

Sygn. akt **KIO/UZP 194/10**

KIO/UZP 196/10

KIO/UZP 197/10

WYROK
z dnia 30 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**
 Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 marca 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HERMES Sp. z o.o., 43 – 143 Łęczyny, ul. Pokoju 4;**
- B. Firmę Usługową „EKO-JAGAR” Sp. z o.o., 43 – 225 Wola, ul. Kopalniana 10;**
- C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „Perfekt” Sp. z o.o., 43 – 155 Bieruń, ul. Granitowa 16**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestów, , wniesionych przez:

- A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HERMES Sp. z o.o., spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 43 – 143 Łęczyny, ul. Pokoju 4 z dnia 12 stycznia 2010 r.;**

- B. Firmę Usługową „EKO-JAGAR” Sp. z o.o., spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 43 – 225 Wola, ul. Kopalniana 10 z dnia 13 stycznia 2010 r.;**
- C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „Perfekt” Sp. z o.o., spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 43 – 155 Bieruń, ul. Granitowa 16 z dnia 14 stycznia 2010 r.**

przy udziale **Ogólnokrajowego Związku Zawodowego Miast i Wsi „RYBNIK 90”, 44 – 203 Rybnik, ul. Przemysłowa 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołania i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 1,2, 3 oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz czynności badania i oceny ofert w częściach 1, 2 i 3;**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:**
 - A koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HERMES Sp. z o.o., 43 – 143 Łęczyny, ul. Pokoju 4**
 - B koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Firmę Usługową „EKO-JAGAR” Sp. z o.o., 43 – 225 Wola, ul. Kopalniana 10;**
 - C koszty w wysokości 1 481 zł 34 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu**

uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „Perfekt” Sp. z o.o., 43 – 155 Bieruń, ul. Granitowa 16;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **9 934 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty **3 311 zł 33 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta jedenaście złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego HERMES Sp. z o.o., 43 – 143 Łęczyny, ul. Pokoju 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B** kwoty **3 311 zł 33 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta jedenaście złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Kompanię Węglową S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Firmy Usługowej „EKO-JAGAR” Sp. z o.o., 43 – 225 Wola, ul. Kopalniana 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - C** kwoty **3 311 zł 34 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta jedenaście złotych trzydzieści cztery grosze) przez **Kompanię Węglową S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „Perfekt” Sp. z o.o., 43 – 155 Bieruń, ul. Granitowa 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **3 518 zł 66 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego HERMES Sp. z o.o., 43 – 143 Łęczyny, ul. Pokoju 4;**
 - B** kwoty **3 518 zł 67 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Firmy Usługowej „EKO-JAGAR” Sp. z o.o., 43 – 225 Wola, ul. Kopalniana 10;**

- C** kwoty **3 518 zł 67 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo – Usługowego „Perfekt” Sp. z o.o., 43 – 155 Bieruń, ul. Granitowa 16.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach - prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług w zakresie prania odzieży dla potrzeb Kompanii Węglowej S.A. Oddziały KWK Brzeszcze - Silesia, KWK Piast, KWK Ziemowit w okresie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części i 4 stycznia 2010 r. poinformował o wyborze we wszystkich trzech częściach najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ogólnokrajowy Związek Zawodowy Miast i Wsi „Rybnik 90” z siedzibą w Rybniku, zwany dalej: Związkiem „Rybnik 90”.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty stała się przedmiotem odwołań poprzedzonych protestami wniesionymi odpowiednio przez:

- 1) Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowo - Handlowe „HERMES” Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach w zakresie części 3 (sygn. akt KIO/UZP 194/10);
- 2) Firmę Usługową „EKO - JAGR ” Sp. z o. o. z siedzibą w Woli w zakresie części 1 (sygn. akt KIO/UZP 196/10);
- 3) Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowo - Handlowe „PERFEKT” Sp z o. o. z siedzibą w Bieruniu w zakresie części 2 (sygn. akt KIO/UZP 197/10).

Odwołujący się podnieśli takie same zarzuty i powołali taką samą argumentację faktyczną i prawną, odnosząc je do poszczególnych przywołanych wyżej części zamówienia, w związku z czym zostaną one zaprezentowane łącznie.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, polegające na nie wykluczeniu i w konsekwencji nie odrzuceniu oferty Związku „Rybnik 90” w związku z faktem nie wykazania spełnienia warunku określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz” (część X pkt 1 siwz) przez nie złożenie dokumentu potwierdzającego jego spełnienie (część XII pkt 1 siwz);
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 3. art. 27 ust. 1 ustawy, polegające na nie wykluczeniu wykonawcy i w konsekwencji nie

odrzucenie oferty Związku „Rybnik 90” w związku z faktem nie wykazania spełnienia warunku określonego w siwz (część X pkt 3 siwz) przez nie złożenie dokumentu potwierdzającego jego spełnienie (część XI pkt 6 siwz);

3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, polegające na nie odrzuceniu oferty Związku „Rybnik 90”, w związku z faktem, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art.7 ust.1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, polegające na nie odrzuceniu oferty Związku „Rybnik 90”, w związku z faktem, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wnieśli o uwzględnienie odwołań i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych w siwz;
2. wykluczenie wykonawcy i w konsekwencji odrzucenie oferty Związku „Rybnik 90” z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
3. odrzucenie oferty Związku „Rybnik 90” z powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu w poszczególnych częściach postępowania;
5. wybór ofert odwołujących się, jako najkorzystniejszych, w poszczególnych częściach postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazali:

ad. zarzut nr 1:

Złożony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nowy wykaz wykonanych usług, w którym w stosunku do pierwotnie złożonego wykazu pojawili się nowi odbiorcy usług. Związek „Rybnik 90” wskazując nowych odbiorców *de facto* zmodyfikował dotychczasową ofertę i złożył nową, co jest niedopuszczalne na tym etapie postępowania, bowiem minął termin złożenia ofert. Dodatkowo, w trzech dotychczasowych pozycjach, zmianie (zwiększeniu) uległy dotychczasowe wartości zamówienia przy jednoczesnym skróceniu okresu realizacji. Ze złożonych dokumentów, mających potwierdzić należyte wykonanie wykazanych usług, nie wynika, że Związek „Rybnik 90” wykonuje lub wykonywał usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o łącznej wartości co najmniej 98 000,00 zł (zadanie 1) i 600 000,00 zł (zadanie 2) oraz 1 221 000,00 zł (zadanie 1, 2 i 3 łącznie). Ponadto złożone dokumenty, mające potwierdzić ich należyte wykonanie, w żaden

sposób nie wskazują na wartość realizowanej lub zrealizowanej usługi, wobec czego nie jest możliwym jednoznaczna ocena spełnienia warunku określonego w siwz w odniesieniu do poszczególnych zadań. Nie wskazują co zostało wykonane, za jaką kwotę, w jakim terminie oraz okoliczność braku zastrzeżeń zamawiającego w odniesieniu do realizacji powierzonej czynności. Odwołujący się ocenił złożone dokumenty jako niewiarygodne, podniósł, że winny budzić wątpliwości zamawiającego.

ad. zarzut nr 2:

Przywołanym wezwaniem dokonany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wezwał Związek „Rybnik 90” do złożenia aktualnego zaświadczenia z ZUS o nie zaleganiu z opłacaniem składek, które w terminie wyznaczonym przez zamawiającego wpłynęło do KW S.A. Centrum Wydobywcze Zachód w Knurowie, a do siedziby Spółki w Katowicach dopiero 30 listopada 2009 r. tj. po terminie. W konsekwencji Związek „Rybnik 90” nie złożył zaświadczenia w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego.

ad. zarzut nr 3 i 4:

Związek „Rybnik 90” prowadząc działalność gospodarczą posługuje się osobami, z którymi zawiera umowy o pracę wolontarystyczną i które wstępują do związku zawodowego a następnie rejestrują się w urzędach pracy jako bezrobotni, dzięki czemu otrzymują zasiłek, a od związku zapomogę socjalną w wysokości do 700 zł. Związek „Rybnik 90” nie wypłaca swoim pracownikom - wolontariuszom, przynajmniej minimalnego wynagrodzenia, nie odprowadza podatków oraz składek do ZUS. Praktyka ta jest niezgodna z prawem, co potwierdzone zostało orzeczeniami sądów pracy I i II instancji oraz orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2009 r., sygn. akt: I PK 123/09 pozwala jednak na świadczenie usług pralniczych za znacznie niższą cenę, w stosunku do pozostałych wykonawców działających na rynku. usług pralniczych.

Odwołujący się zarzucili, że mimo, iż przywołane wyroki zapadły i uprawomocniły się przed wszczęciem postępowania, Związek „Rybnik 90” nie zgłosił osób, których one dotyczą do ubezpieczenia i nie odprowadził należnych oraz zaległych składek na ubezpieczenie. Zatem złożone zaświadczenie z ZUS jest nieaktualne i potwierdza nieprawdziwy stan rzeczy. Zamawiającego winien, co najmniej wykorzystać art. 26 ust. 4 ustawy. Złożenie oferty przez Związek „Rybnik 90” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż skutkiem bezprawnej praktyki jest w sposób znaczny obniżyć koszty realizacji przedmiotu zamówienia, co nie nastąpiłoby *gdyby* zatrudniał pracowników zgodnie z przepisami a przynajmniej w takiej sytuacji różnica w cenie oferty nie byłaby tak rażąca.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio:

1. Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowo - Handlowe „HERMES” Sp. z o. o. (sygn. akt KIO/UZP 194/10): protest 12 stycznia 2010 r., odwołanie 1 lutego 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy;
2. Firma Usługową „ EKO - JAGR ” Sp. z o. o. (sygn. akt KIO/UZP 196/10); protest 13 stycznia 2010 r., odwołanie 1 lutego 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy;
3. Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowo - Handlowe „PERFEKT” Sp. z o. o. z siedzibą w Bieruniu w zakresie części 2 (sygn. akt KIO/UZP 197/10) protest 14 stycznia 2010 r., odwołanie 1 lutego 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za oddalenie protestu w dniu upłynięcia terminu na dokonanie rozstrzygnięcia.

Związek „Rybnik 90” przystąpił do wszystkich trzech postępowań odwoławczych uczestnicząc uprzednio w postępowaniach wywołanych wniesieniem protestu. Wniósł o oddalenie odwołań.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik (przystępujący - Związek „Rybnik 90”) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 187-269635, 29 września 2009 r.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części (zadania). W części X pkt 1 siwz opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ten sposób, że w razie ubiegania się o trzy części zamówienia należało wykazać, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie) wykonanie/wykonywanie usług

odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej, niż 1 221 000.00 zł. W części XII pkt 1 siwz zamawiający ustalił, że w celu potwierdzenia jego spełnienia należało złożyć wykaz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Zamawiający w części X pkt 3 siwz zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy nie podlegający wykluczeniu, na okoliczność czego wymagał m.in. złożenia oryginału lub poświadczonej kopii zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W części XXVI pkt 1 siwz, zamawiający określił adres korespondencyjny :ul.Powstańców6. 30, 40-039 Katowice.

Związek „Rybnik 90” złożył wraz z ofertą wykaz usług, które wykonywane były w okresie przekraczającym wymagany okres trzyletni, w tym w poz. 1 wykazał usługi świadczone na rzecz zamawiającego o łącznej wartości 1.850.000 zł, nie złożył aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

12 listopada 2009 r. zamawiający wezwał Związek „Rybnik 90”, w trybie art.: 26 ust. 3 ustawy do złożenia: 1. nowego wykazu usług uwzględniający tylko i wyłącznie wartość usług wykonanych w okresie od 29.09.2006 r. do 28.09.2009 r. wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie;

2. aktualnego zaświadczenia z ZUS.

Zamawiający wskazał, że wymagane oświadczenia i dokumenty należy złożyć w Kompanii Węglowej S.A. w Katowicach do 24 listopada 2009 r.

Związek „Rybnik 90” 24 listopada 2009 r. w miejscu wskazanym w wezwaniu złożył wykaz usług obejmujący 13 pozycji. Pierwszych 10 pozycji zawiera usługi wykonywane na rzecz oddziałów zamawiającego w kwocie 1.447.000 zł. w trzech pozostałych pozycjach – usługach wykonanych na rzecz PKW S.A., COMPLEX EURO WORLD oraz PRG Bytom Sp. z o.o. w stosunku do wykazu złożonego wraz z oferta nastąpiło skrócenie wykazanego okresu realizacji przy jednoczesnym wzroście wartości wykazanych usług. W odniesieniu do pozycji 2, 5, 7 i 9 Związek „Rybnik 90” w celu należytego wykonania usług złożył protokoły odbioru oraz faktury.

Wymagane zaświadczenie z ZUS poświadczające brak zaległości w opłacaniu należnych składek na dzień 20 października 2009 r. wpłynęło do KW. S.A. Centrum Wydobywczego

Zachód w Knurowie 24 listopada 2009r. Na piśmie przewodnim znajduje się również *presentata* Kancelarii Głównej zamawiającego z 30 listopada 2009 r.

Wpływ w dacie 24 listopada 2009 r. potwierdzają oświadczenia pracownic zamawiającego złożone na rozprawie. Na rozprawie okazana została książka korespondencji KW S.A. Centrum wydobywczego Zachód, w którym fakt wpłynięcia zaświadczenia uwidocznił się w formie dopisku na dole strony.

§ 11 regulaminu organizacyjnego zamawiającego stanowi, że centra wydobywcze stanowią delegatury centrali zamawiającego.

Sąd Rejonowy w Rybniku, w sprawach o sygn. akt: V P 203/08 oraz V P 205/08, przeciwko Związkowi „Rybnik 90” wyrokami z 10 października 2008 r. ustalił, że Krystynę C. oraz Bożenę S. łączy z pozwanym stosunek pracy. Związek „Rybnik 90” wniósł apelacje, które zostały oddalone wyrokami Sądu Okręgowego w Gliwicach, odpowiednio z 12 lutego i 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Pa 9/09 i IX Pa 10/09.

Wniesioną przez Związek „Rybnik 90” skargę kasacyjną Sąd Najwyższy oddalił wyrokiem z 2 grudnia 2009 r., sygn. akt: I PK 123/09. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że związek zawodowy może, co prawda zgodnie z art. 42 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o organizacjach pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U nr 96, poz. 873) nieodpłatnie zatrudniać wolontariuszy, nie może jednak nadużywać tego uprawnienia w sytuacji, gdy korzysta z ich usług do wykonywania działalności gospodarczej.

Odwołujący się załączyli do protestu pisma ZUS Oddział w Rybniku z 12 listopada 2009 roku w sprawie Bożeny S. i Krystyny C., który w odpowiedzi na zapytanie z dnia 12 listopada 2009r., skierowane do Zakładu Ubezpieczeń, stwierdził, że na podstawie danych dostępnych w Kompleksowym Systemie Informacyjnym i danych identyfikacyjnych, osoby te nie zostały zgłoszone do ubezpieczeń emerytalno-rentowych Związek „Rybnik 90” w okresie od dnia 1 stycznia 2008 roku do nadal.

Odwołujący się załączyli do odwołania notatkę, z której wynika, że Związek „Rybnik 90” aktualnie zatrudnia pracownice na podstawie umów o wolontariat w warunkach umowy o pracę w KWK Halemba.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie powołanych pism, oświadczeń i dokumentów znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania (oraz przekazanych Izbie w formie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii) a okazanych na rozprawie oraz złożonych do akt sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach

sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Izba odniosła się łącznie do zarzutów podnoszonych przez odwołujących się mając na względzie ich tożsamość faktyczną i prawną.

Odwołujący się posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż potwierdzenie zarzutów umożliwi im uzyskanie zamówienia, w poszczególnych częściach postępowania.

Odwołania zasługują na uwzględnienie, mimo, że potwierdzenie znalazła jedynie część podnoszonych zarzutów.

Ad.1. Nie potwierdził się zarzut dotyczący wykazu złożonych usług.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa do uzupełnienia m. in. oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, które nie zostały złożone wraz z ofertą lub jeśli złożone oświadczenia lub dokumenty zawierają błędy.

Postanowienie części X pkt 1 siwz odpowiada § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, uprawniającym zamawiającego do żądania złożenia wykazu wykonanych a w przypadku również wykonywanych usług w okresie, nie dłuższym, niż trzy lata od dnia wszczęcia postępowania.

Zamawiający ustalił, że otrzymany przez niego wykaz usług wykonanych przez Związek „Rybnik 90” zawiera błąd polegający na wykazaniu okresu wykonywanych usług przekraczających termin określony przepisami i wskazany w siwz, zatem pismem z 12 listopada 2009 r. żądał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy złożenia przez Związek „Rybnik 90” nowego wykazu usług. W wyniku wezwania otrzymał wykaz zawierający usługi, których czas trwania i wartość odpowiadają wymaganiom siwz i na ich podstawie uznał spełnienie przez Związek „Rybnik 90” warunku udziału w postępowaniu.

W wykazie złożonym przez Związek „Rybnik 90” w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - pierwszych 10 pozycji stanowią usługi wykonywane na rzecz jednostek organizacyjnych - poszczególnych kopalni. Wymienione usługi były, w wykazie złożonym wraz z ofertą przez Związek „Rybnik 90” zaprezentowane łącznie w pozycji 1, czemu odwołujący

się nie zaprzeczyli. Łączna wartość przywołanych 10 pozycji przekracza wartość ustaloną przez zamawiającego w celu potwierdzenia możliwości ubiegania się o wszystkie trzy części zamówienia. W konsekwencji zmiany wartości pozostałych trzech usług ujętych w wykazie pozbawione są doniosłości, nie mają znaczenia dla oceny spełniania przez Związek „Rybnik 90” warunku ustalonego w siwz.

Wskazać też należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych rozróżnia pojęcie oferty od oświadczeń i dokumentów składanych wraz z ofertą (art. 44 ustawy). Wykaz usług, stanowiący oświadczenie wiedzy wykonawcy, składany jest na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zatem ewentualne wskazanie nowych odbiorców wykonywanych usług w żadnym przypadku nie stanowi dokonanej z obrazą art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści oferty, lecz realizację uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba oceniła również, że złożone, w wyniku uzupełnienia dokumenty potwierdzają należyte wykonanie usług ujętych w wykazie.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie ustalają w choćby przykładowy sposób katalogu dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania usług. Przywołane akty prawne nie formalizują nadto w żaden sposób treści owych dokumentów. Istotne jest zatem, aby wynikało z nich, zgodnie z nakazem zawartym w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, należyte, tj. w sposób zgodny z zobowiązaniem umownym, wykonanie usług. Zatem brak wskazania, w treści referencji, wartości wykonanej lub wykonywanej usługi, nie powoduje uznania, że nie stanowi ona potwierdzenia należytego wykonania umowy, skoro możliwe jest ustalenie, że dotyczy ona usługi ujętej w wykazie. Nie budzi wątpliwości Izby, że zarówno referencje, jak i protokoły odbioru oraz wystawione na ich podstawie faktury, identyfikują należycie umowę, której dotyczą i uniemożliwiają dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego. Związek „Rybnik 90” złożył w wyniku wezwania dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w części X pkt 1 siwz i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ad. 2. Za chybiony Izba uznała również zarzut dotyczący nie złożenia w terminie zaświadczenia wystawionego przez ZUS.

W ocenie Izby nie jest sporne między stronami, że w określonym terminie Związek „Rybnik 90” wymagane zaświadczenie złożył. Potwierdza to *presentata* z datą 24 listopada 2009 r., oświadczenia pracownic zamawiającego. Sposób wpisu do książki korespondencji Izba uznała za pozbawiony znaczenia dla rozpatrzenia zarzutu.

Przedmiotem sporu jest ocena, czy złożenie wymaganego dokumentu u zamawiającego, w innym, niż wyznaczone miejscu, powoduje skutek w postaci uznania, że wymagany dokument nie został złożony w terminie.

Art. 23 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy umożliwiającego ich uzupełnienie w wyznaczonym terminie.

§ 11 Regulaminu organizacyjnego zamawiającego wskazuje, że centrum wydobywcze zachód nie stanowi innej jednostki organizacyjnej, niż wskazana jako adres korespondencyjny centrala.

Skoro zaświadczenie wpłynęło w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający wymaganego dokumentu nie otrzymał zgodnie z treścią dokonanego wezwania. Można twierdzić, ewentualnie, że Związek „Rybnik 90” nie uczynił zadość wymaganiu formalnemu zamawiającego, co do miejsca złożenia dokumentu. Jednak, w okolicznościach sprawy, nie doprowadziło to do braku zachowania wymaganego terminu.

Wskazać należy, że złożenie w wymaganych oświadczeń lub dokumentów w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego leży w interesie wykonawcy, który uzyskuje pewność, że uczynił zadość wymaganiom zamawiającego. Złożenie dokumentów u zamawiającego z zachowaniem wyznaczonego terminu, jednak w innym miejscu, niż wyznaczone powoduje powstanie ryzyka po stronie wykonawcy.

Izba uwzględniła przy ocenie zarzutu okoliczności sprawy polegające na specyfice organizacyjnej zamawiającego wynikającej ze znacznych rozmiarów prowadzonej przez niego działalności oraz wyznaczania przez niego w toku postępowania różnych miejsc dla składania dokumentów. Izba uznała, że zaświadczenie z ZUS wpłynęło do zamawiającego w wyznaczonym terminie i nie zaszła zatem przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ad. 3 i 4. Z treści protestu i odwołania wywieść należy nie tylko zarzuty: zaferowania ceny rażąco niskiej, dopuszczenia się przez złożenie oferty czynu nieuczciwej konkurencji skutkujących koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy. Odwołujący się podnieśli *expressis verbis*, że zaświadczenie złożone przez Związek „Rybnik 90” jest nieaktualne i poświadcza nieprawdę. Izba uznała, że powyższe konstytuuje zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania - brak powołania jako podstawy prawnej art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie prowadzi do przyjęcia, że zarzut taki nie został podniesiony.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień siwz, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub w konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego.

Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem nie tylko przywołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, którego naruszenia dopuścił się zamawiający, ale również wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest winien zawierać m.in. żądanie oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów. § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) wśród elementów, które winno zawierać odwołanie, wymienia m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania (§ 1 ust. 1 pkt 7 i 8).

Mając na uwadze poczynione ustalenia, co do zakresu rozpoznania, Izba uznała, że chybiony jest zarzut zaofierowania ceny rażąco niskiej. Jak trafnie, w ślad za doktryną i orzecznictwem podnieśli odwołujący się, z uwagi na brak ustawowej definicji oraz subiektywny i relatywny charakter pojęcia cena rażąco niska konieczne jest znalezienie punktu odniesienia przy badaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Powszechnie przyjmuje się, że jest nim przedmiot zamówienia oraz jego wartość, pod warunkiem jej oszacowania z należytą starannością. W okolicznościach sporu, brak jest podstaw do przyjęcia, że wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana nienależycie. W poszczególnych częściach zamówienia Związek „Rybnik 90” zaofierował ceny, dla zadania pierwszego 185.976 zł (przy szacunku zamawiającego 192.564,00 zł), dla drugiego: 1.134.000 zł (przy szacunku zamawiającego 1.744.168,00 zł), dla zadania trzeciego: 997.920 zł (przy szacunku zamawiającego 1.033.268,00 zł). Przedstawione odniesienie przywoływanych kwot do wartości, wskazuje, że brak jest podstaw do uznania, że zaofierowana cena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy ocenie zarzutu rażąco niskiej ceny odnoszenie się do cen ofert innych wykonawców stosowane winno być posiłkowo i może być uzasadnione, co do zasady w sytuacji, gdy cena oferty badanej w istotny sposób odbiega od średniej ceny pozostałych złożonych ofert. Wobec faktu, że o poszczególne części zamówienia ubiegali się wyłącznie odwołujący się oraz Związek „Rybnik 90”, Izba uznała, że odnoszenie się do różnic w cenach może być niemiarodajne. W ślad za doktryną i orzecznictwem, za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać taką ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych

zamówień. Zamawiający wykazał przed Izbą, że jego jednostki organizacyjne zawierają umowy na usługi pralnicze za ceny porównywalne lub niższe. Zatem brak jest podstaw do uznania, że oferta Związku „Rybnik 90” zawiera cenę rażąco niską.

Odnosząc przedstawioną ocenę do zarzutu ewentualnego posłużenia się przy realizacji przedmiotu zamówienia osobami, które wbrew wymaganiom wynikającym z przepisów nie zostały zgłoszone do ubezpieczenia społecznego stwierdzić należy, że powyższe nie uzasadnia każdorazowo zaoferowania ceny rażąco niskiej, natomiast może mieć wpływ na poziom ceny oraz wysokość zysku t. j. konkurencyjność oferty a tym samym możliwość uzyskania zamówienia.

Izba zważyła, że mimo, iż zarzut zaoferowanie ceny rażąco niskiej nie znalazł potwierdzenia, to nie ulega wątpliwości, że prowadzenie działalności gospodarczej w ten sposób, że z pracownikami nie zostają zawarte umowy o pracę, mimo spełnienie przesłanek ustawowych, i nie są odprowadzane należne składki na ubezpieczenie społeczne pozwala na uzyskanie przewagi konkurencyjnej związanej z mniejszym obciążeniem kosztami takiej działalności. Złożenie oferty z ceną skalkulowaną przy pominięciu należnych świadczeń pracowniczych i publicznoprawnych stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm); czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Nie budzi wątpliwości Izby, że pozyskiwanie zamówień w związku z niewykonywaniem obowiązków wynikających z prawa pracy i związanych z nim obowiązków dotyczących ubezpieczenia społecznego, jest działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami, które naruszają interes pozostałych uczestników rynku, gdyż prowadzić może do ograniczenia dostępu do rynku.

W tym miejscu należy się odnieść się do twierdzenia zamawiającego o konieczności oparcia się wyłącznie na literalnym brzmieniu zaświadczenia z ZUS oraz braku możliwości jego weryfikacji i kwestionowania.

Izba nie podziela przedstawionego poglądu. Wprawdzie zaświadczenie wystawione przez właściwy oddział ZUS stanowi, zgodnie z art. 244 kpc dokument urzędowy - i dowód tego, co zostało w nim stwierdzone - jednak domniemanie wynikające z jego treści ma charakter wzruszalny (*praesumptio iuris tantum*) i może być obalone przez przedstawienie dowodu na twierdzenie przeciwne. Zgodnie bowiem z art. 252 kpc strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia organu, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić.

Odwołujący się dowody takie przedstawili już na etapie protestu. W przywołanych wyrokach sądy rejonowy i okręgowy stwierdziły, że Związek „Rybnik 90” zatrudniał osoby wykonujące

usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę wolontarystyczną, w sytuacji, gdy obowiązany był zawrzeć umowę o pracę. Zgodnie z art. 363 § 1 kpc orzeczenie sądu drugiej instancji jest prawomocne z chwilą wydania i winno być wykonane. Wniesienie kasacji nie zwalniało Związku „Rybnik 90” z wykonania wyroku, kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia prowadzącym do wzruszenia prawomocnych orzeczeń i nie posiada charakteru suspensywnego. Prawidłowe wykonanie zapadłych orzeczeń winno spowodować zgłoszenie Krystyny Czekaj oraz Bożeny Sojki do ubezpieczenia społecznego oraz zapłatę należnych składek. Odwołujący się złożyli pisma z ZUS, z których wynika, że zgłoszenie takie nie nastąpiło. Tymczasem zaświadczenie złożone przez Związek „Rybnik 90” stwierdza brak zaległości.

W takiej sytuacji zamawiający nie może oprzeć się wyłącznie na treści zaświadczenia.

Podkreślić należy, że obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest wyjaśnienie treści złożonych oświadczeń lub dokumentów, nawet w sytuacji, gdy ich literalna treść odpowiada warunkom udziału w postępowaniu, ale pojawiły się wątpliwości, co do jej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Art. 26 ust. 4 ustawy nie warunkuje bowiem w żaden sposób dokonania przez zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnień. Zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art.7 ust. 3 ustawy). Zamawiający, na którym ciążyą wymagania wynikające z ustawy o finansach publicznych, nie może tracić z oczu, że umowę w sprawie zamówienia publicznego może zawrzeć z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca taki nie podlega wykluczeniu, a oferta odrzuceniu z przyczyn określonych w art. 89 ust. 1 ustawy.

Wprawdzie „Związek Rybnik 90” oświadczył na rozprawie, że stan rzeczy ujawniony w orzeczeniach sądów miał charakter incydentalny i wykonawca wykonał ciężące na nim obowiązki, w związku z zatrudnianiem pracowników, jednak podnoszone twierdzenie nie zostało poparte dowodem.

Tymczasem odwołujący się wskazali na kontynuację praktyki Związku „Rybnik 90”, polegającej na zatrudnianiu osób na podstawie umowy o wolontariat, o której negatywnie wypowiedział się Sąd Najwyższy.

Izba ocenia, że zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia ujawnionych rozbieżności w stanowisku oddziału ZUS w Rybniku, narusza zasady zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy – równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób jednakowy ocenił dokumenty i oferty złożone przez wykonawców, co do których nie zostały podniesione wątpliwości, co do prowadzenia działalności z naruszeniem przepisów prawa, oraz wykonawcę, co do którego wątpliwości takie zostały, co najmniej, uprawdopodobnione.

Zamawiający ma obowiązek dołożyć należytej staranności i wyeliminować z postępowania wykonawców, których oferty, a właściwie ich złożenie, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub narusza inne przepisy z zakresu ochrony konkurencji i praw konsumentów (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/5 *niepubl.*).

Zamawiający tymczasem staranności takiej nie dochował. Nie odniósł się do zarzutów protestu, na potwierdzenie których zostały złożone powoływane pisma, zaniechał jakiegokolwiek aktywności w celu wyjaśnienia zaświadczenia wystawionego przez oddział ZUS w Rybniku, choć mógł i powinien to uczynić, gdyż ma to wpływ na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie zamawiającego wykorzystania uprawnień wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie powinno doznawać ochrony.

Prawidłowym działaniem zamawiającego winno być podjęcie działań wyjaśniających, pod kątem ustalenia, czy istotnie zaświadczenie wystawione przez oddział ZUS w Rybniku stwierdza rzeczywisty stan rzeczy.

Zamawiający rozstrzygając protest odstępując od wyjaśnienia zaświadczenie wystawionego przez oddział ZUS w Rybniku naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Naruszenia zamawiającego mogą mieć wpływ na wynik postępowania, zatem Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a ustawy uwzględniła odwołania. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy, Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1,2 i 3 zamówienia oraz nakazała ponowienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 4 ustawy oraz badania i oceny ofert w częściach 1, 2 i 3 zamówienia.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołujących się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 5.490 zł (za reprezentację w trzech postępowaniach odwoławczych), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....