

WYROK

z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu

przy udziale wykonawcy LeasingTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Poznaniu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację umów częściowych na świadczenie usług outsourcingu na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu .

9 października 2015 roku Odwołujący działając w trybie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty nr.1

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty nr 1 jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
2. art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie dokonanie tego ustalenia w sposób nieprawidłowy, tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty.
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo ustalenia, że wykonawca zamierza naruszyć przepisy Kodeksu pracy czym zwiększa atrakcyjność swojej oferty naruszając tym samym interesy odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie umowy realizacyjnej, jeżeli została zawarta przed dniem ogłoszenia wyroku.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert nr 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. Ewentualnie, z ostrożności procesowej, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia czynności badania rażąco niskiej ceny.
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
5. Zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych

2

kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, bowiem w przypadku jego uwzględnienia, oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 17.06.2015 r. Zamawiający ogłosił przetarg na zawarcie umowy ramowej w przedmiocie świadczenia usług outsourcingu na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu. W wyniku przeprowadzonego postępowania, w dniu 09.09.2015 r. zawarta została umowa ramowa nr ZTM.EZ.3313.13.2015 r. z następującymi wykonawcami: Leasingteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Outworking sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu. (Dowód: umowa ramowa nr ZTM.EZ.3313.13.2015 z dnia 09.09.2015 r.)

W dniu 15.09.2015 r. za pośrednictwem wiadomości e-mail Zamawiający zaprosił odwołującego do złożenia oferty częściowej, tzw. realizacyjnej lub szczegółowej. Wraz z zaproszeniem przesłany został SIWZ zamówienia realizacyjnego oraz załączniki do SIWZ. Zgodnie z załącznikiem nr 2 - Opiszem Przedmiotu Zamówienia:

- Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie obsługi stanowisk sprzedaży i obsługi klientów, stanowisk teleinformatycznych, kancelaryjno-asystenckich, kontroli biletów, zarządzania i nadzoru nad kontrolą biletów.
- Średniomiesięcznie przewidziano wykonanie 23100 roboczogodzin na 140 stanowiskach pracy.
- Zamawiający zawarł wymóg zatrudnienia osób świadczących usługę na umowę o pracę, na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy - nie mniej niż 25%. Składając ofertę na zawarcie umowy ramowej Leasingteam sp. z o.o. zadeklarował zawarcie umów o pracę dla co najmniej 75,1% osób. Co istotne, zgodnie z warunkami przetargu, współczynnik ten musi być spełniony dla każdej z grupy stanowisk, a więc sprzedaży i obsługi, teleinformatycznych, itd.
- Ustalenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy następować będzie w oparciu o ustaloną stawkę godzinową i liczbę przepracowanych przez pracowników godzin. Wykonawca winien opracowywać zbiorcze zestawienie ilościowe wykonanej usługi za każdy miesiąc kalendarzowy wskazujące liczbę wypracowanych przez pracownika rbh w danym miesiącu.
- Wszystkie zobowiązania publiczno-prawne własne oraz z tytułu zatrudnienia osób delegowanych przez wykonawcę do wykonania usługi ponosi wyłącznie wykonawca i nie mogą one stanowić podstawy dodatkowego roszczenia wobec Zamawiającego.

3

(Dowód: Opis Przedmiotu Zamówienia)

Z formularza ofertowego wynika natomiast, że:

- Usługa świadczona będzie przez okres 7 miesięcy (tabela str. 2).
- Oferowane stawki wynagrodzenia za jedno FE uwzględniają wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz nie ulegną zwiększeniu w toku realizacji zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji w okresie realizacji zamówienia (pkt.2 str.2) (Dowód: formularz oferty).

Odwołujący wskazał, że z warunków zamówienia wynika więc m.in., że wykonawcy

przysługuje wynagrodzenie będące iloczynem stawki godzinowej i liczby wykonanych godzin usługi. W związku z faktem, że cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego (pkt 11.3. SIWZ realizacyjnego), wykonawca powinien wziąć pod uwagę wszystkie koszty związane z wykonaniem usługi, w szczególności takie, które będzie zobowiązany ponieść nie uzyskując ekwiwalentu w postaci wynagrodzenia. Będą to przede wszystkim wszelkie zwolnienia chorobowe pracowników, niezdolności do pracy, urlopy i inne nieobecności, za które pracownikowi przysługuje prawo do wynagrodzenia.

Na zaproszenie wystosowane przez Zamawiającego wpłynęły dwie oferty - wykonawców, którzy zawarli umowę ramową. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 25.09.2015 r. Jak wynika z protokołu i formularza ofertowego, Leasingteam sp. z o.o. obniżył stawki za roboczogodzinę w stosunku do tych, które oferował w przetargu na podpisanie umowy ramowej. (dowód: Protokół otwarcia ofert z dnia 25.09.2015 r., Formularz ofertowy Leasingteam sp. z o.o. z dnia 21.09.2015 r.).

Zdaniem odwołującego cena zaproponowana przez Leasingteam sp. z o.o. jest ceną rażąco niską - nie uwzględniającą rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. W przypadku niniejszego zamówienia są to przede wszystkim koszty zatrudnienia osób faktycznie świadczących usługi.

składnik miesięcznie rbg (168 rbg / m-c)
minimalne 1.750,00 zł 10,42 zł

4

koszt ZUS 354,90 zł 2,11 zł pracodawcy
ekwiwalent 200,64 zł 1,19 zł Urlopowy (2
RAZEM 2.305,54 zł 13,72 zł

Zgodnie z warunkami przetargu, przez minimalne koszty wykonania zamówienia należy rozumieć koszty ustawowe oparte na minimalnym dopuszczalnym wynagrodzeniu za pracę (wg stawki obowiązującej w tym roku). Już założenie minimalnego wynagrodzenia jest ryzykowne, z uwagi na fakt, że usługa będzie świadczona w Poznaniu i wymaga się od pracowników wykształcenia co najmniej średniego i biegłej znajomości obsługi komputera i urządzeń biurowych.

Na potrzeby obliczeń założono również minimalną stawkę wynagrodzenia wypadkowego, oraz wynikające z minimalnego wynagrodzenia koszty urlopowe i chorobowe. Zamieszczona wyżej tabela wskazuje, że jedynie z uwzględnieniem kosztów urlopowych, stawka ta wynosi w przeliczeniu na godzinę roboczą 13,72 zł. Przyjęto do kalkulacji, że wykonawca będzie maksymalizował swoje wynagrodzenie przez kierowanie zastępstw na czas przebywania pracownika na urlopie wypoczynkowym. Pozostawienie pracownika na urlopie bez zastępstwa jeszcze zwiększyłoby koszt rbg.

Odwołujący wskazał, że tabelę poniższą

stanowisko minimalny stawka różnica na

koszt rbg Leasingteam rbg

1. Stanowiska sprzedaży i obsługi klientów w POK 13,72 zł 14,00 zł 0,28 zł
2. Stanowiska teleinformatyczne 13,72 zł 14,02 zł 0,30 zł
3. Stanowiska kancelaryjno - asystenckie 13,72 zł 14,02 zł 0,30 zł
4. Stanowiska kontroli biletów 13,72 zł 13,65 zł -0,07 zł
5. Stanowiska zarządzania i nadzoru nad kontrolą biletów 13,72 zł 15,85 zł 2,13 zł

sporządzono na podstawie cen zamieszczonym przez Leasingteam sp. z o.o. w ofercie. Przedstawiono w niej minimalne koszty zatrudnienia pracowników poszczególnych stanowiskach oraz wynagrodzenie określone przez Leasingteam sp. z o.o. w ofercie. Z ostatniej kolumny wynika jak niewielki margines posiada wykonawca na wszelkie wydatki związane z wykonaniem usługi. Z kwot tych wykonawca musi pokryć koszty wynagrodzenia chorobowego (około 0,30 zł do rbg), koszty badań lekarskich, koszty obsługi kadrowo-płacowej pracowników, własną marżę itp. Kwoty zaplanowane przez Leasingteam na to w żadnym wypadku nie pozwalają. W przypadku stanowiska kontroli biletów minimalne

Oferta Leasingteam sp. z o.o. ma minimalny sens ekonomiczny tylko pod warunkiem, że pracownicy wykonawcy nie będą chorować (za wyjątkiem stanowiska nr 4). Oczywiście ryzyko chorobowe należy brać pod uwagę w każdej działalności, a szczególnie takiej opartej na zasobach osobowych. W orzecznictwie przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealna. Nierealne jest w tym przypadku opieranie kalkulacji cenowej na założeniu pełnej obsady pracowników przez cały czas obowiązywania umowy.

Reasumując, wykonanie tej umowy częściowej w stawkach zaproponowanych przez Leasingteam jest niemożliwe. Oferta nr 1 nie zakłada więc osiągnięcia zysku, a wręcz przeciwnie - stratę. Ma więc ewidentne cechy ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wskazała w tym miejscu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 03.01.2013 r. sygn. akt. KIO 2810/12; wyrok z dnia 20 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2712/12.

Odwołujący wskazał, że podkreślić należy, iż zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11.09.2015 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r., od 1 stycznia 2016 r. wysokość minimalnego wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa niż od kwoty 1.850 zł brutto. Biorąc pod uwagę długość trwania usługi (7 miesięcy) i aktualną datę. Ponad połowa usługi będzie świadczona w 2016 r. Wykonawca winien więc uwzględniać nową, wyższą wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Gdyby uwzględnić to w powyższych kalkulacjach okazałoby się, że Leasingteam sp. z o.o. wykona całą usługę ze znaczną stratą (minimalny koszt 1 rbg wyliczony w taki sam sposób jak dla 2015 roku wynosi 14,50 zł - jedynie dla jednej grupy stanowisk Leasingteam zaoferował stawkę wyższą niż ta kwota). Winno rozwiewać to wszelkie wątpliwości z zakresie kwalifikacji oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący informował o powyższych zastrzeżeniach Wykonawcę. W dniu 30.09.2015 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Leasingteam sp. z o.o. (Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30.09.2015 r.). Pismem z dnia 08.10.2015 r. Zamawiający poinformował odwołującego o tym, że w dniu 01.10.2015 r. zwrócił się do Leasingteam sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał tej czynności już po wyborze oferty, więc poza etapem badania i oceny ofert. Z Informacji Zamawiającego wynika, że nie uznał on oferty nr 1 jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający uznał założenie, że 100% osób musi być zatrudnionych na podstawie umowy o pracę za sprzeczne z SIWZ. Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy Leasingteam sp. z o.o. jako wyczerpujące i nie budzące żadnych wątpliwości. Wyjaśnienia Leasingteam sp. z o.o. objęte zostały klauzulą poufności i nie udostępniono ich odwołującemu. (Dowód: Pismo zamawiającego z dnia 08.10.2015 r.)

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego. Wyjaśnienia Leasingteam muszą sprowadzać się do stwierdzenia o zatrudnieniu osób na takim samym stanowisku zarówno na umowę o pracę, jak i umowy cywilnoprawne. Postępowanie takie stanowi jaskrawy przykład naruszenia art. 22 § 1(2) Kodeksu pracy oraz zasad równego traktowania w zatrudnieniu. Spenalizowane jest również jako wykroczenie na podstawie art. 281 pkt 1) Kp. *Nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania prac typowych dla stosunku pracy. Oceny charakteru umowy należy dokonywać nie tylko na podstawie przyjętych przez jej strony postanowień, które mogą mieć na celu stworzenie pozoru innej umowy, lecz przede wszystkim na podstawie faktycznych warunków jej wykonywania* (5. Kowalski, St.Pracow.2014.10.1, Uprawnienia inspektorów pracy do zwalczania nielegalnie zawieranych umów cywilnoprawnych). Na gruncie niniejszej sprawy, w sytuacji gdy szczegółowa charakterystyka każdego stanowiska jest narzucona przez Zamawiającego (znajduje się w Opisie Przedmiotu Zamówienia), niemożliwe jest ich dalsze różnicowanie w sposób na tyle istotny aby dopuszczalne były niejednolite podstawy zatrudnienia.

Zaznaczyć trzeba, że poprawianie własnej pozycji rynkowej wskutek naruszenia przepisów prawa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

16.04.1993 r. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes Innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie działanie Leasingteam sp. z o.o. ukierunkowane było na to aby poprzez naruszenie przepisów Kodeksu pracy, w sposób niedozwolony poprawić swoją pozycję i obniżyć cenę ofertową do poziomu niedostępnego dla wykonawcy przestrzegającego przepisów. *Naruszenie prawa tylko wtedy [...] stanowi podstawę dla zarzutów naruszenia art. 3 [u.z.n.k.], gdy daje przedsiębiorcy przewagę nad konkurentami. [...] Przewaga konkurencyjna pozostaje wówczas, gdy przedsiębiorca nie płaci podatków, ceł czy innych opłat ponoszonych przez innych przedsiębiorców, co umożliwia mu obniżanie cen lub kosztów (Kępiński M., 05P.2001.11.162, Glosa do wyroku SN z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00).*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy kreuje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w sytuacji, w której jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.03.2015 r. (KIO 309/15): *Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowi zaś, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepisy te nakładają zatem na zamawiającego obowiązek zbadania, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Rolą zaś Izby jest stwierdzenie w*

7

toku postępowania odwoławczego, czy badanie jakie przeprowadził zamawiający odpowiada prawu. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem, jakoby kwestia ta pozostaje poza kognicją Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 października 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę LeasingTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 12 października 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 14 października 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszone przystąpienia doręczone zostało Prezesowi

8

Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego:
(dowód nr 1) – opracowanie własne tabela złożony na okoliczność obalenia twierdzeń odwołującego dot. rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji (1 karta).

Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego:
(dowód nr 2) - oświadczenia osób, które zrezygnowały z zaproponowanej umowy o pracę na okoliczność wykazania, że osoby poszukują umów zlecenia, dodatkowego zarobku (17 kart),

(dowód nr 3) wyrok Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w Poznaniu z dnia 27.05.2015 r. sygn. akt VIII W 1017/14 na okoliczność wykazania, że Sąd uznał zasadność stosowania umowy zlecenia a nie umowy o pracę dla grup takich jak obecnie wskazuje ZTM w SIWZ.

Zamawiający za pismem z dnia 19 października 2015 roku przesłał *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołanie wnioskował o oddalenie odwołania na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby, wykonawca Outworkong Sp. z o.o., Sp. k. składając ofertę na realizację zamówienia, która ma być dokonywana na podstawie zawartej umowy wykonawczej, zawartej po zawarciu umowy ramowej ma prawo złożyć odwołanie zgodnie z postanowieniami ustawy w zakresie podejmowanych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Izba zaznacza, że dopiero na podstawie umowy wykonawczej dochodzi do realizacji zamówienia i nie sposób odmówić wykonawcy prawa ochrony jego praw na podstawie przepisów ustawy.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny

9

podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ustawy czytamy:

1. *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.*

Natomiast w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy czytamy: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu*

nieuczciwej konkurencji.

W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 3 ust. 1 - *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie*

10

twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie stosując procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, tzn. nie wzywając uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 3 917 163,78 zł (jest to wartość brutto. wartość na rbh i wartość nagród); 30 % wartości zamówienia wynosi 1 175 149,13 zł. W postępowaniu złożono ofertę nr 1 – 3 605 729,81 zł brutto (łącznie maksymalne wynagrodzenie brutto powiększone o 30% na nagrody) oraz ofertę nr 2 – 4 198 483,09 zł brutto (łącznie maksymalne wynagrodzenie brutto powiększone o 30% na nagrody). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 3 902 106,45 zł. Izba zaznacza, że Odwołujący nie kwestionował wyliczeń na jakie powoływał się Zamawiający jednocześnie wskazuje, że znajdują się one w dokumentacji postępowania. Z powyższych wyliczeń przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że cena oferty uczestnika postępowania odwoławczego nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia, bowiem jest niższa o 7,95 %, jak również nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, bowiem wartość oferty stanowi 92,40% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert a zatem niższa jest o 7,6%.

W rozpoznawanej sprawie za kluczowy należy uznać zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Zarzut niewezwania wykonawców do złożenia

11

wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy jest innym zarzutem niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z

8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Ustawodawca obecnie w art. 90 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami. Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena oferty ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość Zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi

12

przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów. W rozpoznawanej sprawie, żadna z kwestionowanych ofert nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia jak również od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Odwołujący powinien był wykazać spełnienie wcześniej opisanych przesłanek, dowieść, że cena powinna wydawać się rażąco niska Zamawiającemu i budzić jego wątpliwości. Odwołujący w przedstawionej argumentacji na rozprawie skupił się na wskazaniu, że z postanowień SIWZ należy wywieść, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konieczność zatrudniania pracowników na umowę o pracę i wyliczenia przedstawione przez Zamawiającego (dowód nr 1) nie uwzględniają tego faktu, jak również nie uwzględniają faktu zmiany stawki minimalnego wynagrodzenia od 1 stycznia 2016 roku. Nadmienić należy w tym miejscu, że sam Odwołujący złożył ofertę, w której w formularzu oferty w punkcie 1.b) wskazał, że deklaruje zatrudnienie na pełen etat dla każdej z obsługi stanowisk ponad 75 %, a uczestnik postępowania odwoławczego zadeklarował 75,1%. Zaznaczyć również należy w tym miejscu, że zgodnie z SIWZ rozdział 12 Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający w punkcie II wskazał – Kryterium nr 2 - deklarowana liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na pełen etat delegowanych do świadczenia usług na rzecz ZTM w Poznaniu (dla każdej z obsługi stanowisk). W przypadku zadeklarowania zatrudnienia na poziomie 75% i więcej

wykonawca w tym kryterium otrzymywał 20 pkt, tj. maksymalną wartość, jednakże minimalny próg określony przez Zamawiającego to było 25%, natomiast powyżej 25% zatrudnienia na umowę o pracę można było uzyskać już punkty, których Zamawiający określił gradacją w zależności od zaoferowanego procentowego zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. W tym miejscu należy również wskazać, że Zamawiający w Rozdziale 3 SWIZ Opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 3.2 SWIZ wskazał między innymi na wymaganie

13

zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 25% osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na Usługi określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Uwzględniając powyższe postanowienia SWIZ oraz mając na uwadze, że sam Odwołujący również deklarował zatrudnienie powyżej 75% na umowę o pracę – nie sposób dojrzeć w złożonej ofercie informacji, że zatrudnienie na umowę o pracę będzie 100% w przypadku Odwołującego, co podawał na rozprawie – Izba uznała, że dla wszystkich uczestników tego postępowania jednoznaczne było, że wykonywanie usługi realizowane będzie częściowo, co najmniej w zakresie określonym w formularzu ofertowym z wykorzystaniem pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, a częściowo z wykorzystaniem umów zlecenia bądź innych form zgodnych z prawem. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że kryterium oceny ofert służy jedynie doborowi oferty a realizacja umowy stanowi odrębną, niepowiązaną okoliczność.

Znamiennym dla rozpoznania tej sprawy było również wyjaśnienie Odwołującego poczynione na rozprawie, który wskazał, że *realizacja usługi w kwocie określonej przez przystępującego możliwa jest tylko przy uwzględnieniu zatrudniania studentów i osób wykonujących pierwszą umowę w oparciu o umowę o pracę*, z powyższego bowiem wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący przyznał realność realizacji usługi za zaoferowaną kwotę przez uczestnika postępowania odwoławczego. Jednakże Odwołujący wskazał dalej: *przy czym w ocenie odwołującego jest to niezgodne z SIWZ ponieważ SIWZ przesądza o tym, że osoby mają być zatrudnione w oparciu o umowę o pracę*. Kryterium oceny stanowiło tylko odniesienie do potrzeby określenia punktacji, nie stanowiło elementu i dopuszczania innych rozwiązań niż umowa o pracę. W tym zakresie Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, bowiem uwzględniając powyżej poczynioną przez Izbę argumentację dodać należy, że sam Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWIZ – Opis przedmiotu zamówienia, na który powoływał się Odwołujący w trakcie rozprawy, powtórzył w punkcie 1.7 ponownie treści zamieszczone w punkcie 3.2 SWIZ, co do których Odwołujący w ogóle się nie odniósł. Brak odniesienia się Odwołującego do wszystkich postanowień SWIZ w tym Opisu przedmiotu zamówienia a nie tylko wybiórczo odpowiadających argumentacji Odwołującego pozwala twierdzić, że argumentacja ta została wysnuta przez Odwołującego jedynie na potrzeby tego postępowania odwoławczego, tym bardziej, że sam Odwołujący przyznał, że uwzględniając zatrudnienie na umowy zlecenie jak również zatrudnienie osób podejmujących pierwszą pracę pozwala uznać realność zaoferowanych przez uczestnika postępowania odwoławczego kwot.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie przedstawił argumentów, które potwierdziłyby zaistnienie przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy, które w efekcie prowadziłyby do konieczności przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia elementów

14

oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący winien był wykazać na podstawie złożonych ofert, że cena oferty złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego powinna była wydawać się Zamawiającemu rażąco niska i powinna była budzić jego wątpliwości. W ocenie Izby tego nie uczynił Odwołujący, a na tym powinien skupić swoją argumentację. Jednocześnie to Zamawiający odwołując się do dokumentacji postępowania jak również przedstawiając na rozprawie własną kalkulację (dowód nr 1) wykazał w ocenie Izby, że z należytą starannością zweryfikował ofertę złożoną przez uczestnika postępowania odwoławczego. Wyliczenia jakich dokonał Zamawiający oraz o których odwoływał się na rozprawie wskazują, że zaoferowane stawki godzinowe przy umowie o pracę przekraczają minimalne stawki wynagrodzenia. Zaznaczyć również należy, że zarówno Zamawiający jak i uczestnik postępowania odwoławczego wskazywali, że w przypadku osób do 26 roku,

studentów zatrudnionych na poszczególnych stanowiskach inne są składniki wynagrodzenia (składniki na ubezpieczenie społeczne studenta do 26 roku życia - 0%), co również nie było kwestionowane przez Odwołującego. Uczestnik postępowania odwoławczego zaznaczył również odwołując się do art. 6 ust 2 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, że dla zatrudnionych pracowników, dla których jest to pierwsza praca minimalne wynagrodzenie zgodnie z tą ustawą stanowi 80% minimalnego wynagrodzenia w danym roku. Natomiast odwołując się do przedstawionego zestawienia Zamawiającego (dowód nr 1) wykazał Zamawiający, że to nie tylko zlecenie realizacji zadań studentom i zatrudnianie pracowników z uwzględnieniem zatrudnienia jako pierwszej pracy pokazuje realność zaoferowanej kwoty, a powyższe możliwości zatrudniania i zlecenia usług poszerzają tylko zysk wykonawcy. Uczestnik postępowania odwoławczego złożył w trakcie rozprawy informacje pozyskane od osób, które oświadczyły, że rezygnują z zaproponowanych umów o pracę (dowód nr 2) oraz wyjaśnił, że osoby te, jak i inne niewymienione w tych dokumentach odmawiają podpisania umowy o pracę z uwagi na to, że osoby te poszukują dodatkowego zatrudnienia na umowy zlecenie w porach nocnych bądź w weekendy, jak również są to osoby zatrudnione na umowę o pracę w innych podmiotach oraz studenci. Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił również w celu wykazania zasadności stosowania umowy zlecenia a nie umowy o pracę dla grup stanowisk takich jak obecnie wskazuje Zamawiający w SIWZ wyrok Sądu Rejonowego z dnia 27 maja 2015 roku, sygn. akt VIII W 1071/14 (dowód nr 3). Odwołujący budując zarzutu odwołania podniósł w pierwszej kolejności naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia uznając tym samym, że Zamawiający nie dokonał czynności, która w ocenie Odwołującego była niezbędna (jednakże w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał tej niezbędności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływa

15

na wysokość ceny). Odwołujący wskazując na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy jako zarzut ewentualny wskazywał na dokonanie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w sposób nieprawidłowy tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wskazywane przez Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny skierowane przez Zamawiającego do uczestnika postępowania odwoławczego dokonane zostało po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że *w obecnej sytuacji politycznej jest zmuszony podjąć działania w zakresie każdej interwencji społecznej i nie może pozostawiać ich bez rozpoznania stąd skierowane pismo do przystępującego. Dodaje również, że pismo odwołującego z 30.09.2015 r. nie mogło stanowić podstawy do automatycznego uchylecia decyzji Zamawiającego.* Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w trakcie rozprawy, że *wezwanie Zamawiającego z 01.10.2015 r. nie traktował jako wezwania do wyjaśniania zaoferowanej ceny, czyli nie traktował jako wezwania z art. 90 Pzp. Jednakże uznał konieczność wyjaśniania zaoferowanej kwoty ale nie dlatego, że Zamawiający miał wątpliwości lecz dlatego, że załączył do pisma stanowisko odwołującego i poprosił o zajęcie stanowiska przez przystępującego.* Zaznaczyć należy w tym miejscu, że Zamawiający informację o wyborze oferty podał w dniu 30 września 2015 rok. W ocenie Izby nie sposób uznać w obliczu tak przedstawionej argumentacji, że skierowany do uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 1 października 2015 roku e-mail stanowił pismo w postępowaniu wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny, które poczynione było zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy. Zaznaczyć należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny może rodzić daleko idące konsekwencje po stronie wykonawcy, do którego jest kierowane, oraz stanowi doniosłą czynność w postępowaniu na etapie badania ofert. Trudno uznać wiadomość przesłaną emailem, sygnowaną jedynie w emailu przez osobę z Działu zamówień publicznych za wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie ustawowym, tym bardziej, że samo przesłanie wiadomości do uczestnika postępowania odwoławczego dokonane było po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający skierował do wykonawcy emaila a wykonawca odpowiedział, niemniej nie każdej takiej wiadomości można przyporządkować charakter wiadomości w postępowaniu, tak jak w tym przypadku. Izba wskazuje w tym miejscu, że przy uwzględnieniu celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający może dokonać

samokontroli postępowania, jednakże w ocenie Izby, dokonanie takiej samokontroli musi rozpocząć się od uzewnętrznienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej a dopiero później następują czynności mające na celu ponowne badanie i ocenę ofert.

16

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty nr 1 jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo ustalenia, że wykonawca zamierza naruszyć przepisy Kodeksu pracy czym zwiększa atrakcyjność swojej oferty naruszając tym samym interesy Odwołującego. Izba wskazuje, że odwołanie zawierało zarazem naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy jak również wskazane powyżej naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przy takiej konstrukcji odwołania wyłącznie jeden z tych zarzutów mógł potencjalnie okazać się zasadny. Jak zostało wykazane powyżej Izba nie podzieliła zasadności zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, niemożliwe jest zatem aby mógł znaleźć potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powody rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TS UE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Nadal pozostaje aktualne stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 w którym czytamy: *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*

W uzasadnieniu odwołania Odwołując wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się w uzasadnieniu również na art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.). Izba wskazuje, że *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

17

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie odnosząc się od innych przepisów wymienionej wcześniej ustawy. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedno i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów* (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, 2006). Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc klauzulę generalną wymaga od powołującego się na jej naruszenie szczególnego wykazania przesłanek umożliwiających dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, gdy zarzut budowany jest w oparciu o

naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał na naruszenie ww. przepisów z uwagi na zatrudnianie osób na takim samym stanowisku zarówno na umowę o pracę, jak i umowy cywilnoprawne, co stanowi naruszenie Kodeksu pracy oraz zasad równego traktowania w zatrudnieniu jak również zostało spenalizowane jako wykroczenie. Zaznaczyć należy, że uczestnik postępowania odwoławczego wskazał (dowód nr 3), że realizacja zadań na określonych przez Zamawiającego stanowiskach może być wykonywana na podstawie umów cywilnoprawnych. Izba podtrzymuje argumentację zawartą we wcześniejszej części uzasadnienia, że wolą Zamawiającego była możliwość zatrudniania na umowy o pracę oraz umowy cywilnoprawne co znalazło wyraz w SWIZ, kryteriach oceny ofert jak również złożonych przez wykonawców ofertach, w tym ofercie Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:

18

19