ochrony posiadających umiarkowany stopień niepełnosprawności na podstawie stałej umowy o pracę.*

Koszty zatrudnienia jednego pracownika kształtują się w następujący sposób: Wynagrodzenie brutto 1850,00 zł, wynagrodzenie netto 1355,69 zł, należne składki do ZUS i podatek do Urzędu Skarbowego 861,17 zł. Całkowity koszt zatrudnienia z uwzględnieniem wszystkich składek wynosi 2216,86 zł brutto. Dofinansowanie z PFRON wynosi 1125,00 zł. Koszt zatrudnienia po uwzględnieniu dofinansowania wynosi 1091,86 zł. Wykonawca na etapie postępowania do powyższej kwoty skalkulował roczne koszty związane z urlopami w wysokości (…) zł w skali miesiąca dla jednego pracownika oraz obciążeniami L4 w wysokości (…) zł w skali miesiąca dla jednego pracownika. Uwzględniając wszystkie przedstawione koszty zatrudnienia, stawka za jedną roboczogodzinę kwalifikowanego pracownika ochrony wykonującego usługę w obiekcie wynosi (…) zł netto. Do powyższej kwoty należy doliczyć: koszty umundurowania oraz badań lekarskich w wysokości (…) zł netto, koszty nadzoru nad realizacją usługi, zabezpieczenia technicznego, grupy interwencyjnej oraz koszty administracyjne w wysokości (…) zł. Całkowity koszt zatrudnienia kwalifikowanego pracownika ochrony wynosi (…) zł netto za 1 roboczogodzinę. Przewidywany zysk dla konsorcjum z jednej roboczogodziny kwalifikowanego pracownika ochrony wynosi: (…) zł netto. Wykonawca do świadczenie *usługi ochrony Izby Skarbowej*

w Łodzi planuje zatrudnić 5 osób na stałą umowę o pracę z Urzędu Pracy."

Zatrudnienie bezrobotnych powyżej 20 wynika z opisu kryteriów oceny ofert (rozdział XIII SIWZ). Obok ceny o znaczeniu 90%, zamawiający przyjął kryterium: L - liczba zatrudnionych bezrobotnych: od 11 do 20 bezrobotnych 5% (5 pkt), powyżej 20 bezrobotnych 10% (10 pkt).

Zobowiązanie do zatrudnienia bezrobotnych zostało zamieszczone w formularzu ofertowym (wskazane wyżej oświadczenie: *„2) do realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy, będziemy zatrudniać 21 bezrobotnych, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy").*

Przystępujący i pozostali dwaj wykonawcy, również z tytułu deklaracji zatrudnienia powyżej 20 bezrobotnych, uzyskali po 10 punktów w tym kryterium oceny ofert.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako adekwatne do oczekiwanych, potwierdzające realność ceny oferty. Wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego.

Odwołujący przedstawiając zarzut nr 2 *(naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo* że *złożone wyjaśnienia potwierdzają,* że *oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia),* wyłącznie o treści, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę oferty

---

- wskazał ustalony według swojej wiedzy (obliczenie księgowej) łączny koszt pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę, w kwocie 2231,28 zł miesięcznie i podniósł, że *„kalkulacja* (przystępującego) *zawiera istotne braki, które dyskwalifikują powyższe wyjaśnienia, przez co wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny."* Odnosząc ustaloną przez siebie kwotę do kosztów pochodnych, uznał, że wskazana w wyjaśnieniach kwota z tytułu urlopów wypoczynkowych nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów urlopu; brak jest podstawy ustalenia kosztów z tytułu obciążeń L4; oraz brak kwoty z tytułu dodatków za pracę w nocy. Podkreślił, że wynagrodzenie pracowników jest czynnikiem, który w największy sposób wpływa na wysokość zaoferowanej ceny, zatem wyliczenia zawierają istotne braki, które powodują, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cytując opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w załączniku nr 2b do SIWZ, podniósł kwestię wyposażenia osób i jednostek w sprzęt i urządzenia (uzasadnienie zarzutu nr 2 lit. a).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert - zamawiający jest zobowiązany do uzyskania wyjaśnień wykonawcy.

Zgodnie z przyjętą wykładnią przepisu, obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. *„(…) zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% od* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert."*

O treści wniosku (wezwania) o złożenie wyjaśnień decyduje zamawiający, bo to wątpliwości zamawiającego stanowią podstawę zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień.

Treść wyjaśnień powinna wskazywać istotne dla wykonawcy elementy oferty, które stanowiły podstawę ustalenia ceny, w takim stopniu, by wyjaśnienia rozwiały wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu. Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień, jest obowiązek wykonawcy wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny oferty, w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie, zamawiający nie miał ustawowego obowiązku zwrócenia się do przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień, był natomiast uprawniony do

---

takiej czynności. We wniosku z dnia 10 grudnia 2015 r. popełnił błąd (przyznany na rozprawie, niemający jednak żadnego wpływu na ocenę zarzutu) polegający na wskazaniu, że cena oferty przystępującego jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, oczekiwał jednak - cytując w wezwaniu część przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień dotyczących *„c) wysokości wynagrodzenia za pracę osób wykonujących przedmiot zamówienia, d) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne."* - które w wyniku złożonych wyjaśnień uzyskał.

Zważywszy, że różnica miesięcznych kosztów ponoszonych przez pracodawcę z tytułu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę, ustalonych przez przystępującego i odwołującego wynosi 14,42 zł, a każdy wykonawca kalkuluje koszty wg swoich możliwości; ponadto „koszty *nadzoru nad realizacją usługi, zabezpieczenia technicznego, grupy interwencyjnej oraz koszty administracyjne"* - przystępujący wyszczególnił w wyjaśnieniach; aktualne świadczenie usługi (w 8 jednostkach skarbowych zamawiającego stanowiących przedmiot zamówienia) pozwoliło przystępującemu ustalić koszty na przedstawionym w wyjaśnieniach poziomie; oraz, że treść wyjaśnień odpowiada treści wezwania zamawiającego (fakt przyznany) i zamawiający uznał cenę oferty za w pełni realną - należało przyjąć, że wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zakres wyjaśnień i elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny jakie należało przedstawić, zostały określone w wezwaniu. Zarzut braku w wyjaśnieniach elementów oferty, wskazanych jako istotnych wg odwołującego, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, m.in. (stosownie do treści zarzutu), gdy ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle treści wezwania zamawiającego, treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz podstawy (faktycznej i prawnej) zarzutu, brak jest uzasadnienia do uznania, że wyjaśnienia przystępującego potwierdzają rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Druga część uzasadnienia zarzutu nr 2 lit. b sprowadza się do wykazania: -niemożności świadczenia usługi przez osoby niepełnosprawne z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, ze względu na charakter i zakres zadań przewidzianych w SIWZ dla kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej; -oraz niemożności zatrudnienia osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U.

z 2011 r. Nr 127, poz. 721, z późn. zm.), w charakterze kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2014 r. poz. 1099, z późn. zm.), w skrócie „ust. o ochr."

Odwołujący wskazując przepisy:
- art. 26 ust. 1 i ust. 3 pkt 7 ust. o ochr. stanowiącego, że do uzyskania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej niezbędne jest posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań, stwierdzonej orzeczeniami lekarskim i psychologicznym, których ważność nie upłynęła oraz
- art. 33 ust. 1 i 2 tej ustawy stanowiącego, że do wniosku o wpis osoba ubiegająca się o wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721, z późn. zm.) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy

- uznał, że *„nie ma (…) możliwości aby osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony była niepełnosprawna, poza jednym wyjątkiem."* Tym wyjątkiem jest taka sytuacja, że osoby, nawet niepełnosprawne, które posiadały licencje, zostały z urzędu wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Jednakże wpis ten jest aktualny do czasu upływu terminu ważności badań lekarskich i psychologicznych, na podstawie których dokonano wpisu lub konieczności powtórzenia tych badań.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że powyższych pracowników ochrony zatrudni za pośrednictwem Urzędu Pracy, zatem winien wykazać, w którym z urzędów tacy pracownicy są zarejestrowani. Wskazał również, że przystępujący podał, że na potrzeby obsługi Izby Skarbowej w Łodzi, Urzędów Skarbowych - w Bełchatowie, w Brzezinach, w Głownie, w Kutnie, w Łasku oraz w Łowiczu zamierza zatrudnić z Urzędu Pracy łącznie 23 osoby posiadające umiarkowany stopień niepełnosprawności oraz wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Z informacji, które odwołujący uzyskał od wszystkich Urzędów Pracy na terenie województwa łódzkiego wynika, że w obecnym momencie nie jest zarejestrowana jako bezrobotna jakakolwiek osoba, która spełniałaby powyższe wymogi.

Jako dowód w sprawie, odwołujący złożył na rozprawie 19 odpowiedzi (18 pisemnych i jedną elektroniczną) z Powiatowych Urzędów Pracy, 17 z końcowych dni grudnia 2015 r., 1 z listopada i 1 października, 18 o negatywnej treści *(na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy oraz w chwili obecnej w ewidencji osób bezrobotnych i poszukujących pracy w tut. Urzędu*

nie były zarejestrowane osoby, które posiadały wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i orzeczenie o niepełnosprawności). Powiatowy Urząd Pracy w Łowiczu udzielił pozytywnej odpowiedzi (pismo z dnia 29.12.2015 r.): *„na dzień dzisiejszy posiadamy jedną osobę bezrobotną, która posiada umiarkowany stopień niepełnosprawności, II grupę inwalidzką i wykonywała pracę na stanowisku pracownika ochrony. Ponadto na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy w ewidencji tut. Urzędu były zarejestrowane dwie osoby bezrobotne spełniające w/w wymagania."*

Odwołujący nie złożył do akt sprawy odwoławczej pism, jakie kierował do urzędów pracy (wg oświadczenia drogą elektroniczną), nie przedstawił na rozprawie treści zapytania.

Przystępujący zobowiązał się w ofercie: „(2) *do realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy, będziemy zatrudniać 21 bezrobotnych, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy";* w wyjaśnieniach wskazał - przykładowo odnośnie Izby Skarbowej w Łodzi: „Wykonawca *do* świadczenia *usługi ochrony Izby Skarbowej w Łodzi planuje zatrudnić 5 osób na stałą umowę o pracę z Urzędu Pracy";* łącznie z pozostałymi wskazanymi w wyjaśnieniach urzędami skarbowymi - 23 osoby do świadczenia usługi ochrony.

Na rozprawie wyjaśnił, że osoby te mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, skierowane z urzędu pracy, które posiadają wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz orzeczenie o niepełnosprawności lub 2 grupa osób - które posiadają stopień niepełnosprawności o specjalnych schorzeniach (wzrok, zaburzenia neurologiczne). Dla tych osób jest wyższe dofinansowanie z PFRON, wynosi 1 662,65 zł. Do realizacji zamówienia przystępujący przewiduje około 110-115 osób, w zależności od ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wyjaśnienia przystępującego potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z przyczyn wskazanych w pkt b uzasadnienia zarzutu nr 2.

Złożone na rozprawie dowody w postaci omówionych wyżej odpowiedzi urzędów pracy, nie mogły wywrzeć oczekiwanego przez odwołującego skutku. Brak treści zapytania odwołującego powoduje, że odpowiedzi udzielone na zasadzie - odpowiedź stosowna do pytania - nie przedstawiają w pełni okoliczności sprawy. Przystępujący nie przedstawił zobowiązania do zatrudnienia bezrobotnych we wskazanych w wyjaśnieniach - w Izbie Skarbowej w Łodzi i sześciu Urzędach Skarbowych w województwie łódzkim, łącznie 23 osoby - o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, których pozyska z konkretnych urzędów pracy.

Wskazał planowane zatrudnienie takiej ilości osób w podanych jednostkach skarbowych zamawiającego, na podstawie umowy o pracę z urzędu pracy, do świadczenia usługi ochrony. W wyjaśnieniach złożonych na rozprawie sprecyzował dwie grupy osób planowanych do zatrudnienia: z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym lub osób, które posiadają stopień niepełnosprawności o specjalnych

schorzeniach.

Podniesione przez odwołującego ograniczenie możliwości rekrutacji bezrobotnych ze wskazanych na rozprawie urzędów pracy, nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz w okolicznościach sprawy (brak wymagań ze strony zamawiającego, co zostało potwierdzone na rozprawie), zważywszy również, że wykonawcy tworzący konsorcjum przystępującego mają swoje siedziby w Poznaniu.

Niewskazane w odwołaniu przepisy ust. o ochr. określają dalsze postępowanie w sprawie wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Przepisy art. 33a ust. o ochr. i aktu wykonawczego - rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 19 grudnia 2013 r. w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (Dz. U z 2013 r. poz. 1715), określają przeprowadzanie badań lekarskich i psychologicznych. W art. 33a ust. 3 ust. o ochr. wskazano, że orzeczenie lekarskie wydane na podstawie badań lekarskich, traktuje się jak orzeczenie, o którym mowa w art. 229 § 4 Kodeksu pracy. Orzeczenie w sprawie wpisu jest zaskarżalne. W drugiej instancji orzekają podmioty wskazane w art. 34 ust. 3 ust. o ochr. Orzeczenie wydane w trybie odwołania jest ostateczne.

Zatem, wymóg dołączenia do wniosku o wpis oświadczenia, że osoba nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy, dotyczy wyłącznie osób, które nie posiadają takich orzeczeń. Osoby posiadające takie orzeczenia załączają do wniosku o wpis dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy.

Orzeczenie o niepełnosprawności przedstawiane lekarzowi orzecznikowi, służy do ustalenia na podstawie treści tego dokumentu oraz wykonanych badań, czy osoba niepełnosprawna może być kwalifikowanym pracownikiem ochrony fizycznej, czy też schorzenia na podstawie, których uzyskała stopień niepełnosprawności, dyskwalifikują tę osobę do uzyskania wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Na podstawie wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych, brak jest podstaw do uznania, że osoba posiadająca orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, nie może uzyskać

---

wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

Przepis art. 2 pkt 6 ust. o ochr. stanowi, że użyte w ustawie określenia oznaczają: pracownik ochrony - osobę wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (…) lub osobę wykonującą zadania ochrony, w zakresie niewymagającym wpisu na listę.

Na podstawie powyższego, brak jest przesłanek do zastosowania przepisów art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

[Kolejność zarzutów nr 3 i 4 wg odwołania].

3. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w z art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 *(zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona).*

W orzecznictwie utrwalono pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), dotyczy niezgodności w zakresie oczekiwania zamawianego wyrażonego SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie. Zatem, niezgodność polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ - dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymaganiami, co do treści oferty, a nie co do jej formy.

Odrzucenie oferty następuje więc w sytuacji merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdy wykonawca oferuje przedmiot zamówienia, którego zakres, cechy,

właściwości itp. nie odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ.

Odwołujący nie sprecyzował i nie wykazał niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, która uzasadniałaby zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu zamieścił przypuszczenie, podobnie jak w zarzucie nr 4, o możliwości wystąpienia okoliczności wymagających oceny innych organów. Powinności odwołującego w tym zakresie, pozostają poza postępowaniem odwoławczym.

4. Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 przez

zaniechanie odrzucenia oferty PROTECTOR, mimo że wyjaśnienia potwierdzają, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - podstawa prawna zarzutu stanowi: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem, merytoryczną podstawę odrzucenia oferty stanowi naruszenie normy prawnej wynikającej z przepisów szczególnych dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przywołał przepis art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wskazał możliwość sytuacji, w której przystępujący zatrudnia osoby niepełnosprawne, natomiast do realizacji zamówienia przewidział innych pracowników, którzy posiadają legalny wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Tym samym złożenie wyjaśnień oraz ustalenie ceny w oderwaniu od rzeczywistej wartości zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Przepisy uznk stanowią: art. 3 ust. 1. *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta;* art. 15 ust. 1. *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub* świadczenia *albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

„Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować warunkiem realizacji przesłanki o której mowa kumulatywnie. Dodatkowo celu, w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07.” - wyrok Izby z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt 704/10.

Odwołujący nie wykazał przesłanek niezbędnych do zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wykazanie sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innego wykonawcy z rynku - wymaga analizy kosztów wytworzenia (przywołany wyżej wyrok KIO 704/10 oraz wyrok KIO 1941/09), której odwołujący nie przedstawił w postępowaniu

odwoławczym.

Izba podzieliła stanowisko, że „W *dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku - usług - poniżej kosztów ich* świadczenia. *Po drugie zaś, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy czy też innych przedsiębiorców, co należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług.”* - wyrok Izby z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1951/09. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2010 r., sygn. akt Apel.-

W-wa 2008/4/32 orzekł, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próba wejścia na rynek).

Obowiązek udowodnienia, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji obciąża stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne - art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c.

Brak jest podstaw do uznania, że odwołujący na podstawie opisu zamieszczonego w pkt 4 uzasadnienia odwołania, udowodnił zasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Reasumując powyższe, Izba uznając zarzuty za niezasadne, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, wobec nie wykazania przesłanek do zastosowania przepisu ust. 2 tego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: ……