

WYROK
z dnia 9 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 3) IPSP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 4) ISP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 5) Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 6) ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, adres do korespondencji: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 3) IPSP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 4) ISP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 5) Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 6) ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 3) IPSP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 4) ISP Security Partner sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 5) Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 6) ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, tytułem wpisu od odwołania;

1

Wrocławiu, 5) Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, 6) ITM Poland S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Ochrona osób, terenów, obiektów, urządzeń oraz mienia*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2016 r. pod numerem 2016/S 174-312519.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadań numer 5, 6 i 7 wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia publicznego: BASMA Security sp. z o.o., CERBER Security sp. z o.o., STEKOP S.A. (dalej „Konsorcjum BASMA”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 1, 3, 4 i 6 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Konsorcjum BASMA jako niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską ceną, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 4 i 6 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący stwierdził, iż oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji

3

zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku” (sygn. wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 560/12). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez Wykonawcę cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia” (sygn. akt: wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 676/12).

Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdził, iż podstawowym zarzutem wobec ceny zaproponowanej w ofercie wybranego Wykonawcy jest zaproponowanie stawek roboczogodzin w zadaniu nr 5 poniżej stawki 15,58 zł w 2016 r. i poniżej stawki 16,81 zł w 2017 r., a w zadaniu nr 6 i nr 7 poniżej stawki 15,58 zł w 2016 r. i poniżej stawki 17,61 zł w 2017 r. w sytuacji, gdy z postanowień SIWZ i odpowiedzi na pytania wynika wymóg zatrudnienia pracowników do realizacji czynności ochrony wyłącznie na podstawie umowy o pracę, całkowity zakaz zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych (Opis przedmiotu zamówienia w rozdziale III.6 - Warunki realizacji zamówienia) oraz czas trwania zmiany pracowników ochrony SUFO - 12 godzin. Wykonawca nie może zatem, zdaniem Odwołującego, zatrudnić pracowników na umowę zlecenie ani w systemie, tzw. mieszanym, tj. umowa o pracę/umowa zlecenie, ani też skorzystać z osób niepełnosprawnych, co pozwalałoby mu na obniżenie kosztów pracy o kwotę dofinansowania z PFRON.

Wobec tego, w ocenie Odwołującego, zaoferowanie przez wybranego Wykonawcę stawek niższych od powyżej przedstawionych stawek minimalnych, z uwzględnieniem wytycznych zawartych w SIWZ, w świetle obowiązujących przepisów prawa oraz opisu przedmiotu zamówienia, stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji.

Zadanie 5 Stawka Ilość Ilość Podatek Brutto Wartość oferty

rbh rbh miesięcy VAT Konsorcjum

BASMA

15,58 399 1 23% 7.646,20

16,81 399 11 90.748,28

Suma 98.394,48 97.558,06

Zadanie 6 Stawka Ilość Ilość Podatek Brutto Wartość oferty

rbh rbh miesięcy VAT Konsorcjum

BASMA

15,58 1870 1 23% 35.835,56

17,61 1870 11 445.552,37

Suma 481.387,93 458.261,10

4

Zadanie 7 Stawka Ilość Ilość Podatek Brutto Wartość oferty
rbh rbh miesięcy VAT Konsorcjum

BASMA

15,58 730 1 23% 13.989,28

17,61 730 11 173.932,21

Suma 187.921,49

Odwolujący podał, że w zakresie zadani nr 5, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pkt 2.7 oraz harmonogramem godzin pracy, obsada posterunków występuje tylko w porze dziennej, a zatem kalkulacja podstawowej (minimalnej) stawki kosztowej dla 2016/17 kształtuje się w następujący sposób:

Zestawienie składników kosztu roboczogodziny pracodawcy dla umów o pracę bez godzin nocnych

L.p. Opis Pozycja Umowa o pracę Umowa o pracę

2017 r. 2016 r.

- 1 (1) Wynagrodzenie netto 1460 1355
(10) – (3) – (4) – (5) – (8) – (9) – ((6) – (9))
- 2 20% (2) Koszty uzyskania przychodu 111 111
111,25 lub [(10) – (3) – (4) – (5)]*0,2
- 3 9,76% (3) ZUS emerytalne – 9,76% 195 181
(10)*9,76%
- 4 1,50% (4) ZUS rentowe – 1,5% 30 28
(10)*1,5%
- 5 2,45% (5) ZUS chorobowe – 2,45% 49 45
(10)*2,45%
- 6 9% (6) ZUS zdrowotne – 9% 155 144
[(10) – (3) – (4) – (5)]*9%
- 7 (7) Podstawa opodatkowania 1615 1485
(10) – (2) – (3) – (4) – (5)
- 8 18% (8) Podatek 111 97
[(7)*18%] – (9)
- 9 7,75% (9) Składki zdrowotne – 7,75% 134 124
(podlegające odliczeniu)
[(10) – (3) – (4) – (5)]*7,75%
- 10 (10)Wynagrodzenie brutto 2000 1850**
(1) + (3) + (4) + (5) + (6) + (8)
- 11 9,76% (11) ZUS emerytalne – 9,76% 195 181

5

- (10)*9,76%
- 12 6,50% (12) ZUS rentowe – 6,5% 130 120
(10)*6,5%
- 13 0,93% (13) ZUS wypadkowe – 0,93% 19 17
(10)*0,93%
- 14 2,45% (14) ZUS Fundusz Pracy – 2,45% 49 45
(10)*2,45%
- 15 0,10% (15) ZUS FGŚP – 0,10% 2 2
(10)*0,10%
- 16 (16) Koszt (zatrudnienia) 2.395 2.215
(10) + (11) + (12) + (13) + (14) + (15)
- 17 (17) Normatyw 145 145
(145,25 rbh)
- 18 (18) Stawka rbh 16,52 15,28

	(16)/(17)
19 17,33 (19) Urlopowe 286 265	(17,33 rbg)
20 5,41 (20) Chorobowe 89 83	(5,42 rbg)
21 56 (21) Nocne 0	(56 rbg)
22 (22) Koszty HR 50 50	(medycyna pracy, obsługa, BHP, ZFŚS)
23 (23) Koszt razem 2.820 2.613	(16) + (19) + (20) + (21) + (22)
24 168 (24) Stawka rgb 16,81 15,58	(23)/(168 rbg)

Odwolujący podał, że w zakresie zadań nr 6 i 7, zgodnie z zapisami SMWZ i udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami, wyliczenie realnego kosztu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przedstawia się następująco:

Zestawienie składników stawki kosztowej dla umów o pracę

L.p. Opis Pozycja Umowa o pracę Umowa o pracę

2017 r. 2016 r.

1 (1) Wynagrodzenie netto 1460 1355
(10) – (3) – (4) – (5) – (8) – (9) – ((6) – (9))

6

2 20% (2) Koszty uzyskania przychodu 111 111
111,25 lub $[(10) - (3) - (4) - (5)] * 0,2$

3 9,76% (3) ZUS emerytalne – 9,76% 195 181
 $(10) * 9,76\%$

4 1,50% (4) ZUS rentowe – 1,5% 30 28
 $(10) * 1,5\%$

5 2,45% (5) ZUS chorobowe – 2,45% 49 45
 $(10) * 2,45\%$

6 9% (6) ZUS zdrowotne – 9% 155 144
 $[(10) - (3) - (4) - (5)] * 9\%$

7 (7) Podstawa opodatkowania 1615 1485
 $(10) - (2) - (3) - (4) - (5)$

8 111 97 18% (8) Podatek
 $[(7) * 18\%] - (9)$

9 134 124 7,75% (9) Składki zdrowotne – 7,75%
(podlegające odliczeniu)
 $[(10) - (3) - (4) - (5)] * 7,75\%$

10 (10)Wynagrodzenie brutto 2000 1850
(2) + (3) + (4) + (5) + (6) + (8)

11 9,76% (11) ZUS emerytalne – 9,76% 195 181
 $(10) * 9,76\%$

12 6,50% (12) ZUS rentowe – 6,5% 130 120
 $(10) * 6,5\%$

13 0,93% (13) ZUS wypadkowe – 0,93% 19 17
 $(10) * 0,93\%$

14 2,45% (14) ZUS Fundusz Pracy – 2,45% 49 45
 $(10) * 2,45\%$

15 0,10% (15) ZUS FGŚP – 0,10% 2 2
 $(10) * 0,10\%$

16 (16) Koszt (zatrudnienia) 2.395 2.215
 $(10) + (11) + (12) + (13) + (14) + (15)$

17 (17) Normatyw 145 145

	(145,25 rbg)
18 (18) Stawka rbg 16,52 15,28	
	(16)/(17)
19 17,33 (19) Urlopowe 286 265	
	(17,33 rbg)
20 5,41 (20) Chorobowe 89 83	
	(5,42 rbg)

7

21 56 (21) Nocne 133 0	
	(56 rbg)
22 (22) Koszty HR 50 50	
	(medycyna pracy, obsługa, BHP, ZFSS)
23 (11) Koszt razem 2.953 2.613	
	(16) + (19) + (20) + (21) + (22)
24 168 (12) Stawka rgb 17,61 15,58	
	(23)/(168 rbg)

Zdaniem Odwołującego, podkreślenia wymaga również fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi i działając w celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w SIWZ.

Niedopuszczalnym jest, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Pzp, wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp, ale również z uwagi na cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie Pzp, służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 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.), dalej „u.z.n.k.”, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zaoferowane przez ww. Wykonawcę ceny za realizację zamówień, w ocenie Odwołującego, rażąco niskiej, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „*Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK, jak podał Odwołujący, stwierdzono, m.in.: „*Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do*

8

rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1), są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utрудnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z

danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji."

Zdaniem Odwołującego, oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej u.z.n.k., jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podał, że w tym postępowaniu Zamawiający wezwał wybranego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 21 grudnia 2016 r. oraz pismo z dnia 3 stycznia 2017 r.), dotyczących treści oferty Wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak wyjaśnił Odwołujący, Wykonawca w dniu 23 grudnia 2016 r. złożył ogólnikowe wyjaśnienia, które należy ocenić za całkowicie niewystarczające. Wykonawca przedstawił odpowiedzi w formie tabeli dla każdego zadania 5 - 7.

Tytułem wstępu, Odwołujący zauważył, iż odpowiedź Wykonawcy z dnia 23 grudnia 2016 r. można kwestionować w trzech obszarach, co potwierdza błąd w obliczeniu ceny oferty, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W pierwszym, w ocenie Odwołującego, dane zawierają błędne informacje w pkt 4 i 11, które zostały następnie skorygowane pismem Wykonawcy z dnia 7 stycznia 2017 r.

W drugim, jak podał Odwołujący, Wykonawca potwierdza, że większość składników cenotwórczych ocenia na 0,00 zł.

W trzecim, jak wyjaśnił Odwołujący, Wykonawca na większość pytań nie udzielił w ogóle odpowiedzi w takim zakresie, w jakim oczekiwał Zamawiający. Na pytanie nr 3, 5, 6, 7, 8, 10, 13 - 16, 18 Wykonawca nie udzielił stosownych wyjaśnień lub nie wskazał żadnego uzasadnienia.

9

W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę na następujące kwestie:

W pytaniu nr 3 Zamawiający wymagał wskazania uzasadnienia dla zatrudnienia – konkretnej liczby pracowników na pełne etaty. Wykonawca nie podał takiego uzasadnienia.

W pytaniu nr 4 Zamawiający wymagał wskazania miesięcznej stawki wysokości – wynagrodzenia za rok 2016 i 2017. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do

ogólnikowego (błédnego jak się okazało) opisanie wynagrodzenia „średnio miesięcznie”, tj. bez precyzyjnego rozbicia na lata 2016 i 2017.

W pytaniu nr 5 Zamawiający wymagał wskazania podstaw zwolnienia od obowiązku – uiszczania składek PFRON. Wykonawca nie udzielił odpowiedzi.

W pytaniu nr 6 Zamawiający wymagał wskazania podstaw zwolnienia od obowiązku – uiszczania składek na Fundusz Pracy. Wykonawca nie udzielił odpowiedzi.

W pytaniu nr 7 Zamawiający wymagał wskazania podstaw zwolnienia od obowiązku – uiszczania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Wykonawca nie udzielił odpowiedzi.

W pytaniu nr 8 Zamawiający wymagał wskazania procentowej stawki na – ubezpieczenie wypadkowe wraz z wyjaśnieniem podstaw. Wykonawca wskazał we wszystkich trzech zadaniach stawkę 0,84%. Wykonawca nie udzielił odpowiedzi w sprawie podstaw stosowania takiej stawki. Odwołujący stwierdził, iż stawka jest niezgodna z obowiązującymi przepisami, gdyż wynosi 0,93% na podstawie rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 12 marca 2015 r.

zmieniającego rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków - załącznik „Grupy działalności, kategorie ryzyka i stopy procentowe składki na ubezpieczenie wypadkowe dla grup działalności” nr 57 - Działalność detektywistyczna i ochroniarska N-80 - stawka 0,93%.

Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdził, iż oferta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jest niezgodna z ustawą.

Odwołujący zwrócił uwagę również na następujące kwestie:

W pytaniu nr 9 Zamawiający wymagał określenia stażu pracy pracowników. – Wykonawca stwierdził

de facto, że nie wie, bo pracownicy nie dostarczyli świadectw zatrudnienia, dlatego „założył do 10 lat”.

W pytaniu nr 10 Zamawiający wymagał określenia wynagrodzenia za pracę w porze – nocnej, w tym także z obowiązującym dodatkiem za pracę w porze nocnej.

10

Wykonawca nie określił takiego wynagrodzenia, wskazując wyłącznie kwotę 2,38 zł/godz., która nie wiadomo, co oznacza oraz liczbę godzin nocnych.

W pytaniu nr 11 Zamawiający wymagał określenia łącznej wysokości wynagrodzenia – wraz z kosztami pracodawcy. Wykonawca błędnie wskazał kwoty.

W pytaniu nr 12 -18 Zamawiający wymagał określenia konkretnych kosztów usługi. – Wykonawca oświadczył, że we wszystkich tych pozycjach nie ponosi żadnych kosztów.

Odwołujący stwierdził, iż takie oświadczenie jest całkowicie nieuprawnione, bo są to pozycje, które muszą być również wycenione.

Odwołujący podniósł również, iż brak udzielenia przez Wykonawcę odpowiedzi na konkretne pytania winien skutkować decyzją o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 3 stycznia 2017 r. wezwał Wykonawcę do dalszych wyjaśnień w zakresie pkt 4 i 11 wraz z przedstawieniem szczegółowej kalkulacji. Wykonawca, jak wyjaśnił Odwołujący, w piśmie z dnia 7 stycznia 2017 r. przedstawił sprostowanie informacji z dnia 23 grudnia 2016 r. oraz przedstawił kalkulację kosztów. Załączona do pisma kalkulacja jest, zdaniem Odwołującego, ogólnikowa i nie może być zaakceptowana.

Odwołujący stwierdził, jak podkreślił, błąd w obliczeniach wybranego Wykonawcy, polegający na tym, iż wysokość dodatku urlopowego w 2016 r. wynosi 228,38 zł dla najniższego wynagrodzenia 1850 zł brutto, natomiast w roku 2017 dla wynagrodzenia 2000 zł wynosi już o ponad 30 zł mniej, tj. kwotę 196,33zł. W kalkulacji, jak zauważył Odwołujący, Wykonawca ograniczył się wyłącznie do wskazania kilku wartości bez jakiegokolwiek odniesienia do opisu przedmiotu zamówienia i złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Wykonawcy również brak uwzględnienia w kalkulacji ryzyka wystąpienia zwolnień lekarskich, co jest kluczowe, zdaniem Odwołującego, dla każdej kalkulacji opartej o wymóg zatrudnienia na podstawie umów o pracę.

Odwołujący stwierdził, iż założenie limitu urlopów do 20 dni na podstawie braku świadectw pracy, do roku 2016 policzony wyższy koszt rezerwy urlopowej niż w 2017 od wyższego wynagrodzenia ma kluczowe znaczenie, w ocenie Odwołującego, dla właściwej kalkulacji bazowej stawki kosztowej usługi.

Odwołujący wskazał na błąd w obliczeniu ceny, polegający na błędnie wyliczonej liczbie i wartości kosztu godzin nocnych:

Zadanie nr 5: 16,52 zł stawka z oferty. –

Zdanie nr 6: W piśmie z dnia 23 grudnia 2016 r. Wykonawca podał ilość godzin – nocnych w wysokości 480 na miesiąc co jest zgodne z ogólnym wyliczeniem wynikającym z k.p. W wierszu 5 podał 11 osób do realizacji zadania, co daje 43,64

11

godzin nocnych $\times 2,38 + 19,65\% = 123,96$ zł, a nie 80,00 zł, jak w załączniku do pisma.

Zadanie nr 7: Podana liczba pracowników 4,3 w wierszu 5 – 240 godzin nocnych, – koszt $240/4,3 - 55,81 \times 2,38 + 19,65\% = 158,92$ zł

Ponadto, Odwołujący stwierdził, iż wynagrodzenie wybranego Wykonawcy, określone w treści oferty, nie odpowiada kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach Wykonawcy. Powyższe stanowisko, zdaniem Odwołującego, znajduje potwierdzenie w poniższej tabeli:

Nr Dane zgodnie z wyjaśnieniami Termin Łączne Łączne Cena Różnica
zadania Konsorcjum BASMA realizacji koszty wraz z koszty ofertowa pomiędzy
Rok Liczba Zysk Koszty usługi zyskiem wraz z Wykonawcy minimalnym
kalendarz etatów netto wykonawcy w netto, zyskiem (brutto) kosztem a
owy netto miesiącach przypadające brutto, ceną

realizacji na wszystkie przypadające ofertową usługi

etaty w na wszystkie
okresie etaty w
realizacji okresie
usługi (kol. 2 realizacji
x (3 + 4) x 5) usługi

1 2 3 4 5 6 7 8 9

Zadanie 5

2016 2,4 0 2.241,91 1 5.380,58 6.618,12 97.558,07 3.835,75

2017 2,4 164,68 2.754,01 11 77.053,42 94.775,70

razem 82.434,00 101.393,82

Zadanie 6

2016 11 0 2.241,91 1 24.661,01 30.333,04 458.261,10 14.821,84

2017 11 152,37 2.822,50 11 359.959,27 442.749,90

razem 384.620,28 473.082,94

Zadanie 7

2017 4,3 193,84 2.863,97 11 144.634,41 177.900,33 184.869,01 - 6.968,68

razem 144.634,41 177.900,33

Z powyższych wyliczeń, w ocenie Odwołującego wynika, że w odniesieniu do zadań nr 5 i 6 całkowita cena oferty Konsorcjum BASMA jest stanowczo zaniżona w odniesieniu do złożonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień. Jedynie w zakresie zadania nr 7 cena ta pokrywa minimalne koszty realizacji zamówienia, wskazane przez Wykonawcę w skorygowanych wyjaśnieniach, co jednakże nie znosi, jak podkreślił Odwołujący, w żaden sposób postawionych pozostałych zarzutów w odniesieniu do kalkulacji ceny ofertowej na to zadanie.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że takie ogólnikowe wskazanie przez wybranego Wykonawcę kosztów wykonania usługi nie spełnia wymogów opisanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający winien był ofertę Wykonawcy odrzucić, na

12

podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym kontekście budzi ogromne zaskoczenie, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający w sposób bezkrytyczny zaakceptował udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia. W szczególności Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego w protokole ze spotkania roboczego komisji przetargowej z dnia 12 stycznia 2017 r., że nie jest jego rolą Zamawiającego wnikanie w kwestię, co dokładnie w zaproponowanym przez Wykonawcę wynagrodzeniu zostało ujęte, gdyż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, to wykonawca ponosi ryzyko skalkulowania jego poziomu na swoją niekorzyść (nieujęcia wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 21 grudnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum BASMA z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na pytania, „w celu umożliwienia oceny złożonych ofert”. Pytania były następujące:

1. „Określenie który z członków konsorcjum będzie zatrudniał pracowników w celu wykonania umowy, w przypadku kilku członków konsorcjum proszę podać który z członków konsorcjum będzie zatrudniał jakie ilości pracowników w przeliczeniu na pełne etaty.
2. Określenie czy członek konsorcjum, o którym mowa w punkcie 1 jest zwolniony z obowiązku tworzenia Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych bądź wypłaty świadczenia urlopowego i na jakiej podstawie.
3. Określenie ilości pracowników (w przeliczeniu na pełne etaty) jakich Wykonawca planował zatrudnić w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu przez cały okres jej obowiązywania, wraz z uzasadnieniem tejże ilości.
4. Określenie miesięcznej stawki wysokości wynagrodzenia brutto za jakie wykonawca planował zatrudnić ww. pracowników w roku 2016 i 2017.
5. Określenie czy i w stosunku do jakiej liczby pracowników zatrudnianych w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu (w przeliczeniu na pełne etaty)

Wykonawca będzie korzystał ze zwolnienia z obowiązku odprowadzania składek na PFRON zgodnie z obowiązującymi przepisami wraz z wyjaśnieniem przyczyn korzystania ze zwolnień o ile występują.

6. Określenie czy i w stosunku do jakiej liczby pracowników zatrudnianych w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu (w przeliczeniu na pełne etaty) Wykonawca będzie korzystał ze zwolnienia z obowiązku odprowadzania składek na Fundusz Pracy zgodnie z obowiązującymi przepisami, wraz z wyjaśnieniem przyczyn korzystania ze zwolnień o ile występują.
7. Określenie czy i w stosunku do jakiej liczby pracowników zatrudnianych w celu

13

wykonania umowy w niniejszym postępowaniu Wykonawca będzie korzystał ze zwolnienia z obowiązku odprowadzania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych zgodnie z obowiązującymi przepisami, wraz z wyjaśnieniem przyczyn korzystania ze zwolnień o ile występują.

8. Określenie procentowej wysokości stawki na ubezpieczenie wypadkowe jaka była brana pod uwagę przy kalkulowaniu oferty wraz z wyjaśnieniem przyczyn zastosowanych preferencji o ile występują.
9. Określenie jaki staż uprawniający do urlopu (do czy powyżej 10 lat) będą mieli pracownicy wykonujący pracę w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu.
10. Określenie wysokości wynagrodzenia za pracę w porze nocnej, w tym także z obowiązkowym dodatkiem za pracę w porze nocnej jakie zgodnie ze sporządzoną ofertą mieli otrzymywać zatrudniani w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu pracownicy.
11. Określenie łącznej wysokości wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy, jakie Wykonawca uwzględnił przy kalkulowaniu wynagrodzenia należnego za wykonanie umowy w niniejszym postępowaniu.
12. Określenie kosztu udziału pracowników w szkoleniu z pozorowanym naruszeniem systemu ochrony kompleksu, co najmniej raz na kwartał oraz wyposażenia pracowników ochrony biorących udział w szkoleniu wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.
13. Określenie kosztu wyposażenia pracowników w sprzęt i wyposażenie, o którym mowa w § 5 ust. 3 oraz § 5 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy, wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.
14. Określenie kosztu wyposażenia pracowników w umundurowanie i stroje wyjściowe, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy, wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.
15. Określenie kosztu przygotowania instrukcji, o których mowa w § 6 ust. 1 umowy, wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.
16. Określenie kosztów badań lekarskich i szkoleń BHP dla pracowników wykonujących pracę w celu wykonania umowy w niniejszym postępowaniu, wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.
17. Koszt polisy, o której mowa w § 16 umowy wraz z uzasadnieniem wysokości kosztu.
18. Określenie kosztu udziału pracowników w szkoleniu doskonalącym, o którym mowa w § 8 wraz z uzasadnieniem wysokości tych kosztów.”

Pismem z dnia 23 grudnia 2016 r. Konsorcjum BASMA udzieliło następującej odpowiedzi:

14

Nr Zdanie 5 Zdanie 6 Zadanie 7
pytania

- 1 Basma Security sp. z o.o. Basma Security sp. z o.o. Basma Security sp. z o.o.
- 2 ZFŚS nie jest tworzony ZFŚS nie jest tworzony ZFŚS nie jest tworzony
zgodnie z § 21 zgodnie z § 21 zgodnie z § 21
Regulaminu Regulaminu Regulaminu
wynagradzania wynagradzania wynagradzania
- 3 2,4 11 4,3
- 4 Średnio miesięczne Średnio miesięczne Średnio miesięczne

2754,01 zł 2822,50 zł 2863,97 zł
5 2,4 11 4,3
6 Powtórzenie 5 Powtórzenie 5 Powtórzenie 5
7 2,4 11 4,3
8 0,84% 0,84% 0,84%
9 Założono do 10 lat Założono do 10 lat Założono do 10 lat

nie dostarczyli ponieważ nie dostarczyli ponieważ nie dostarczyli ponieważ

pracownicy świadectw pracownicy świadectw świadectw pracownicy
zatrudnienia zatrudnienia zatrudnienia a a a

dotychczasowo pracowali dotychczasowo pracowali dotychczasowo pracowali

na umowę zlecenie na umowę zlecenie na umowę zlecenie
10 2,38 zł/godz./brak godz. 2,38 zł/godz. 480 godz. 2,38 zł/godz. 240 godz.
nocnych nocnych w miesiącu nocnych w miesiącu
11 2 230,00 zł w 2016 r. i 2 330,00 zł w 2016 r. i 2 340,00 zł w 2016 r. i
2 520,00 zł w 2017 r. 2610,00 zł w 2017 r. 2 620,00 zł w 2017 r.
12 Przyjęto 0,00 zł ponieważ Przyjęto 0,00 zł ponieważ Przyjęto 0,00 zł ponieważ
obowiązek udziału w obowiązek udziału w obowiązek udziału w
bezpłatnych szkoleniach i bezpłatnych szkoleniach i bezpłatnych szkoleniach i
ćwiczeniach wynika z ćwiczeniach wynika z ćwiczeniach wynika z
zapisu w Regulaminie zapisu w Regulaminie zapisu w Regulaminie
Pracy Pracy Pracy
13 0,00 zł sprzęt i 0,00 zł sprzęt i 0,00 zł sprzęt i
wypożyczenie wypożyczenie wypożyczenie
zamortyzowane z uwagi amortyzowane z uwagi amortyzowane z uwagi na
na dotychczasowy na dotychczasowy dotychczasowy kontrakt
kontrakt kontrakt
14 Umundurowanie i Umundurowanie i Umundurowanie i
wypożyczenie pracowników wypożyczenie pracowników wypożyczenie pracowników
zamortyzowane 0,00 zł amortyzowane 0,00 zł amortyzowane 0,00 zł
15 Instrukcja jest gotowa z Instrukcja jest gotowa z Instrukcja jest gotowa z

15

poprzedniego kontraktu poprzedniego kontraktu poprzedniego kontraktu
opracowana przez opracowana przez opracowana przez
wspólników spółki wspólników spółki wspólników spółki

16 Badania lekarskie i Badania lekarskie i Badania lekarskie i
szkolenia BHP w szkolenia BHP w szkolenia BHP w
przeliczeniu na 1 m-c przeliczeniu na 1 m-c przeliczeniu na 1 m-c
wynoszą 5,15 zł wynoszą 5,15 zł wynoszą 5,15 zł

17 Zwiększenie Zwiększenie Zwiększenie kosztów kosztów kosztów
polisy nie ma znaczenia polisy nie ma znaczenia polisy nie ma znaczenia
ponieważ utrzymujemy od ponieważ utrzymujemy od ponieważ utrzymujemy od
wielu lat polisę OC na wielu lat polisę OC na wielu lat polisę OC na
kwotę 5 mln zł wymaganą kwotę 5 mln zł wymaganą kwotę 5 mln zł wymaganą
przez innych przez innych przez innych
Zleceniodawców Zleceniodawców Zleceniodawców

18 Koszt szkoleń Koszt szkoleń Koszt szkoleń
doskonalących z § 8 wg doskonalących z § 8 wg doskonalących z § 8 wg
zawartych umów z zawartych umów z zawartych umów z
pracownikami jest pracownikami jest pracownikami jest

obowiązkowy i bezpłatny obowiązkowy i bezpłatny obowiązkowy i bezpłatny

obowiązkowy i bezpłatny
dla pracowników ochrony dla pracowników ochrony dla pracowników ochrony

Pismem z dnia 3 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum BASMA „do
dodatkowych wyjaśnień:
zgodnie z pkt. 4 wykonawca powinien wskazać miesięczne stawki wysokości wynagrodzenia
brutto, za jakie planował zatrudnić pracowników do realizacji przedmiotu zamówienia dla

zadań 5, 6 i 7, natomiast zgodnie z pkt. 11 wykonawca miał określić łączną wysokość wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy, jakie Wykonawca uwzględnił przy kalkulowaniu wynagrodzenia należnego za wykonanie umowy w niniejszym postępowaniu - zatem jak wynika z analizy dokonanej przez Zamawiającego, kwoty podane w pkt. 11 powinny być z założenia wyższe od podanych w pkt. 4 wyjaśnienia.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa Państwa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji (wraz rozbiciem na poszczególne składniki oraz uwzględnieniem stawek za pracę w godzinach nocnych), kwot przedstawionych w pkt. 4 i 11 przedmiotowego wyjaśnienia”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 7 stycznia 2017 r.) Konsorcjum BASMA podało, „że w odpowiedziach na poszczególne pytania popełniliśmy błąd.

Poprawne odpowiedzi do pytania nr 4 są następujące:

16

zadanie 5, 6 i 7 - miesięczne stawki wysokości wynagrodzenia za rok 2016 – planowane były w wysokości 2241,91 zł. Natomiast w roku 2017 w wysokości 2670,13 zł brutto.

Poprawne odpowiedzi do pytania nr 11:

zadanie nr 5 łączne koszty wykonawcy przewidywaliśmy w kwocie miesięcznej w wysokości 2754,01 zł brutto na 1 etat bez godzin nocnych /w tym zadaniu nie występują/. Zysk z kosztami wykonawcy wynosi w 2017 r. - 164,68 zł na 1 etat; zadanie nr 6 łączne koszty wykonawcy przewidywaliśmy w kwocie miesięcznej w wysokości 2822,50 zł brutto na 1 etat. Zysk z kosztami wykonawcy wynosi w 2017 r. - 152,37 zł na 1 etat. zadanie nr 7 łączne koszty wykonawcy przewidywaliśmy w kwocie miesięcznej w wysokości 2863,97 zł brutto na 1 etat. Zysk z kosztami wykonawcy wynosi w 2017 r. - 193,84 zł na 1 etat.”

W załączeniu została przedłożona kalkulacja kosztów umów o pracę w 2016 i 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania polega na kalkulacji własnej ceny, którą uznaje za jedynie właściwą, domagając się zastosowania jej jako pewnego wzorca dla oceny oferty Konsorcjum BASMA. Żądania Odwołującego nie są jednakowoż uzasadnione, bowiem Odwołujący w istocie poza konstatacją co do wysokości cen przyjętych do wyceny zaniechał wykazania, że przyjęte wartości, poza tymi, które wynikają z przepisów prawa, znajdują potwierdzenie w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zauważyć należy, że poprzestanie na wskazaniu kosztu cząstkowego uniemożliwia jego weryfikację Izbie, wobec braku wskazania jakichkolwiek okoliczności faktycznych.

Odwołujący co prawda podjął próbę odtworzenia podstaw kalkulacji poszczególnych elementów cenotwórczych, ale po pierwsze, rozprawa nie służy doprecyzowaniu zarzutów odwołania (art. *a contrario* z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) rozumianych, co zostało potwierdzone w orzecznictwie, jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Po drugie, gdyby nawet podjąć rozważania w przedmiocie wysokości określonych kosztów, to należy dojść do przekonania, że kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego obarczona jest błędem.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.) stopy procentowe składek wynoszą:

1) 19,52% podstawy wymiaru - na ubezpieczenie emerytalne, z zastrzeżeniem ust. 3 i 4;

17

2) 8,00% podstawy wymiaru - na ubezpieczenia rentowe;

3) 2,45% podstawy wymiaru - na ubezpieczenie chorobowe;

4) od 0,40% do 8,12% podstawy wymiaru - na ubezpieczenie wypadkowe.

Zasady różnicowania stopy procentowej składek na ubezpieczenie wypadkowe określają przepisy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (art. 22 ust. 2 powołanej ustawy), tj. w szczególności ustawa z dnia 30

października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1242 ze zm.).

Podstawowym kryterium różnicującym stopę procentową składki na ubezpieczenie wypadkowe jest liczba osób zgłoszonych przez płatnika do tego ubezpieczenia. Płatników dzieli się na dwie grupy - zgłaszających do 9 osób i zgłaszających co najmniej 10 ubezpieczonych.

W zależności od liczby osób zgłoszonych przez płatnika do ubezpieczenia wypadkowego ustawa przewiduje zryczałtowaną (art. 28 ust. 1 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych) lub zindywidualizowaną (art. 28 ust. 2 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych) stopę procentową składki na ubezpieczenie wypadkowe. Stopa zryczałtowana dotyczy płatników zgłaszających nie więcej niż 9 ubezpieczonych i wynosi 50% najwyższej stopy procentowej ustalonej na dany rok składkowy dla wszystkich grup działalności. Innymi słowy, ustawa nakazuje w pierwszej kolejności wyznaczyć najwyższą stopę procentową ustaloną na dany rok składkowy dla wszystkich grup działalności, a następnie jako właściwą stopę procentową dla płatników „małych” przyjąć 50% tej najwyższej. Do ustalenia najwyższej stopy procentowej zastosowanie znajdują zasady określone w art. 30 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych.

W odniesieniu do płatników zgłaszających do ubezpieczenia wypadkowego co najmniej 10 ubezpieczonych ustawa przewiduje bardziej złożony tryb ustalania stopy procentowej składki. Ma ona charakter zindywidualizowany i ustalana jest przez ZUS jako iloczyn stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe określonej dla grupy działalności, do której należy płatnik składek (zgodnie z zasadami określonymi w art. 30 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych), i wskaźnika korygującego ustalonego dla płatnika składek.

Ów wskaźnik korygujący uzależniony jest od indywidualnej kategorii ryzyka danego płatnika, a ustala się go na podstawie danych dotyczących liczby poszkodowanych w wypadkach przy pracy ogółem; poszkodowanych w wypadkach przy pracy śmiertelnych i ciężkich oraz liczby zatrudnionych w warunkach zagrożenia (art. 31 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych). Jeżeli płatnik nie ma obowiązku przekazania do ZUS stosownych informacji (co, jak się wydaje, należy rozumieć

18

w ten sposób, że w ciągu ostatnich trzech lat nie było u niego poszkodowanych i zatrudnionych w warunkach zagrożenia), wówczas, zgodnie z art. 33 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, jego stopa procentowa składki na ubezpieczenie wypadkowe wynosi tyle, co stopa procentowa określona dla grupy działalności, do której należy (nie dochodzi do indywidualnego korygowania kategorii ryzyka jego grupy). W sytuacji, gdy płatnik składek nie podlega wpisowi do rejestru REGON, jego stopa procentowa składki na ubezpieczenie wypadkowe wynosi 50% najwyższej stopy procentowej ustalonej na dany rok składkowy dla grup działalności zgodnie z zasadami określonymi w art. 30 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (art. 33 ust. 3 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych).

Reasumując stwierdzić należy, że przyjęcie przez Odwołującego stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 0,93% dla kalkulacji ceny oferty Konsorcjum BASMA stanowi założenie nieznajdujące uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy, a w każdym razie Odwołujący tego nie wykazał. Odwołujący pominął bowiem, że stopa ta, określona w Załączniku nr 2 „Grupy działalności, kategorie ryzyka i stopy procentowe składki na ubezpieczenie wypadkowe dla grup działalności” poz. 57 - Działalność detektywistyczna i ochroniarska rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 listopada 2002 r. sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1005) nie znajduje zastosowania dla wszystkich podmiotów prowadzących działalność ochroniarską niejako automatycznie, ale jedynie pod pewnymi warunkami, a mianowicie w sytuacji, w której składki tej nie ustala ZUS z uwagi na brak obowiązku przekazywania informacji, o której mowa w art. 31 ust. 6 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, tylko płatnik składek (art. 33 ust. 1 o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych).

Odwołujący zaś nie wykazał, że Konsorcjum BASMA zobowiązane jest do ustalania stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe samodzielnie w oparciu powołany Załącznik nr 2. Zaś, z dowodu z dokumentu, na który powołał się Zamawiający (Zawiadomienie o wysokości stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe z dnia 20 marca 2016 r. sporządzone przez ZUS) wynika, że po pierwsze to nie Konsorcjum BASMA zobowiązane jest do ustalania przedmiotowej stopy procentowej, a co więcej, ta stopa jest niższa niż przyjął Odwołujący. W tym zakresie kalkulacja Odwołującego obarczona jest błędem.

Obowiązkowe składki na Fundusz Pracy opłaca się przez okres trwania obowiązkowych ubezpieczeń emerytalnych i rentowych (art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 20

19

kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucji rynków pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 645 ze zm.), dalej „u.p.z.”. Podkreślenia wymaga, że chodzi o osoby objęte obowiązkowym ubezpieczeniem emerytalno-rentowym, stąd odprowadzanie składek na Fundusz Pracy nie dotyczy osób ubezpieczonych na zasadzie dobrowolności.

Podstawę wymiaru składki na Fundusz Pracy stanowi kwota będąca podstawą wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, wynosząca - w przeliczeniu na okres miesiąca:

- 1) co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę,
- 2) co najmniej 80% tego wynagrodzenia w przypadku osób, o których mowa w art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2008 ze zm.), dalej „u.m.w.p.” - rozpoczynających karierę zawodową (chodzi jednak wyłącznie o pierwszy rok zatrudnienia tych osób).

Wysokość składki na Fundusz Pracy ustala się co roku w ustawie budżetowej. Od 1999 r. wynosi ona 2,45% podstawy wymiaru składek, o której mowa wyżej.

Jeżeli ubezpieczony podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu z więcej niż jednego tytułu, obowiązek opłacania składek na Fundusz Pracy powstaje z każdego z tych tytułów tylko wtedy, kiedy łącznie kwoty stanowiące podstawę wymiaru składek wynoszą co najmniej tyle, ile kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę, a w przypadku osób, o których mowa w art. 6 u.m.w.p. - co najmniej minimalne wynagrodzenie wskazane w tym przepisie (80% minimalnego wynagrodzenia). Osoba, otrzymująca przychody z różnych źródeł składa stosowne oświadczenie każdemu pracodawcy lub w terenowej jednostce organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jeżeli sama opłaca składki na ubezpieczenia społeczne (art. 104 ust. 3 i 4 u.p.z.).

Podmioty zobowiązane do odprowadzania obowiązkowych składek na Fundusz Pracy określa art. 104 ust. 1 u.p.z. Składki na Fundusz Pracy odprowadzane są za osoby pozostające w stosunku pracy lub stosunku służbowym, osoby wykonujące pracę na podstawie umowy o pracę nakładczą, na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, oraz za osoby z nimi współpracujące (z wyłączeniem osób świadczących pracę na podstawie umowy uaktywniającej, o której mowa w ustawie o opiece nad dziećmi w wieku do 3 lat), wykonujące pracę w okresie odbywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania, osoby pobierające stypendia sportowe, otrzymujące świadczenie górnicze, stypendia na przekwalifikowanie lub kontraktu szkoleniowego - przewidziane w odrębnych przepisach, a także za żołnierzy zawodowych oraz funkcjonariuszy spełniających warunki określone w odrębnych przepisach.

20

W komentowanej ustawie przewidziano wiele zwolnień z obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy. Niektóre zwolnienia mają charakter okresowy, niektóre obejmują cały okres zatrudnienia określonych osób.

Całkowicie z obowiązku opłacania składek na Fundusz Pracy zwolniono zakłady aktywności zawodowej oraz podmioty, o których mowa w art. 105 u.p.z. (Przedsiębiorców Polskiego Związku Głuchych i Polskiego Związku Niewidomych, Związek Ociemniałych Żołnierzy Rzeczypospolitej Polskiej, Towarzystwo Opieki nad Ociemniałymi, Zakład Opieki dla Niewidomych w Laskach), zatrudniające osoby o znacznym bądź umiarkowanym stopniu niepełnosprawności.

W celu zwiększenia aktywności zawodowej osób osiągniętych wiek emerytalny

wprowadzono także stałe zwolnienie dla pracodawców zatrudniających osoby, które osiągnęły wiek wynoszący co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn (art. 104b ust. 2 u.p.z.).

Zwolnienia częściowe zostały skierowane do pracodawców oraz jednostek organizacyjnych niebędących pracodawcami, zatrudniających pracowników powracających z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego w okresie 36 miesięcy, począwszy od pierwszego miesiąca po powrocie z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu macierzyńskiego, dodatkowego urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego. Zwolnienie obejmuje okres 36 miesięcy, liczonych od pierwszego miesiąca powrotu ww. pracowników do pracy (art. 104a u.p.z.).

Natomiast, gdy chodzi o zatrudnienie osób, które ukończyły 50 lat i w okresie 30 dni przed zatrudnieniem były zarejestrowane w powiatowym urzędzie pracy jako osoby bezrobotne, zwolnieniem obejmuje się tylko 12 miesięcy, liczonych od pierwszego miesiąca po zawarciu umowy.

Pracodawcy oraz inne jednostki organizacyjne nie opłacają także składek na Fundusz Pracy przez okres 12 miesięcy, począwszy od pierwszego miesiąca po zawarciu umowy o pracę, za skierowanych zatrudnionych bezrobotnych, którzy nie ukończyli 30. roku życia (art. 104c u.p.z.).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że choć co do zasady obowiązek opłacania składki na Fundusz Pracy dotyczy pracodawców zatrudniających osoby podlegające obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalno-rentowemu, to jednakowoż w u.p.z. przewidziano szereg zwolnień z opłacania przedmiotowych składek. Przyjęcie więc przez Odwołującego, że od każdego pracownika zatrudnionego przez

Konsorcjum BASMA winny być odprowadzane rzeczzone składki jest jedynie założeniem, którego prawdziwości Odwołujący nie wykazał.

Składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (dalej „FGŚP”) ustala się od wypłat stanowiących podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe bez stosowania ograniczenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy – t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1256).

Pracodawca, o którym mowa w art. 9, nie opłaca składek na FGŚP za pracowników powracających z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego w okresie 36 miesięcy począwszy od pierwszego miesiąca po powrocie z urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego lub urlopu wychowawczego (art. 9a powołanej ustawy).

Pracodawca, o którym mowa w art. 9, nie opłaca składek na FGŚP przez okres 12 miesięcy, począwszy od pierwszego miesiąca po zawarciu umowy o pracę, za osoby zatrudnione, które ukończyły 50. rok życia i w okresie 30 dni przed zatrudnieniem pozostawały w ewidencji bezrobotnych powiatowego urzędu pracy. Pracodawca, o którym mowa w art. 9, nie opłaca składek na FGŚP za pracowników, którzy osiągnęli wiek wynoszący co najmniej 55 lat dla kobiet i co najmniej 60 lat dla mężczyzn (art. 9b ust. 1 i 2 powołanej ustawy).

Pracodawca, o którym mowa w art. 9, nie opłaca składek na FGŚP przez okres 12 miesięcy, począwszy od pierwszego miesiąca po zawarciu umowy o pracę, za skierowanych zatrudnionych bezrobotnych, którzy nie ukończyli 30 roku życia (art. 9c powołanej ustawy).

Przytoczone regulacje prawne nie dają zatem podstaw do przyjęcia, tak jak to uczynił Odwołujący, że składka na FGŚP winna być odprowadzana od wszystkich osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący pominął, że w tym przedmiocie, podobnie jak w przypadku FP, przewidziano liczne wyjątki, a zatem bez potwierdzenia w okolicznościach faktycznych nie można przyjąć założenia uczynionego przez Odwołującego.

Odwołujący w żaden sposób również nie wykazał, że kategoria kosztów określona przez niego jako „koszty HR” znajduje uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy. Po

pierwsze, jak wskazał sam Odwołujący, badania lekarskie i psychologiczne osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej przeprowadza się co do zasady co 3 lata (art. 32 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia - t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1432) i jakkolwiek koszty tych badań obciążają pracodawcę (art. 33a ust. 2 powołanej ustawy), to nie ma żadnych podstaw po pierwsze, żeby twierdzić, że koszty te Konsorcjum BASMA będzie musiało ponieść w okresie świadczenia usługi (nie można wykluczyć, że

22

pracownicy posiadają aktualne badania), po drugie zaś, z zasad rachunkowości nie wynika taki sposób obciążenia kosztów bieżącej działalności firmy, na jaki wskazywał Odwołujący, a mianowicie, że koszty te winny być amortyzowane w ciągu 3 lat.

Dalej, Odwołujący pominął, że z mocy przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 800 ze zm.) obowiązek tworzenia Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych mają pracodawcy zatrudniający według stanu na dzień 1 stycznia danego roku co najmniej 20 pracowników w przeliczeniu na pełne etaty. Odwołujący nie wykazał, że przesłanka ta została spełniona wobec Konsorcjum BASMA, a zatem brak podstaw do twierdzenia, że wspomniane Konsorcjum te koszty ponosi. Co więcej, Zamawiający powołał się na Regulamin wynagradzania obowiązujący w firmie BASMA SECURITY sp. z o.o., z którego wynika, że Fundusz ten nie został stworzony (§ 21 rzeczonoego Regulaminu).

Podsumowując stwierdzić należy, że podstawą oceny dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny nie jest wzorzec stworzony przez innego wykonawcę, ale wykazanie, że wyjaśnienia złożone przez wezwanego wykonawcę nie potwierdzają, że oferta ceny rażąco niskiej nie zawiera. Z tych względów kalkulacje zawarte w treści odwołania nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do oceny oferty Konsorcjum BASMA w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a jedynie mogłyby być wykorzystane dla podważenia wyjaśnień Konsorcjum BASMA, czego Odwołujący nie uczynił.

Nie należy tracić z pola widzenia, że co prawda Odwołujący podjął próbę zakwestionowania wyjaśnień złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w szczególności stojąc na stanowisku, że Konsorcjum BASMA tych wyjaśnień nie złożyło, ale Izba tej oceny nie podzieliła. Po pierwsze, Odwołujący błędnie wywodzi, że Konsorcjum BASMA nie udzieliło odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania. Analiza wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2016 r. pozwala na stwierdzenie, że Konsorcjum BASMA ustosunkowało się do wszystkich aspektów poruszonych w pytaniach, aczkolwiek rację ma Odwołujący,

że nie

zawsze odpowiedzi były wyczerpujące, czy też wprost stanowiły odpowiedź na zadane pytania.

Jednakże nie można pomijać, że Konsorcjum BASMA udzieliło kolejnych wyjaśnień (pismo z dnia 7 stycznia 2017 r.) na wezwanie Zamawiającego, którego to faktu Odwołujący nie kwestionuje, a zatem te niejako uzupełniające wyjaśnienia nie mogą pozostać niezauważone. Po drugie, w opinii Izby, ocena wyjaśnień, czy też stwierdzenie, że wyjaśnień nie złożono nie może się ograniczać wyłącznie do ustalenia, że nie wszystkie odpowiedzi były wyczerpujące, czy też raczej przedstawiono je w inny sposób niż wymagał tego Zamawiający. Taka ocena wyjaśnień powodowałaby wprowadzenie pewnego automatyzmu, bez refleksji na temat warstwy merytorycznej tych wyjaśnień jako całości, co w ocenie Izby, nie jest uzasadnione. Skoro bowiem określone okoliczności wynikają z treści wyjaśnień i nie

23

budzą one wątpliwości i nie zostały też zakwestionowane przez Odwołującego, to trudno uznać, że rzeczonych wyjaśnień nie złożono.

Izba nie podzieliła również twierdzenia Odwołującego, że kalkulacja przedłożona przez Konsorcjum BASMA przy piśmie z dnia 7 stycznia 2017 r. jest zbyt ogólnikowa, bowiem nie poddaje się ono ocenie. Odwołujący nie podał nawet powodów, dla których stawia taką tezę. Nie sposób bowiem uznać za wystarczające uzasadnienie zarzutu konstatacji, jakie czyni Odwołujący. Nadto, Odwołujący poddaje ocenie wyłącznie kalkulację przedłożoną z rzeczonym pismem, pomijając całkowicie treść wyjaśnień zawartych w samym piśmie. Nie sposób zaś prawidłowości kalkulacji oceniać w oderwaniu od wyjaśnień.

O rażąco niskiej cenie, zdaniem Izby, nie świadczy również fakt skalkulowania pewnych elementów cenotwórczych na poziomie 0,00 zł. Odwołujący musiałby bowiem

wykazać, że koszty te są niezbędne do poniesienia i nie jest możliwe skorzystanie przez Wykonawcę z istniejących zasobów, czego nie uczynił. W konsekwencji zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybione.

Dodatkowo podkreślić należy, że jeśli nawet wystąpił błąd w wyliczeniu składników kosztotwórczych przez Konsorcjum BASMA w wyniku błędnych działań arytmetycznych, to nie stanowi to jeszcze o błędzie w obliczeniu ceny. Odwołujący musiałby wykazać, że wobec tego błędu przyjęte stawki wskazane w piśmie z dnia 7 stycznia 2017 r., a w konsekwencji cena oferty są obarczone błędem, a tego ciężaru Odwołujący nie udźwignął.

Izba nie podziela również oceny Odwołującego, że cena zaproponowana przez Konsorcjum BASMA nie odpowiada kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach tego Wykonawcy. Zwraca uwagę fakt, że przedstawiona przez Odwołującego tabela nie uwzględnia całości wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum BASMA pismem z dnia 7 stycznia 2017 r. Odwołujący dostrzega jedynie odpowiedź na pytanie nr 4, pomijając odpowiedź na pytanie nr 11, które referuje do łącznej wysokości wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy i ma istotne znaczenie dla właściwego przedstawienia wyjaśnień Konsorcjum BASMA w ujęciu tabelarycznym.

Resumując, stwierdzić należy, że Odwołujący w sposób wybiórczy poddaje ocenie wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum BASMA, dostrzegając jedynie fakty, które pozornie mogłyby świadczyć na jego korzyść. Zabieg ten jest jednakowoż niedopuszczalny i z tych względów nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należało uznać za nieuzasadniony.

Natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poza uzasadnieniem prawnym nie został osadzony w konkretnych okolicznościach faktycznych, a zatem nie poddaje się ocenie i już z tych względów zasługuje na oddalenie.

24

Nawet, gdyby przyjąć, że podstaw faktycznych tego zarzutu Odwołujący doszukiwał się, np. w błędnie przyjętych stopach stawek procentowych składek na ubezpieczenie wypadkowe, to powyższe nie znalazło potwierdzenia, podobnie jak inne okoliczności, które były wywodzone z normatywnych podstaw, o czym szerzej była mowa wyżej.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stawiając przedmioty zarzut dopatrywał się deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Jednakże Odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek, o których mowa w powołanym przepisie, stawiając akcent na przedstawienie interpretacji tego przepisu przez UOKiK, co oczywiście nie wnosi nic do sprawy.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że po pierwsze, Odwołujący na podstawie kalkulacji zawartych w treści odwołania starał się wykazać, że Konsorcjum BASMA oferuje ceny usług poniżej kosztów wytworzenia, jednakowoż zabieg ten okazał się nieskuteczny, o czym była mowa wyżej. Po drugie, Odwołujący nie dostrzegł, że nawet utrudnianie innym przedsiębiorcom do dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie jest wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że mamy do czynienia z powoływanym czynem nieuczciwej konkurencji. Niezbędne byłoby również wykazanie, że powyższe działania miały na celu eliminację innych przedsiębiorców.

W konsekwencji zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp okazały się niesłuszne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Na marginesie pouczyć należy Zamawiającego, że po ogłoszeniu wyroku przez Izbę, w przypadku oddalenia odwołania, zamawiający jest uprawniony do zawarcia umowy (art. a *contrario* z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp), a skoro tak, to Zamawiający już po ogłoszeniu, a nie doręczeniu wyroku, może podejmować czynności w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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 zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: