

WYROK

z dnia 2 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe T.C. T.J.T. sp. j. w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu oraz Impel Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego przepisu art.

89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w piśmie zamawiającego z 6 września 2018 r.,

2. kosztami postępowania obciąża Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe T.C. T.J.T. sp. j. w Katowicach,

2.2. zasądza od Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowego T.C. T.J.T. sp. j. w Katowicach kwotę 18.037 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy trzydziestu siedmiu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Zamawiający - Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „całodobowa ochrona osób i mienia na terenie obiektów Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 lipca 2018 r., nr 2018/S 136-311573.

6 września 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy Przedsiębiorstwu Usługowemu T.C. T.J.T. sp. j. w Katowicach, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł 17 września 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia i załączył dowody, które nie potwierdzają, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wynika, iż zamawiający w efekcie zbyt ogólnego wezwania do wyjaśnienia ceny powziął dalsze wątpliwości co do tego, czy cena oferty odwołującego jest na pewno rażąco niska, ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez bezzasadne wezwanie odwołującego do wyjaśnienia ceny w sytuacji, kiedy z kalkulacji ceny, za którą wykonawca ma zrealizować zamówienie wynika, że nie należy jej kwalifikować jako rażąco niskiej;
- 4) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością odrzucenia jego oferty. W ocenie odwołującego treść wyjaśnień oraz załączonych dowodów nie daje podstaw do kwestionowania rzetelności kalkulacji ceny oferty. Odwołujący podał w pierwszych wyjaśnieniach poszczególne grupy kosztów oraz czynniki indywidualizujące jego sposób obliczenia ceny oferty. Informacje podawane zamawiającemu były konkretne i szczegółowe. Argumentował, że również w odpowiedzi na wezwanie z 27 sierpnia 2018 r. udzielił zamawiającemu oczekiwanych informacji. Odwołujący podważając decyzję zamawiającego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazał, iż możliwość stwierdzenia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się do kwestii dowodowych. Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy Pzp i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Argumentował, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Powołując się na orzecznictwo Izby i sądów okręgowych wskazywał, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Wywodził, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Podnosił, że cena rażąco niska to cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Odwołujący powołując się na art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wywodził, iż punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, powinno być przede wszystkim: ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, powiększona o VAT, a także średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych przez wykonawców. Podnosił, że w znowelizowanym brzmieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uprawniał zamawiającego do badania istotnych części składowych cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców. Oznacza to, że w przypadku gdy cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wyliczona została na kwotę 35.109.715,20 zł. Natomiast zgodnie z informacją z otwarcia ofert zamawiający na realizację przedsięwzięcia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 43.184.949,70 zł brutto (czyli wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT). W ramach prowadzonego postępowania, ceny brutto złożonych ofert kształtowały się następująco: konsorcjum Impel Facility Services sp. z o.o. Wrocław - 36.352.703,92 zł, konsorcjum Konsalnet Ochrona sp. z o.o. Warszawa - 47.224.139,02 zł, odwołujący - 31.088.866,77 zł. Argumentował, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o co najmniej 30%. W związku z powyższym wskazywał, iż porównanie ceny odwołującego z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia podejrzenia, że cena zaoferowana przez odwołującego jest rażąco niska. Podnosił, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną znacznie zaniżoną ani w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców, ale przede wszystkim nie pozostaje w znacznej dysproporcji w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia powiększonego o należny podatek VAT. W konsekwencji trudno uznać za prawidłowe działanie zamawiającego, który w tym przypadku, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W ocenie odwołującego zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych do skierowania takiego wezwania.

Wątpliwości w tej kwestii potwierdzają informacje uzyskane przez odwołującego od zamawiającego dotyczące ceny, za którą konsorcjum w składzie Impel Facility Services sp. z o.o. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. oraz Gwarant Agencja Ochrony S.A., na podstawie umowy zawartej w dniu 22 września 2015 r., obecnie świadczy usługę całodobowej fizycznej ochrony mienia i osób na terenie działania Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Cena, za którą ten wykonawca świadczy usługę była w okresie trwania umowy waloryzowana zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp i od dnia 1 stycznia 2018 r. wynosi:

- > w zakresie pakietu nr 1 -14,21 zł netto;
- > w zakresie pakietu nr 2 - 15,78zł netto;
- > w zakresie pakietu nr 3 -15,13zł netto.

Zgodnie z obliczeniami odwołującego średnia wartość 1 rbg w 2018 roku wynosiła 14,84 zł. Różnica pomiędzy stawką, za którą wykonawca obecnie świadczy tożsamą usługę a stawką zaoferowaną przez odwołującego tj. 14,47 zł nie jest rażąca. Powyższe różnice cenowe nie powinny zatem wzbudzić zasadnych wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 6 września 2018 r. przesłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu uznając, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zgadzał się z decyzją i argumentacją zamawiającego w niej zawartą, ponieważ zamawiający popełnił szereg błędów w analizie wyjaśnień odwołującego oraz w uzasadnieniu odrzucenia. Odwołujący wskazał, że pomimo wątpliwości w kwestii zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień, odwołujący przedstawił w nich sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. W piśmie został opisany również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych (dofinansowanie PFRON, faktury, umowy z podwykonawcami), którymi odwołujący dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Odwołujący wyrażał przekonanie, że zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta złożona przez odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie niebagatelnym zysku.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał własnej analizy, w wyniku której doszedł do identycznych wyliczeń stawki godzinowej netto, co odwołujący, jednakże z mniejszym zyskiem, który wg zamawiającego wyniesie 0,30 zł za 1 godzinę, co daje kwotę miesięczną w wysokości 12.364,27 zł, a w skali 36 miesięcy 445.113,72 zł. Jest to zadowalający wynik dla każdej firmy ochroniarskiej w Polsce.

Ponadto odwołujący podniósł, że wyliczenia zamawiającego obarczone są następującymi błędami:

1. Tabela przedstawiająca wyliczenie dodatku nocnego zawiera błędne wyliczenie udziału godzin nocnych w normie przypadającej na dzień roboczy ponieważ:

- średnia dobową liczbą rbg wynosi 1 364 godzin,
- średnia dobową liczbą godzin nocnych wynosi 432 godziny,
- średnio na roboczodniówkę przypada 7,68 godziny nocne

Wobec powyższego tabela powinna zawierać następujące wyliczenia:

Rok	Średnia wysokość dodatku nocnego	Wysokość dodatku nocnego 1 roboczogodzinie	Stawka 1 roboczogodziny z dodatkiem nocnym
2018	2,51 (2100 : 167,33 x 20%)	0,80 (2,51 : 24 h x 7,68)	13,35
2019	2,65 (2217 : 167,77 x 20%)	0,85 (2,65 : 24h x 7,68)	14,10

Płaca brutto z dodatkiem nocnym powinna wynieść 13,90 zł

98 dni w roku 2018 x 13,35 zł = 1 308,30 zł,

267 dni w roku 2019 x 14,10 zł = 3 764,70 zł,

łącznie 5 073,00 zł : 365 = 13,90 zł.

2. Sposób wyliczenia urlopu przedstawiony przez odwołującego jest prawidłowy ponieważ wynika z założeń, które zostały poczynione na etapie kalkulacji oferty oraz z dokonanej wizji przed złożeniem oferty. Niestuszenie zamawiający posiłkuje się dokumentem, który miał jedynie udowodnić fakt korzystania z dofinansowań z PFRON-u do zatrudnionych na dzień dzisiejszy osób niepełnosprawnych. Z dokumentu tego nie wynika wymiar urlopu. Prawo do urlopu dodatkowego pracownik otrzymuje po roku pracy od dnia zaliczenia go do danego stopnia niepełnosprawności, więc posiadanie danego stopnia nie jest jednoznaczne z wyższym wymiarem urlopu. Na etapie kalkulacji odwołujący przyjął pewną strukturę zatrudnienia, bezpieczną i realną i na tej podstawie dokonał obliczeń.

3. Odnosząc się do kosztów wyposażenia grupy patrolowej i interwencyjnej, to w punkcie ad 7. „Koszt podjazdów grupy interwencyjnej” wkradła się pomyłka, ponieważ podczas przepisywania wklejono akapit z Wariantu II.

W Wariantcie I powinno być 45 obiektów:

- 45 obiektów x 30,00 zł x 36 miesięcy = 48 600,00 zł; 1 483 712 rbg = 0,03 zł

Razem z kosztami grupy patrolowej daje to kwotę 0,05 zł.

Tabela kalkulacyjna zamawiającego po korekcie

	Składniki stawki godzinowej	Zl/rbg
1.	Płaca brutto z dodatkiem nocnym	13,90
2	Płaca urlopową	1,72
3	ZUS (19,74%)	3,08
4	RAZEM	18,70
5	Umundurowanie	0,08
6	Wyposażenie grupy patrolowej i grupy interwencyjnej	0,05

7	RAZEM	18,83
8	Koszty ogólnozakładowe	1,88
9	Zysk	0,55
10	RAZEM	21,26
11	Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych	6,79
12	RAZEM	14,47

Odwołujący podniósł, że po korekcie zysk do 1 roboczogodziny wyniesie 0,55 zł, co w skali miesiąca daje kwotę 22.667,82 złotych. (41 214,22 rbg x 0,55 zł). Jest to bardzo dobry zysk pozwalający odwołującemu na utrzymanie płynności finansowej oraz na inwestycje. Zysk jest przedstawiony jako zysk brutto. Zamawiający nie pytał o wysokość podatku dochodowego, który wynosi 19% zysku brutto po odliczeniu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych współników, co daje 18,60% podatku, który jest co miesiąc wpłacany na konto II Urzędu Skarbowego w Katowicach.

Odwołujący argumentował, że koszty absencji chorobowych, szkoleń BHP, szkoleń zawodowych, badań lekarskich, naliczania płac, obsługi kadrowej i księgowej, administracyjne oraz inne mogące mieć związek ze zmianą ustawodawstwa zostały wyliczone w pozycji „Koszty ogólnozakładowe” w wysokości 1,88 za 1 roboczogodzinę, co przy średniomiesięcznej liczbie godzin wynoszącej 41.214,20 daje kwotę 77.482,70 zł. Jest to bardzo wysoka kwota zawierająca sporą rezerwę i pozwalająca na zachowanie płynności finansowej oraz wypłacalności w stosunku do pracowników, ZUS i Urzędu Skarbowego. Zastosowany narzut kosztów ogólnozakładowych został wyliczony na podstawie sprawozdań finansowych spółki, która działa w branży ochrony od 1990 roku. Przez te wszystkie lata odwołujący osiągał zyski z działalności, a podatki regularnie odprowadzał do Urzędu Skarbowego.

Odwołujący argumentował, że zamawiający nie pytał o wysokość płaconego przez wykonawcę podatku dochodowego, a także nie oczekiwał pełnej informacji o kosztach dodatkowych np. ryzyk a zatem ich brak w wyjaśnieniach szczegółowych nie mógł jeszcze przesądzać o ocenie wyjaśnień, jako niedostatecznych. Wywodził, że nie ma także przeszkód dla wielokrotnego wzywania wykonawcy do udzielania wyjaśnień związanych z wyliczeniem ceny realizacji zamówienia. Zamawiający może żądać doprecyzowania lub poszerzenia informacji przekazanych przez wykonawcę w uprzednio przedstawionych wyjaśnieniach.

Odwołujący podniósł, że udowodnił, iż oferowana przez niego cena nie jest w żadnym wypadku rażąco niską co wykazano przedstawiając wyliczenia w zakresie kosztów pracy, kosztów wynikających z prawa pracy i zabezpieczeniu społecznym, kosztów umundurowania, kosztów wyposażenia, kosztów dojazdu grup patrolowych, kosztów dojazdu grup interwencyjnych, kosztów pośrednich i pomocy publicznej. Co istotne dla wyjaśnień załączone zostały dowody, które powinny czynić założenia wykonawcy realnymi w tym przede wszystkim możliwy do osiągnięcia zysk na poziomie powyżej wykazanym. Na ocenę zamawiającego nie powinna mieć wpływu okoliczność wskazana przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu, ponieważ nawet gdyby przyjąć, iż była różnica w wyliczeniach to nie powinno to stanowić jednak przeszkody do tego, aby ocenić wyjaśnienia w zakresie w jakim zostały złożone zamawiającemu, gdyż z uwagi na założony przez odwołującego poziom zysku nadal nie było podstaw do przyjęcia, iż zamówienie zostało skalkulowane poniżej kosztów realizacji. Zamawiający nie kwestionował pozostałych założeń, w tym dowodów, które dawały obraz warunków finansowania przedsięwzięcia. Nie wskazał również, aby dodatkowe koszty (błędne wyliczenia obniżające zysk), jakie w jego ocenie wynikały z przedłożonej kalkulacji, powodowałyby faktycznie ten skutek, że zamówienie byłoby realizowane bez zysku i poniżej rzeczywistych kosztów.

Zamówienie jest duże wobec powyższego pozwala kalkulować na tzw. niskich marżach. Ponadto z uwagi na to, iż siedziba odwołującego znajduje się centralnie wobec obiektów do ochrony zamawiającego, pozwala nam to ograniczyć koszty dojazdów osób nadzorujących, grupy interwencyjnej i patrolowej oraz inspektora kontroli. Biorąc pod uwagę zakres, czas trwania umowy oraz wymagania zamawiającego cena odwołującego nie odbiega rażąco od cen oferowanych na rynku w podobnych zamówieniach publicznych, a także od cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu,

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin

ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu oraz Impel Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 27 sierpnia 2018 r. do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 28 sierpnia 2018 r., wezwanie zamawiającego z 30 sierpnia 2018 r. do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 31 sierpnia 2018 r., pismo zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z 6 września 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe przystępującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu oraz Impel Security Partner sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś była ona ofertą korzystniejszą od wybranej oferty przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkować mogło koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, czego efektem mogło być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpywało dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 35.109.715,20 zł netto. Wartość tę ustalono w dniu 9 lipca 2018 r. na podstawie analizy rynku (pkt 2.4. protokołu postępowania). Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 43.184.949,70 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 3 oferty:

- 1) przystępującego z ceną 36.352.703,92 zł,
- 2) konsorcjum Konsalnet Ochrona sp. z o.o. Warszawa - 47.224.139,02 zł,
- 3) odwołującego - 31,088,866,77 zł.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. W wezwaniu wskazał, że Cena złożonej oferty budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym proszę wyjaśnić czy cena Państwa oferty została skalkulowana przy uwzględnieniu wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia w szczególności:

- koszty pracy, uwzględniając postanowienia zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu tj.:

wszyscy pracownicy wykonujący czynności pracownika ochrony na posterunku stacjonarno/obchodowym oraz czynności pracownika ochrony na posterunku w Zespołach Domów Studenckich zatrudnieni są na podstawie umowy o pracę, pierwsza rewaloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy trwania umowy;

- koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym;
- koszty umundurowania;
- koszty wyposażenia;
- koszty dojazdów grup patrolowych;
- koszty dojazdów grup interwencyjnych;
- koszty pośrednie;
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wzywa do przedłożenia szczegółowej kalkulacji cenowej, wraz z podaniem liczby osób (etatów) zatrudnionych przy realizacji zamówienia, tak aby Zamawiający mógł dokonać weryfikacji przedstawionych wyliczeń.

Ustalono nadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 28 sierpnia 2018 r. Wskazał, że zaproponowana przez niego oferta zawiera wszelkie niezbędne składniki pozwalające na realizację zamówienia zgodnie z opisem przedmiotem zamówienia. Skierowane do pracy osoby będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a otrzymane dofinansowanie za osoby niepełnosprawne pozwala na realizację umowy w pierwszym roku za stawkę wynoszącą 14,47 złotych netto/rbg. Do pisma załączył kalkulację stawki za 1 rbg.

Założenia stawki za 1 rbg pracownika ochrony.

Założenia:

- stawka godzinowa z dodatkiem nocnym - 2018 r. - 13,32 zł netto
- stawka godzinowa z dodatkiem nocnym - 2019 r. - 1406 zł netto
- liczba roboczogodzin zamówienia podstawowego od 25.09.2018 r. do 24.09.2019 r. wynosi 94.570,67
- liczba roboczogodzin zamówienia opcjonalnego od 25.09.2018 r. do 24.09.2019 r. wynosi 87.680
- liczba pracowników ochrony niezbędnych do realizacji zamówienia w przeliczeniu na 1 pełny etat - 323 etaty.

Składniki stawki godzinowej ZI/rbg

1.	Płaca brutto z dodatkiem nocnym	13,86
2	Płaca urlopowa	1,71
3	ZUS (19,74%)	3,08
4	RAZEM	18,64
5	Umundurowanie	0,08
6	Wyposażenie grupy patrolowej i grupy interwencyjnej	0,05
7	RAZEM	18,77
8	Koszty ogólnozakładowe	1,88
9	Zysk	0,62
10	RAZEM	21,27
11	Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych	6,80
12	RAZEM	14,47

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, w

tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Wskazał, że przedstawiona przez Państwa kalkulacja stawki za 1 roboczogodzinę pozbawiona jest sposobu wyliczenia wykazanych kosztów. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do przedstawienia metodologii wyliczeń:

1. płacy brutto w podziale na rok 2018 i 2019,
2. dodatku nocnego w podziale na rok 2018 i 2019,
3. płacy urlopowej oraz wyjaśnienie co Państwo rozumieją pod tym pojęciem,
4. umundurowania,
5. wyposażenia,
6. grupy patrolowej,
7. grupy interwencyjnej,
8. kosztów ogólnozakładowych.

Jednocześnie proszę wskazać wysokość dofinansowania z podziałem na rodzaj i źródło dofinansowania (np. PFRON, pomoc de minimis, roboty publiczne, pomoc na zatrudnienie, dotacje celowe) oraz strukturę zatrudnienia i liczbę pracowników, dla których przyznana została pomoc publiczna.

Powyższe wyliczenia powinny być poparte dowodami, np.: dowód zakupu umundurowania, dowód zakupu wyposażenia, oferta lub umowa z podwykonawcą na podjazd grup patrolowych, oferta lub umowa z podwykonawcą na podjazd grup interwencyjnych, zaświadczenia podmiotów udzielających pomocy, decyzje administracyjne lub umowy. Z uwagi, że Zamawiający nie gwarantuje realizacji zamówienia opcjonalnego, proszę o przedstawienie kalkulacji w dwóch wariantach: dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył pismo z 31 sierpnia 2018 r. W piśmie tym przedstawił kalkulację stawki za 1 roboczogodzinę pracownika ochrony dla dwu wariantów (zamówienie podstawowe i opcjonalne).

Wariant I

Założenia

- stawka godzinowa brutto z dodatkiem nocnym - 2018 r. - 13,32 zł netto,
- stawka godzinowa brutto z dodatkiem nocnym - 2019 r. - 14,06 zł netto,
- liczba roboczogodzin zamówienia podstawowego od 25.09.2018 r. do 24.09.2019 r. wynosi 494 570,67
- liczba pracowników ochrony niezbędnych do realizacji zamówienia w przeliczeniu na 1 pełny etat - 280 etatów.

	Składniki stawki godzinowej	Zł/rbg
1.	Płaca brutto z dodatkiem nocnym	13,86
2	Płaca urlopową	1,71
3	ZUS (19,74%)	3,07
4	RAZEM	18,64
5	Umundurowanie	0,08
6	Wyposażenie grupy patrolowej i grupy interwencyjnej	0,05
7	RAZEM	18,77
8	Koszty ogólnozakładowe	1,88
9	Zysk	0,62
10	RAZEM	21,27
11	Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych	6,80
12	RAZEM	14,47

Ad. 1 Płaca brutto w podziale na rok 2018 i 2019

rok	Płaca minimalna	Średnia liczba godzin pracy	Średnia stawka godzinowa
2018	2100	167,33	12,55
2019	2217	167,33	13,25

Ad. 2 Dodatek nocny w podziale na rok 2018 i 2019

rok	Średnioroczna wysokość dodatku nocnego	Wysokość dodatku nocnego w 1	Stawka 1 roboczogodziny z
-----	--	------------------------------	---------------------------

		roboczogodzinie	dodatkiem nocnym
2018	2,32	0,77	13,32
2019	2,45	0,81	14,06

Ad. 3 Płaca urlopowa

W związku z faktem, że Zamawiający będzie rozliczał się z Wykonawcą wg faktycznie wypracowanych godzin oraz wymaga zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę, istnieje konieczność w kalkulowania w stawkę godzinową kosztów wynagrodzenia pracowników przebywających na urlopie. Założono, że 50% załogi będzie korzystało z urlopu w wymiarze 26 dni, a 50% z racji niepełnosprawności z urlopu w wymiarze 36 dni. Wobec powyższego średni wymiar urlopu wyniesie 31 dni na osobę zatrudnioną w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wyliczenie średniej godzinowej stawki urlopowej:

- 31 dni x 8 godzin - 248 godzin rocznie: 12 m-cy = 20,67 godzin miesięcznie (tyle średniomiesięcznie pracownik będzie przebywał na urlopie)
- 20,67 godzin x 13,86zł = 286,49 zł średni miesięczny koszt urlopu,
- 286,49 : 167,33 = 1,71 zł średni godzinowy koszt urlopu.

Ad 4. Kalkulacja kosztów umundurowania dla 1 pracownika ochrony.

Element umundurowania	Cena jednostkowa	wartość
Spodnie - 2 pary	69,00	138,00
Koszule 2 sztuki	49,00	98,00
Półbuty 1 para	60,00	60,00
Bluza / marynarka	75,00	75,00
krawat	15,00	15,00
czapka	13,50	13,50
identyfikator	0,50	0,50
	razem	400

280 osób x 400 zł = 112.000 zł.

112.000 zł : 1 483 712 godzin = 0,08 zł / godz.

W kalkulacji stawki godzinowej podano kwotę umundurowania w wysokości 0,08 zł w związku z ewentualną fluktuacją kadr.

Ad. 5

Koszt wyposażenia

Wyposażenie	Cena jednostkowa	wartość
System antynapadowy	102,00	6 630

Bezprzewodowe środki łączności 65 szt.	186,54	12 125
Lataarki 100 szt.	31,45	3 145
	razem	21 900

środki łączności zamortyzowane, do kalkulacji przyjęto ich wartość rynkową na dzień składania ofert

21 900,10zł: 1 483 712 godzin = 0,01 zł

Ad. 6 Koszt grup patrolowych

Koszt 1 podjazdu grupy patrolowej wynosi 20,00 zł netto.

1095 podjazdów x 20,00 zł : 21 900,00 zł : 1 483 712 godzin = 0,01 zł

Ad 7

Koszt podjazdu grupy interwencyjnej.

Koszt 1 podjazdu grupy interwencyjnej wynosi 30,00 zł netto od 1 obiektu.

50 obiektów x 30,00 zł x 36 miesięcy = 54 000,00 zł : 1 483 712 godzin = 0,04 zł

Ad 8. Koszty ogólnozakładowe.

Koszty ogólnozakładowe to minimalne koszty wynagrodzeń chorobowych, koszty badań lekarskich, koszty BHP, koszty obsługi księgowej, koszty administracji, telefonów, paliwa, dokumentacji, środków piśmiennych, środków czystości, wynagrodzenie kierownika grupy robót (koordynatora), koszty inspektora kontroli.

Przedsiębiorstwo nasze w kalkulacjach uwzględnia je jako narzut 10% od kosztów wynagrodzeń oraz umundurowania i wyposażenia stanowisk pracy.

PU. TOMBOR Sp. J. korzysta z dofinansowania PFRON-u do zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Wysokość dofinansowania została wyliczona następująco:

Stopień niepełnosprawności	Liczba etatów	Dofinansowanie miesięczne
Lekki	45	20 250,00
Lekki specjalny	8	8 400,00
Umiarkowany	189	212 625,00
Umiarkowany specjalny	14	24 150,00
Znaczny	8	14 400,00
Razem	264	279.825,00

Dofinansowanie miesięczne wynosi 279 825,00 zł : 41 214,22 godziny wypracowane w 1 miesiącu = 6,80 zł dopłaty do jednej roboczogodziny.

W piśmie przedstawiono też kalkulację dla wariantu II. Do pisma załączono kopie faktur, oferty, informacje o wysokości dofinansowania z PFRON.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 6 września 2018 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z okolicznościami, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu swej czynności wskazał, że przeanalizował przedstawione wyliczenia i stwierdza błędy. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję odniósł się do poszczególnych pozycji kosztowych przedstawionych przez Państwa w tabeli (bez opcji).

	Składniki stawki godzinowej	Z/rbg
1.	Płaca brutto z dodatkiem nocnym	13,86
2	Płaca urlopowa	1,71
3	ZUS (19,74%)	3,07
4	RAZEM	18,64
5	Umundurowanie	0,08
6	Wyposażenie grupy patrolowej i grupy interwencyjnej	0,05
7	RAZEM	18,77
8	Koszty ogólnozakładowe	1,88
9	Zysk	0,62
10	RAZEM	21,27
11	Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych	6,80
12	RAZEM	14,47

Odnosząc się do 1 (płaca brutto z dodatkiem nocnym) — błędnie wyliczyli Państwo dodatek nocny. W wyjaśnieniach wskazali:

rok	Średnioroczna wysokość dodatku nocnego	Wysokość dodatku nocnego w 1 roboczogodzinie	Stawka 1 roboczogodziny z dodatkiem nocnym
2018	2,32	0,77	13,32
2019	2,45	0,81	14,06

Wskazana przez Państwa stawka średnioroczna 2,32 zł w roku 2018 oraz 2,45 zł w roku 2019 jest niewłaściwa. Powinna wynosić 2,51 zł w roku 2018 ($2100 : 167,33 \times 20\%$) oraz 2,65 zł w roku 2019 ($2217 : 167,33 \times 20\%$). Wysokość dodatku nocnego w 1 roboczogodzinie oraz stawka 1 roboczogodziny z dodatkiem nocnym są wypadkową stawki średniorocznej, dlatego dalsze wyliczenia są nieprawidłowe. Zakładając sposób liczenia wskazany przez Państwa powinny wynosić:

rok	Średnioroczna wysokość dodatku nocnego	Wysokość dodatku nocnego w 1 roboczogodzinie	Stawka 1 roboczogodziny z dodatkiem nocnym
2018	2,51 ($2100 : 167,33 \times 20\%$)	0,84 ($2,51:24\text{h} \times 8\text{h}$)	13,39
2019	2,65 ($2217 : 167,33 \times 20\%$)	0,88 ($2,65:24\text{h} \times 8\text{h}$)	14,13

Przyjmując przedstawiony przez Państwa sposób liczenia, płaca brutto z dodatkiem nocnym powinna wynieść 13,93 zł, liczona w sposób: 98 dni w roku 2018 x stawka 13,39 1311,89 zł 267 dnia w roku 2019 x stawka 14,13 3773,60m zł łącznie 5085,49 zł : 365 dni 13,93 zł

Odnosząc się do poz. 2 (płaca Urlopowa) - błędnie założyli Państwo, że 50% załogi będzie korzystało z urlopu w wymiarze 26 dni, a 50% z racji niepełnosprawności z urlopu w wymiarze 36 dni bowiem w dalszej części wyjaśnień wykazali, że korzystają z dofinansowania PFRON-u do zatrudnienia osób niepełnosprawnych i wykazali, że otrzymują dofinansowanie dla 264 osób, z czego:

- 189 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności
- 14 osób z umiarkowanym specjalnym stopniem niepełnosprawności
- 8 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności.

Biorąc pod uwagę, że liczba osób wskazanych do realizacji zamówienia wynosi 280, to osób uprawnionych do korzystania z urlopu w dodatkowym wymiarze 10 dni jest 211, co stanowi 75,35%. Pozostała liczba osób 69 (24,64%) ma wymiar urlopu podstawowy. W związku z powyższym płaca urlopową powinna być wyliczona w następujący sposób:

$$\begin{aligned} 26 \text{ dni} \times 24,64 \% &= 6,41 \\ 36 \text{ dni} \times 75,35\% &= 27,13 \end{aligned}$$

Razem $33,54 \times 8 \text{ h urlopu} = 268,32 \text{ h}$ rocznie : 12 miesięcy = 22,36 h miesięcznie

$22,36 \text{ h} \times \text{stawka brutto } 13,93 \text{ zł} = 311,47 \text{ zł}$, dzieląc na średnią liczbę godzin w miesiącu

167,33 otrzymujemy dodatek urlopowy w wysokości 1,86 zł.

Odnosząc się do poz. 3 (ZUS 19.745) - w wyniku zmiany płacy brutto z dodatkiem nocnym oraz płacy urlopowej zmianie ulegną wyliczenia Wykonawcy.

$$13,93 \text{ zł} + 1,86 \text{ zł} = 15,79 \text{ zł}$$

$$15,79 \text{ zł} \times 19,74\% = 3,12 \text{ zł}$$

Odnosząc się do poz. 4 (RAZEM) — wykazali Państwo kwotę 18,64 zł ($13,86 + 1,71 + 3,07$), Zamawiający dokonał wyliczenia kwoty 18,91 zł ($13,93 + 1,86 + 3,12$)

Odnosząc się do poz. 5 (Umundurowanie) - Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń do przedstawionych wyliczeń.

Odnosząc się do poz. 6 (Wypożyczenie, grupy patrolowe i grupy interwencyjne) - Zamawiający stwierdza omyłkę rachunkową. Wykazali Państwo, że koszt wyposażenia wynosi 0,01 zł/rbg, koszt grup patrolowych wynosi 0,01 zł/rbg oraz koszt podjazdu grupy interwencyjnej wynosi 0,04 zł. Razem powinno być 0,06 zł/rbg natomiast w tabeli wykazali Państwo 0,05 zł.

Odnosząc się do poz. 7 (RAZEM) - wykazali Państwo kwotę 18,77 zł ($18,64 + 0,08 + 0,05$), Zamawiający dokonał wyliczenia kwoty 19,05 zł ($18,91 + 0,08 + 0,06$)

Odnosząc się do poz. 8 (Koszty ogólnozakładowe) — wyjaśnili Państwo, że w kalkulacjach uwzględniają koszty ogólnozakładowe jako narzut 10% od kosztów wynagrodzeń oraz umundurowania i wyposażenia stanowisk pracy i wykazali kwotę 1,88 zł ($18,77 \times 10\%$). Z uwagi, że zmianie uległy poszczególne pozycje kosztowe koszty ogólnozakładowe winny wynieść 1,91 zł ($19,05 \times 10\%$).

Odnosząc się do poz. 11 (Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych) dokonali Państwo błędnego wyliczenia kwoty 6,80 zł, dzieląc dofinansowanie w wysokości 279 825 zł przez średnią liczbę godzin ochrony w miesiącu 41214,22. Prawidłowy wynik to

6,79 zł.

Sumując wszystkie koszty (20,96 zł) oraz zakładając dofinansowanie na poziomie

6,79 zł oraz stawkę godzinową zaproponowaną w ofercie kwota 14,47 zł jako zysk

wykonawcy wyniesie 0,30 zł brutto, a nie jak wykazali Państwo 0,62 zł.

Ponadto należy zaznaczyć, że nie wykazali Państwo wysokości podatku dochodowego od osób fizycznych dlatego Zamawiający nie może ustalić zysku netto.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Zamawiającego Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poniższa tabela przedstawia wyliczenia

dokonane przez Zamawiającego:

	Składniki stawki godzinowej	Zł/rgb
1.	Płaca brutto z dodatkiem nocnym	13,93
2	Płaca urlopową	1,86
3	ZUS (19,74%)	3,12
4	RAZEM	18,91
5	Umundurowanie	0,08
6	Wyposażenie grupy patrolowej i grupy interwencyjnej	0,06
7	RAZEM	19,05
8	Koszty ogólnozakładowe	1,91
9	Zysk	0,30
10	RAZEM	21,26
11	Dofinansowanie do zatrudnionych osób niepełnosprawnych	6,79
12	RAZEM	14,47

Izba zważyła, co następuje.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4

ustawy Pzp z przyczyn wskazanych w piśmie zamawiającego z 6 września 2018 r.

Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzeczeniach Izby jednolicie za cenę rażąco niską uznaje się taką cenę, która nie pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia nie pokrywając kosztów jego realizacji. Wielokrotnie wskazywano także, że za cenę rażąco niską nie może być uznana taka cena, która pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia i zawiera minimalny choćby zysk.

Mając powyższe na uwadze przeanalizować należało uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, jakie zamawiający przesłał wykonawcy w piśmie z 6 września 2018 r. W uzasadnieniu tym zamawiający zakwestionował generalnie prawidłowość niektórych założeń i wyliczeń odwołującego poczynionych w jego kalkulacji, znajdującej się w piśmie z 31 sierpnia 2018 r. Co istotne jednak zamawiający zakwestionował złożoną kalkulację w ograniczonym zakresie. Mianowicie wątpliwości zamawiającego wzbudziły obliczenia odwołującego co do wysokości dodatku nocnego, obliczenia co do płacy urlopowej. Wykonawca miał też dopuścić się omyłek rachunkowych w pozycji wyposażenie, grupy patrolowe i grupy interwencyjne i omyłek arytmetycznych w pozycji 11. Podkreślenia wymagało jednak, że w konkluzji zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał, iż na skutek ww. omyłek zysk wykonawcy wyniesie 0,30 zł brutto, a nie 0,62 zł, jak obliczył odwołujący. Takie wyłącznie ustalenia zamawiającego doprowadziły go do wniosku o konieczności odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie zakwestionował pozostałych pozycji wyceny. Nie twierdził też, że wykonawca miał nie ująć w swej cenie ofertowej jakichś kosztów czy ryzyk. Nie utrzymywał również, że odwołujący przy realizacji zamówienia poniesie jakąkolwiek stratę. Wręcz przeciwnie, wprost wskazał, że wykonawca realizując zamówienie osiągnie zysk, tylko do końca nie wiadomo jaki, bo w wyjaśnieniach podano tylko zysk brutto (przed opodatkowaniem). Rację ma zatem odwołując utrzymując w odwołaniu, że zamawiający nie wskazał również, aby dodatkowe koszty (błędne wyliczenia obniżające zysk), jakie w jego ocenie wynikały z przedłożonej kalkulacji, powodowałyby faktycznie ten skutek, że zamówienie byłoby realizowane bez zysku i poniżej rzeczywistych kosztów.

Tak uzasadnioną czynność odrzucenia swej oferty odwołujący zakwestionował w odwołaniu wniesionym do Izby. Izba rozpoznała odwołanie i stwierdziła, że zakwestionowana w odwołaniu czynność odrzucenia, uzasadniona w piśmie z 6 września 2018 r., nie odpowiada prawu.

Czynność zamawiającego okazała się nieprawidłowa już wyłącznie z tego powodu,

że - jak wyjaśniono wcześniej - cena oferty gwarantująca wykonawcy zysk na danym

kontrakcie, nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający przyznał wyraźnie i jednoznacznie, że wykonawca na zamówieniu osiągnie zysk. Wobec powyższego czynność odrzucenia należało uznać za wadliwą, niezależnie od popełnienia bądź niepopełnienia błędów w kalkulacji, które zdaniem zamawiającego miały obniżyć zysk wykonawcy z kwoty 0,62 zł do 0,30 zł za rbg.

Dostrzec należało, że zamawiający i przystępujący po jego stronie w złożonych pismach procesowych i w trakcie ustnej wypowiedzi na rozprawie wskazywali na dalsze, kolejne powody odrzucenia oferty odwołującego, niewyartykułowane w piśmie z 6 września 2018 r. Przykładowo zamawiający w odpowiedzi i przystępujący w swym piśmie argumentowali, że odwołujący w swej cenie miał nie skalkulować ryzyka absencji chorobowej swych pracowników. Zdaniem zamawiającego gdyby wykonawca uwzględnił w kalkulacji tego rodzaju koszty, to realizowałby zamówienie ze stratą, gdyż jest to taki poziom kosztu, który miał zerować wykazany przez wykonawcę zysk. W odpowiedzi zamawiający podał nawet wysokość wyliczonej straty.

Taką argumentację z oczywistych względów należało uznać za zupełnie nowe, dodatkowe podstawy odrzucenia oferty odwołującego, z którymi wykonawca nie mógł polemizować w odwołaniu, gdyż ich nie znał. Zarzutów wobec tych podstaw nie mógł zaś skutecznie formułować w trakcie rozprawy, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Skoro odwołujący nie może odnosić się do tej podstawy odrzucenia, to sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron postępowania odwoławczego byłoby pozwienie zamawiającemu na rozszerzenie podstaw odrzucenia oferty w toku postępowania odwoławczego. Wobec powyższego pominięto przy wyrokowaniu argumentację zamawiającego i przystępującego, stanowiącą nowe podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego z przyczyn wskazanych w piśmie z 6 września 2018 r. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp przez bezzasadne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący argumentował, że cena jego oferty nie różniła się o więcej niż 30 % od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w postępowaniu ani od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. Rzeczywiście, cena oferty odwołującego nie odbiegała od obu podstaw odniesienia o więcej niż 30 %. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień nie tylko w okolicznościach, o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp, gdzie faktycznie wspomina się o różnicach tego rzędu jako podstawie do skierowania wezwania. Lektura przepisu art. 90 ust. 1 Pzp prowadzi do wniosku, zamawiający został wyposażony w generalne prawo skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień także wtedy, jeśli cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. W analizowanej sprawie różnica między ceną odwołującego a wartością szacunkową powiększoną o VAT a także średnią arytmetyczną zbliżała się do ustawowego progu, więc choćby już z tego względu zamawiający miał prawo, aby skierować do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie skierowania do odwołującego kolejnego wezwania. Stwierdzono, że zamawiający kierował już dwukrotnie wezwania do odwołującego, które okazały się prawidłowe.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywarło lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający z naruszeniem dyspozycji tego przepisu odrzucił ofertę odwołującego, która mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. W analizowanym postępowaniu zamawiający 24 września 2018 r. zawarł już z przystępującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stało się to w okolicznościach dopuszczonych w art. 183 ustawy Pzp. Zamawiający zawarł bowiem umowę w sprawie zamówienia po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy postanowieniem z dnia 24 września 2018 r. Ponieważ w tej sprawie umowa w sprawie zamówienia została zawarta i stało się w sposób zgodny z ustawą, Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 6 września 2018 r.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei

w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: