

**WYROK**  
**z dnia 19 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Monika Kawa-Ogorzałek**  
**Protokolant:       Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2019 przez wykonawcę **FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Outworking Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986; ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi kierowania pracownikami tymczasowymi do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 077-184414.

W dniu 24 czerwca 2019r. Zamawiający poinformował wykonawcę - FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp złożonej przez tego wykonawcę oferty.

W dniu 4 lipca 2019r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp - poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji
- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący w związku z tak postawionymi zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadniając odwołanie wskazał, że do upływu terminu składania ofert w dniu 23 maja 2019 r. zostały złożone cztery oferty, w tym oferta wykonawcy Outworking S.A. (dalej: „Przystępujący”) oraz Odwołującego z taką samą ceną brutto, tj. - 9 586 900,80 zł.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 963 000,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 9 693 542,26 zł brutto.

W dniu 31 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego oraz Przystępującego o złożenie ofert dodatkowych, w trybie art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, ze względu na to, iż nie mógł wybrać oferty najkorzystniejszej z powodu złożenia przez tych wykonawców ofert z tą samą ceną. W wyznaczonym terminie wpłynęły dwie oferty, odpowiednio z cenami:

1. Przystępujący - 9 570 521,20 zł brutto,

2. Odwołujący - 9 540 633,60 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący obniżył cenę swojej oferty o 16 379,60 zł brutto, czyli o 0,17% pierwotnej ceny, natomiast Odwołujący o 46 267,20 zł brutto czyli o 0,48% pierwotnej ceny.

Po złożeniu ofert dodatkowych do Zamawiającego wpłynęło pismo Przystępującego, które stanowiło podstawę skierowania do Odwołującego w dniu 7 czerwca 2019 r. wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny. Zamawiający zażądał wyjaśnienia tylko jednej z części składowej ceny, tj. marży (zysku) wykonawcy, nie zaś w stosunku do ceny lub jej istotnej części składowej. Odwołujący wskazał, że najwyższa z zaoferowanych marż stanowiła około 3% całkowitej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego wezwanie do wyjaśnień odbyło się z rażącym naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ani cena ani istotna składowa część ceny nie okazała się rażąco niska.

Odwołujący zauważył, że wniosek o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnosił się do kosztów administracyjnych funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego, a nie do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał m.in. wyjaśnień dotyczących:

1. Kosztów badań lekarskich naszych pracowników,
2. Kosztów rekrutacji pracowników do naszej firmy,
3. Kosztów obsługi kadrowo-płacowej pracowników,
4. Kosztów zakupu polisy OC dla naszej firmy,
5. Obsługi finansowej zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
6. Kosztów zaangażowania opiekunów i koordynatorów umowy.

Odwołujący wskazał, że każde przedsiębiorstwo ponosi koszty swojej działalności, co nie oznacza, że ich wysokość może być przedmiotem sporu w zakresie rażąco niskiej ceny. Gdyby za zasadne przyjął stanowisko Zamawiającego to wyjaśnić należałoby również koszty najmu pomieszczeń na biuro firmy, ceny abonamentów telefonicznych, leasingu samochodów, zakupu sprzętu komputerowego czy licencji na oprogramowanie. Każde z tych świadczeń jest bowiem niezbędne do wykonania niniejszego zamówienia i musi zostać opłacone przez wykonawcę. Opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje na obowiązek wykonania przez wykonawcę choćby jednego badania lekarskiego czy prowadzenia określonej liczby rekrutacji. Również formularz ofertowy nie przewidywał konieczności podania cen tych usług. W SIWZ mowa jest jedynie o ponoszeniu kosztów tych świadczeń przez wykonawcę, co nie oznacza, że stają się one przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał także, że sama konstrukcja formularza ofertowego wymagała, aby wykonawcy składający ofertę określili jedynie wielkość swojej marży. Zamawiający nie wymagał od żadnego z wykonawców podania kosztów badań lekarskich, polisy OC, rekrutacji, obsługi kadrowo-płacowej itd., co stanowiło podstawę do zażądania udzielenia wyjaśnień w zakresie tych kosztów a następnie odrzucenia oferty

Odwołującego. Odwołujący podkreślił ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu nie było możliwości zaoferowania realizacji zamówienia poniżej kosztów. Zamawiający pokrywa bowiem wszystkie koszty osobowe pracowników tymczasowych (patrz § 4 ust. 1 projektu umowy) i kwotę tę „na sztywno” podał w formularzu ofertowym bez możliwości jej zmiany przez wykonawcę. Rolą wykonawców było jedynie określenie swojej marży, liczonej jako kwota za obsługę jednego pracownika tymczasowego przez jeden miesiąc. Realizacja zamówienia poniżej kosztów byłaby możliwa tylko w przypadku zaoferowania marży ujemnej, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Odwołujący kolejno wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyjaśnienia dotyczące kosztów administracyjnych funkcjonowania firmy. W treści tych wyjaśnień wskazał, że firma Fallwork jest obecnym wykonawcą niniejszego zamówienia, dzięki czemu nie musi rekrutować kompletu nowych pracowników, przeprowadzać wstępnych badań lekarskich dla wszystkich pracowników. Polisa OC nie jest nabywana w związku z realizacją konkretnej umowy, więc jej koszt nie wpływa w żaden sposób na cenę oferty. Na dowód możliwości wykonania badań lekarskich za założoną przez nas cenę przedstawił ofertę cenową lekarza medycyny pracy. Fakt posiadania koordynatorów w wyznaczonych lokalizacjach potwierdzony został kopiami umów o pracę. Całość dowodów poparta została kalkulacją ofertową kosztów, która wykazywała zysk na realizacji zamówienia przy założeniu wykonania aż 102 badań lekarskich pracowników.

Według Odwołującego pomimo złożenia kompleksowych wyjaśnień i załączenia szeregu dowodów oferta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji. Z treści udostępnionego protokołu z postępowania wynika, że druga w kolejności oferta, droższa od naszej o zaledwie 0,3% uznana została za niezawierającą rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że drugi w kolejności wykonawca nie wykonuje obecnie przedmiotowej usługi, w związku z czym w cenie przez niego zaoferowanej zawarte być powinno zrekrutowanie nowych pracowników i wykonanie dla nich wszystkich wstępnych badań lekarskich.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie jego oferty skupił się na zbyt niskiej według niego cenie badań lekarskich nowozatrudnionych pracowników, a złożone przez Odwołującego dowody uznane zostały przez Zamawiającego za „nierealne i poniżej kosztów wytworzenia usługi w tym zakresie”. Zarzucił, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie wskazał, jaka według niego powinna być cena wykonywania badań lekarskich pracowników. Podkreślił, że na potrzeby uzasadnienia odrzucenia jego oferty Zamawiający przyjął, że „stosunek pracy w ramach pracy tymczasowej nie charakteryzuje stabilność zatrudnienia i stwierdził, że „wątpliwym jest zatem przyjęcie, że w trakcie 18 - miesięcznego okresu realizacji zamówienia, rotacja pracowników, pracujących w systemie pracy tymczasowej nie wystąpi lub będzie „nieznaczna” a tym samym nie będzie

generować dodatkowych kosztów związanych z rekrutacją i badaniami lekarskimi nowych pracowników.". W opinii Odwołującego powyższe dowodzi, iż decyzja o odrzuceniu oferty została oparta na przypuszczeniach Zamawiającego dotyczących przyszłych kosztów administracyjno- kadrowych funkcjonowania firmy. Tymczasem faktem jest, że w ramach realizacji obecnej umowy dla tego Zamawiającego w okresie ostatnich 3 miesięcy (kwiecień, maj, czerwiec 2019 r.) wystąpiła konieczność zrekrutowania zaledwie jednego pracownika. Rotacja pracowników jest więc znikoma, jak wskazaliśmy w swoich wyjaśnieniach. Pomimo tego, nawet przyjmując za słuszne hipotetyczne wyliczenia Zamawiającego, tj. konieczność wykonania 90 szt. badań lekarskich po 10 zł oferta nasza wykazuje zysk.

W opinii Odwołującego zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji oparte zostały na fałszywej przesłance, jakoby złożył ofertę z ceną 1 grosza, gdy tymczasem faktyczna cena oferty wynosiła po złożeniu ofert dodatkowych 9 540 633,60 zł brutto. Odwołujący wskazał, że żaden przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie nakazuje takiego ustalania cen, aby inny wykonawca mógł zaoferować cenę niższą. Ponadto podkreślił, że to Zamawiający tak skonstruował formularz oferty, że niemożliwym było zaoferowanie ceny niższej niż 9 537 912,00 zł brutto.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 lipca 2019r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że w trakcie realizacji zamówienia Odwołujący - jako agencja pracy tymczasowej - będzie musiał wykonywać generujące po jego stronie koszty i czynności wynikające zarówno z przepisów prawa jak i z SIWZ, takie jak:

- koszty osobowe i administracyjne związane z zawieraniem umów z pracownikami tymczasowymi,
- koszty związane z koniecznością zatrudniania nowych pracowników tymczasowych w okresie trwania umowy w związku z obowiązkową rotacją co 18 miesięcy,
- koszty związane z ponoszeniem opłat ca badania lekarskie pracowników tymczasowych,
- koszty osobowe i administracyjne prowadzenia rekrutacji pracowników,
- koszty osobowe i administracyjne związane z prowadzeniem i przechowywaniem dokumentacji zatrudnionych pracowników,
- koszty osobowe dotyczące zapewnienia koordynatora i opiekunów,
- koszty osobowe dotyczące zapewnienia specjalisty ds. płac,
- koszt związany z zapewnieniem lokalu zapewniającego poufność rozmów,
- koszt osobowy i administracyjny związany z comiesięcznym sporządzaniem Specyfikacji kosztowej i Protokołu Odbioru Miesięcznego Usługi,

- koszt ubezpieczenia związanego z odpowiedzialnością za działania pracowników tymczasowych wobec pracodawcy użytkownika, koszty dochodzenia ewentualnych roszczeń regresowych,

- koszt posiadania ubezpieczenia OC w związku z wykonywaną działalnością,

- koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- koszty związane z koniecznością posiadania fizycznej siedziby,

- koszty osobowe i administracyjne związane z prowadzeniem i przechowywaniem dokumentacji pracowników zatrudnianych przez agencję pracy tymczasowej

- koszty osobowe i administracyjne związane z gromadzeniem danych oraz sporządzaniem corocznego raportu z działalności właściwemu marszałkowi województwa.

Zamawiający wskazał, że jedyną częścią składową ceny, z których wykonawca może pokrywać koszty wykonania wymienionych powyżej czynności jest „marża”. Dlatego właśnie ten element stanowi istotną część składową ceny, bez względu na swoją wysokość w stosunku do wartości zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzenia pracowników tymczasowych.

Zamawiający wskazał, że wykonawca wypełniał wyłącznie w formularzu cenowym fragmenty dotyczące marży w pozostałych rubrykach kwoty już były wpisane.

Zamawiający podkreślił, że w niniejszej sprawie zarówno cena całkowita jak i istotna część składowa (marża) budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia, w związku z czym zastosował przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego marża na poziomie 0,01 zł nie jest w stanie pokryć Odwołującemu wymienionych wcześniej kosztów wykonania usługi wynikających z wzoru umowy oraz ustaw, gdzie nałożono na agencję pracy tymczasowej obowiązki generujące koszty w związku z prowadzeniem działalności, tj. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Stwierdził także, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były niewiarygodne, zawierały ceny, które były nierynkowe (badania lekarskie za 10 zł) i nie mogły zostać przyjęte.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca dopuścił się złożenia rażąco niskiej ceny w ofercie dodatkowej i było to w istocie czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż poprzez złożenie ceny a poziomie 0,01 zł bez względu na ponoszone koszty w ramach usługi za tą cenę chciał sobie zapewnić uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy uwzględniali konieczność poniesienia pewnych kosztów w ramach oferowanej ceny.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący pierwotnie złożył ofertę z marżą w wysokości 0,18 zł brutto i w jego ocenie zejście przez wykonawcę przy złożeniu oferty dodatkowej o 1800% z pierwotnej ceny (marży) związane było wyłącznie z chęcią uzyskania zamówienia, bez względu na poniesioną stratę w ramach przedmiotowego kontraktu.

Kolejno Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie uwzględnił w marży kosztów związanych z konieczną rotacją pracowników, bowiem wbrew jego twierdzeniom rotacja pracowników tymczasowych nie jest znikoma. Zamawiający powołał się na przepisy ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. 2003 Nr 166 poz. 1608 ze zm.) i wskazał, że zakazują one zatrudniania pracowników tymczasowych przez okres dłuższy niż 18 miesięcy w ciągu 36 kolejnych miesięcy na rzecz jednego pracodawcy użytkownika. Zatem w stosunku do każdego z pracowników tymczasowych już zatrudnionych i świadczących pracę w ramach umowy między Odwołującym a Zamawiającym z 2017 r., w takcie realizacji nowej umowy (przyjmując, że będzie ona obowiązywać do 31.01.2021 r.) upłynie 18-miesięczny okres, o którym mowa w ustawie a co za tym idzie wykonawca będzie zobowiązany do zrekrutowania nowych pracowników w miejsce dotychczasowych. Zatem każdy z pracowników tymczasowych zatrudnianych przez Odwołującego i świadczących pracę aktualnie na rzecz Zamawiającego w okresie realizacji nowej umowy będzie musiał zostać zwolniony z przyczyny wskazanej w art. 20 ust. 1 i 3 ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych — na co Odwołujący nie ma wpływu. Wskazał, że zgodnie z posiadaną dokumentacją w ciągu jednego roku przez Agencję zatrudnionych zostało do Działu Contact Center 114 nowych pracowników tymczasowych, a 124 dotychczasowych pracowników tymczasowych zwolniono. Zdaniem Zamawiającego powyższe dane stanowią dowód na to, że rotacja wśród pracowników tymczasowych tj. zwolnienia i nowe przyjęcia jest w rzeczywistości znaczna i ma charakter ciągły (zarówno zwolnienia jak i przyjęcia do pracy miały miejsce każdego miesiąca 2018 r.). Skutkiem zwolnień będzie konieczność rekrutowania nowych pracowników co będzie powodować dodatkowe koszty, które Odwołujący zupełnie marginalizuje i określa na poziomie 0,01 zł miesięcznie na jednego pracownika, co jest kwotą nierealną, nie popartą rzeczowym wyliczeniem. Przyjęcie przez Odwołującego, że rotacja pracowników będzie nieznaczna, a co za tym idzie nie wygeneruje dodatkowych kosztów, było w tym stanie faktycznym nieuprawnione i prowadzi do znacznego niedoszacowania kosztów związanych z rotacją i zatrudnianiem nowych pracowników.

Zamawiający wskazał ponadto, że Odwołujący nie uwzględnił w marży kosztów badań lekarskich. Wyjaśnił, że koszty badania lekarskiego jako jeden z istotnych elementów składających się na marżę wykonawcy może być badana przez Zamawiającego w zakresie czy jest ona realna, gdyż znaczne zniżenie ceny jednostkowego badania wpływa na wysokość marży wykonawcy. Uzasadnione jest to szczególnie w przedmiotowym postępowaniu, gdzie marża jest de facto jedynym elementem ceny, który Wykonawcy mogli kształtować samodzielnie, a zarazem jedynym w którym mogli konkurować.

Wykonawca zaoferował marżę w wysokości 0,01 zł za roboczogodzinę co przy ustalonej przez Zamawiającego liczbie roboczogodzin na 272 160 daje kwotę 2 721,60 zł marży łącznej w całym okresie obowiązywania umowy (przez 18 miesięcy). Zamawiający podkreślił,

że rotacja pracowników w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia wystąpi i to na znacznym poziomie, a każdorazowe zatrudnienie nowego pracownika będzie związane z obowiązkiem przeprowadzenia badania lekarskiego, za które zapłaci wykonawca. Zarzucił, że Odwołujący pomimo, że uzyskał „ofertę” na kwotę 10 zł, to nie poparł natomiast tej „oferty” jakimkolwiek fakturami lub rozliczeniami faktycznymi, które nastąpiły wcześniej. Według Zamawiającego uzyskanie takiej „oferty” było w istocie próbą wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do możliwości uzyskania takiego świadczenia za 10 zł. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał realności ceny 10 zł za jedno badanie lekarskie pracownika. O tym, że cena ta jest nierealna świadczą przede wszystkim rynkowe ceny takich usług zarówno u podmiotu, którego ofertę Odwołujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami w dniu 13 czerwca 2019 r., jak i u innych podmiotów prowadzących działalność w tym zakresie. Ceny badań lekarskich z zakresu medycyny pracy wraz z wydaniem orzeczenia przez lekarza oscylują w granicach 60-90 zł i są to ceny wielokrotnie wyższe niż cena badania, na którą wskazuje Odwołujący.

Według Zamawiającego Odwołujący w postępowaniu nie wykazał, że cena za jedno badanie na poziomie 10 zł jest realna. Z załączonej oferty NZPOZ „P.” wynika zobowiązanie tego podmiotu do wykonania badań lekarskich pracowników tymczasowych wraz z wydaniem orzeczenia lekarskiego na rzecz Odwołującego w cenie 10 zł za jedno badanie, pomimo, że w rzeczywistości podmiot ten oferuje pozostałym klientom identyczne badanie w cenie 130 zł, co zdaniem Zamawiającego potwierdza, że cena zaoferowana Odwołującemu jest znacznie zaniżona i nierealna i służy jedynie obniżeniu marży a w konsekwencji do uzyskania zamówienia poniżej kosztów. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, skąd taka a nie inna cena za badanie znalazła się w przedstawionej mu ofercie, przede wszystkim nie wskazał, jaki jest realny koszt poniesiony przez wykonawcę w związku z przeprowadzeniem badania. Według Zamawiającego cena taka nie jest możliwa do osiągnięcia w warunkach uczciwej konkurencji a nawet uczciwej współpracy między usługodawcą a usługobiorcą. Samo powołanie się na ofertę NZPOZ „P.” jest w ocenie Zamawiającego niewystarczające, gdyż z przeprowadzonej analizy rynku wynika, że zaoferowana cena za badanie jest nierealna, natomiast w wyjaśnieniach z dnia 13 czerwca 2019 r., Odwołujący nie przedstawił rzeczowych argumentów, które potwierdzałyby że cena 10 zł za jedno badanie jest ceną realną w szczególności nie przedstawił elementów tej ceny i czynników wpływających na jej wysokość, oprócz długotrwałej współpracy między Odwołującym a oferującym usługi badań lekarskich — na marginesie, okoliczność ta może wskazywać na celowe zaniżanie ceny badania w celu uzyskania zamówienia.

Zamawiający wskazał ponadto, że marża, w przeciwieństwie do tego, co wskazuje Odwołujący, nie stanowi „zysku”, ale jest wynagrodzeniem wykonawcy którego nie pokryje on z innych części wynagrodzenia w przedmiotowej umowie.



Zdaniem Zamawiającego, przyjęcie oferty dodatkowej Odwołującego doprowadzić może do albo dofinansowania wykonywania usług z przedmiotowej umowy przez wykonawcę z innych źródeł lub do próby uzyskiwania zysku od pracowników (np. otrzymywanie od pracowników tymczasowych zwrotu części wynagrodzenia lub wysokie kary dla pracowników rekompensujące część wynagrodzenia).

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zasadnie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż oferta dodatkowa — jest rażąco niska, a jej złożenie na poziomie 0,01 zł i złożenie nierynkowej oferty w zakresie badań lekarskich stanowiło również czyn nieuczciwej konkurencji.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Outworking Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła:**

Zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, za świadczenie usług, o których mowa w § 1 niniejszej Umowy PGNiG OD wypłaca Agencji wynagrodzenie, na które składać się będą:

- a) koszty osobowe, o których mowa w ust. 2,
- b) marża godzinowa, o której mowa w ust. 6.

Stosownie do treści § 4 ust. 6 projektu umowy Agencji przysługuje marża godzinowa w stałej kwocie za każdą godzinę świadczenia pracy tymczasowej przez każdego Pracownika tymczasowego w wysokości (...). Świadczenie pracy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, oznacza faktyczny czas pozostawania Pracownika tymczasowego w dyspozycji PGNiG OD, z wyłączeniem urlopów i zwolnień chorobowych.

Zgodnie z § 2 ust. 8 Agencji przysługuje marża godzinowa w stałej kwocie za każdą godzinę świadczenia pracy tymczasowej przez każdego Pracownika tymczasowego w wysokości .... Świadczenie pracy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, oznacza faktyczny czas pozostawania Pracownika tymczasowego w dyspozycji PGNiG OD, z wyłączeniem urlopów i zwolnień chorobowych.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 963 000,00 zł brutto, Odwołujący złożył ofertę dodatkową na kwotę 9 540 633,60 zł brutto, a Przystępujący na kwotę 9 570 521,20 zł brutto. Izba ustaliła również, że Odwołujący zaoferował marżę w wysokości 0,01 zł za godzinę pracy pracownika, natomiast Przystępujący marżę w wysokości 0,10 zł.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2019r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w związku ze złożoną w postępowaniu ofertą dodatkową, w której wyliczono marżę godzinową za godzinę świadczenia pracy tymczasowej przez każdego pracownika tymczasowego w wysokości 0,01 zł netto=brutto (2 721,60 zł netto = brutto w całym okresie obowiązywania umowy; średnio 151,17 zł netto = brutto miesięcznie). Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie:

1. Jak Wykonawca skalkulował koszty badań lekarskich pracowników? Prosimy o podanie ceny badania jednej osoby wraz z dowodami.
2. Jak Wykonawca skalkulował koszty rekrutacji z uwzględnieniem różnych lokalizacji rekrutacji?
3. Jak Wykonawca skalkulował koszty obsługi kadrowo-płacowej w przeliczeniu na osobę na miesiąc?
4. Jak Wykonawca skalkulował koszty polisy OC? Prosimy o przedstawienie dowodów.
5. Jak Wykonawca skalkulował koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy?
6. Jak Wykonawca skalkulował koszty zaangażowania Koordynatora oraz opiekunów każdej lokalizacji umowy?

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które zostały przez niego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący udzielił wyjaśnień na każde z zadanych przez Zamawiającego pytań wyjaśniając jak skalkulował ofertę w tym zakresie.

Pismem z dnia 24 czerwca 2019r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując, że w ocenie Zamawiającego, nie wykazał on, iż złożona oferta dodatkowa nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności nie uzasadnił wystarczająco sposobu i okoliczności, na podstawie których możliwe było wycenienie marży

godzinowej za godzinę świadczenia pracy przez pracownika tymczasowego na poziomie 0,01 zł.

Zdaniem Zamawiającego zaoferowana cena 1 grosza na którą mają się składać koszty:

- 1) badań lekarskich pracowników,
- 2) rekrutacji z uwzględnieniem różnych lokalizacji rekrutacji,
- 3) obsługi kadrowo-płacowej,
- 4) polisy OC,
- 5) zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 6) zaangażowania Koordynatora oraz opiekunów każdej lokalizacji umowy,

nie jest w stanie pokryć tych minimalnych kosztów, a także zagwarantować Wykonawcy zysk.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty (które zostało również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże z uwagi na fakt, iż powyższe dane znalazły się w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, Izba przytoczy je w uzasadnieniu) Zamawiający zakwestionował wskazany przez Odwołującego koszt badań lekarskich, które wykonawca ten wycenił na 10 zł. W ocenie Zamawiającego stawka ta jest całkowicie nierealna i poniżej kosztów wytworzenia usługi w tym zakresie. Jest ceną poniżej kosztów wykonania takiej czynności, przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia. Zamawiający podkreślił, że przedstawianie „ofert” nie mających charakteru realnego, ale nakierowanych wyłącznie na osiągnięcie celu w postaci uwiarygodnienia nierealnych kosztów kalkulacji – jest podstawą stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Podkreślił również, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - 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.

Zdaniem Zamawiającego „w niniejszej sytuacji doszło do tego, że przez złożenie oferty dodatkowej na poziomie 0,01 zł (1 grosz) (co jest ceną poniżej kosztów wykonania usługi), a następnie – przez złożenie wyjaśnień w zakresie tej ceny, w których złożono ofertę 10 zł za badanie lekarskie (co jest ceną nierealną, bez żadnej możliwości zakupu tej usługi na rynku, nawet przy dużym wolumenie usług, a wręcz jest stawką poniżej kosztów fizycznych wykonania tej usługi) – doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że „wszyscy pracownicy, którzy zostaną skierowani do realizacji niniejszej usługi zostali już zrekrutowani w ramach poprzedniego zamówienia i koszty te zostały już poniesione przez zamawiającego w ramach wynagrodzenia za obecnie trwającą umowę z 2017 r.” oraz że „na podstawie rozmów z pracownikami

Wykonawca przyjął, że wszyscy z dotychczas zatrudnionych pracowników będą kontynuować zatrudnienie”. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przewidział rotacji pracowników w czasie wykonywania umowy, co stanowi założenie nierealne.

Zamawiający wskazał także, że biorąc pod uwagę wariant najbardziej optymistyczny z punktu widzenia Wykonawcy, czyli:

- 1) przejście wszystkich dotychczas zatrudnionych pracowników tymczasowych,
- 2) założenie, że każdy nowo zatrudniony przez Wykonawcę pracownik tymczasowy skierowany będzie do wykonywania pracy na rzecz Zamawiającego do końca trwania kontraktu, dla 90 etatów (zgodnie z założeniem przyjętym na potrzeby porównania i oceny ofert) w okresie realizacji umowy Wykonawca zobowiązany będzie do zrealizowania co najmniej 90 wstępnych badań lekarskich, co przy podanej przez Wykonawcę cenie jednostkowej za badanie generuje łączny wydatek w kwocie nie mniejszej niż 900 zł.

Co więcej zgodnie z przepisami art. 13 i 17 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych – konieczne jest zawarcie z pracownikiem umowy o pracę, w której zawarte zostaną informacje wskazujące na rzecz jakiego pracodawcy będzie świadczona praca oraz okresie jej świadczenia – tym samym Wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć nowe umowy z pracownikami zawierające te elementy. Trudno zatem przewidzieć, jaka liczba z dotychczasowych pracowników zawrze nowe umowy. Należy również wskazać, że Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych dokumentów czy pisemnych oświadczeń - zobowiązań do pracy, które potwierdzałyby, jaka liczba dotychczasowych pracowników zamierza kontynuować zatrudnienie. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie udokumentował w sposób wystarczający twierdzeń, iż dotychczasowi pracownicy w dalszym ciągu będą świadczyć pracę a tym samym nie zajdzie konieczność przeprowadzenia rekrutacji nowych pracowników. W związku z powyższym nieujęcie w cenie marży godzinowej kosztów związanych z rekrutacją pracowników i badaniami lekarskimi nowych pracowników było nieuprawnione.

Założenia, które stworzył wykonawca w załączniku nr 4 – są całkowicie niewiarygodne. Wykonawca sztucznie wytworzył twierdzenie, jakoby miał możliwość osiągnięcia zysku na poziomie 1 558, 20 zł przez cały okres realizacji umowy. Cała kalkulacja jest wytworzona dla z góry przyjętej tezy o 0,01 zł (1 groszu) marży, natomiast nie jest realna.”.

**Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie natomiast do treści art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi

przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że skład orzekający podzielił pogląd Zamawiającego, że marża stanowiła istotny składnik ceny oferty bowiem to właśnie zaoferowana wysokość marży miała wpływ na ranking ofert w postępowaniu bowiem stanowiła jedyne kryterium oceny oferty.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy Pzp i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby taka sytuacja nie zachodzi jednak w niniejszej sprawie. Izba dokonując analizy i oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) stwierdziła, że Odwołujący wykazał przedstawiając sposób kalkulacji ceny oferty, że jest ona prawidłowa i realna. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółowe odpowiedzi na zadane przez niego pytania zawarte w wezwaniu dotyczącego rażąco niskiej ceny, przedłożył także dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zauważyć także należy, że przedłożona Zamawiającemu kalkulacja wykazywała zysk Odwołującego na realizacji zamówienia przy założeniu wykonania 102 badań lekarskich pracowników i w konsekwencji

czego Izba uznała, że uwzględniała ona rotację pracowników. Podkreślić należy, że Odwołujący wraz z przedłożonymi Zamawiającemu wyjaśnieniami odnośnie kosztów badań lekarskich, przedłożył ofertę wskazanego tam podmiotu medycznego, z której wynikało, że w związku z długoletnią współpracą i przy zachowaniu wolumenu zamówień cena badania lekarskiego wraz z wydaniem orzeczenia wynosi 10 zł. Ponadto wskazano, że cena obejmuje wykonanie badań także na terenie Warszawy i Poznania. Izba stwierdziła, uwzględniając treść oferty podmiotu medycznego, że brak jest możliwości podważenia złożonej Odwołującemu oferty przez ten podmiot. Izba nie dopatrzyła się podstaw do zakwestionowania jej wiarygodności, w szczególności przez stwierdzenie pozorności czy fikcyjności kwoty tam wskazanej. W ocenie Izby Zamawiający pomimo wskazywania, że ceny usług medycznych w tym zakresie są wyższe i kształtują się na poziomie 60-90zł to nie zdołał podważyć złożonej Odwołującemu oferty. Okoliczność, że Zamawiający przedłożył dowód, że cena badania lekarskiego u tego podmiotu wynosi 130 zł w ocenie Izby nie może świadczyć o nieprawdziwości przedłożonej Zamawiającemu oferty. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący uzyskał taką ofertę w związku z wieloletnią współpracą z tym podmiotem medycznym i obsługą dużego wolumenu zamówień. Zamawiający natomiast nie wykazał, jakie warunki i kalkulacje stanowiły podstawę przedstawionej mu oferty czy oferta ta dotyczyła pojedynczego pacjenta czy też ich określonej, większej liczby.

Podkreślić należy, że fakt, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący osiągnie zysk na nierealnie niskim poziomie nie może stanowić, o tym, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Jak bowiem wyżej wskazana oferta z taką ceną powoduje, iż realizacja zamówienia jest dla wykonawcy nieopłacalna i zostanie wykonania poniżej kosztów. Taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Konsekwencją stwierdzenie, że zaoferowana oferta nie jest rażąco niska, a także że Odwołujący posiadał ofertę na realizację badania lekarskiego na kwotę 10 zł, było stwierdzenie, że złożenie przez Odwołującego oferty nie naruszało przepisu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym brak było podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....