

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 października 2019r.**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 15 października 2019r. odwołania z dnia 10 października 2019r. wniesionego przez **wykonawcę Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOL-KOT Systemy Grzewcze Z. N. z siedzibą w Gdańsku, ul. Wosia Budzysza 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Wejherowie, ul. Jana III Sobieskiego 277**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKOL-KOT Systemy Grzewcze Z. N. z siedzibą w Gdańsku, ul. Wosia Budzysza 7** 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 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na eksploatację zleconą systemu ciepłowni w obiektach administrowanych przez 18 WOG wraz z dostawą opału zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2019r. za numerem 2019/S 157 – 388171. W dniu 30 września 2019r. w zakresie zadania I zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum firm J. N. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Skład Węgla J. N. z siedzibą w Redzie i P. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie, ul. Nowowiejska 18.

W dniu 10 października 2019r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej odwołanie wniósł Z. N. prowadzący działalność gospodarczą EKOL-KOT Systemy Grzewcze z siedzibą w Gdańsku, ul. Wosia Budzysza 7. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 października 2019r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów i zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i Transbud Kruszywa P. N. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy wybranej jako najkorzystniejszej

Wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu I,
- 3) odrzucenie oferty w zadaniu I konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i Transbud Kruszywa P. N. wybranej jako najkorzystniejszej, ewentualnie wykluczenie,
- 4) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w zadaniu I,
- 5) dokonanie przez zamawiającego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty przez wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu I.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w zadaniu I. W następstwie naruszenia i zaniechania przez zamawiającego w/w przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i Transbud Kruszywa P. N., ewentualnie wykluczenie, naruszył jego interes w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Wskutek opisanych działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia w zadaniu I.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 16.09.br., udzielonych przez konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i Transbud Kruszywa P. N. konsorcjum jednoznacznie wskazało, że zostało przyjęte do

wyliczenia ceny oferty wynagrodzenie netto jednego pracownika w kwocie 1.836,31 zł, i wartość kosztów osobowych wyniesie 154.250,00 zł, co oznacza że w GJ stawka kosztów osobowych wynosi 6,317 zł za GJ.

Jednak wynagrodzenie netto to wynagrodzenie wypłacone pracownikowi po potrąceniu zobowiązań składowych i podatkowych.

W ocenie odwołującego, aby pracownik uzyskał wynagrodzenie netto w kwocie 1.863,31 zł, to najpierw wynagrodzenie brutto musi wynieść 2.519,37 zł. To pracodawca odprowadza od wynagrodzenia brutto pracownika następujące kwoty:

- składkę na ZUS, czyli ubezpieczenia emerytalne, rentowe, chorobowe,
- składkę na NFZ, czyli ubezpieczenie zdrowotne,
- zaliczkę na podatek dochodowy

Składki te nie są w całości płacone przez pracownika, a zatem nie są w całości potrącane z jego wynagrodzenia — pewną część płaci pracodawca:

- składka na ubezpieczenie emerytalne - 19,52%, finansowana jest po połowie przez pracodawcę i pracownika — płacą oni po 9,76% od kwoty wynagrodzenia;
- składka na ubezpieczenie rentowe — 13%, finansowana jest po połowie przez pracodawcę i pracownika — płacą oni po 6,5% od kwoty wynagrodzenia;

Natomiast całkowity koszt dla pracodawcy, w tym konkretnym przypadku, związany z zatrudnieniem 1 pracownika na umowę o pracę wyniesie 3.035,33 zł, przy jednoznacznym wyjaśnieniu konsorcjum, że wynagrodzenie netto wynosi 1.863,31 zł

W ocenie odwołującego prawidłowo wyliczone koszty osobowe przy założonej ilości 25 000 roboczogodzin wychodzą w kwocie 10,20 zł. Zdaniem odwołującego minimalna kwota którą konsorcjum potrzebuje zabezpieczyć na wynagrodzenia dla pracowników powinno wynosić 254.967,72 zł, a koszt osobowy dla jednej kotłowni wynieść 10,20 zł

Wynagrodzenie jest więc w ocenie odwołującego zaniżone o kwotę 100.717, 72 zł, a stawka kosztów osobowych o kwotę 4,03 zł i kwota nie obejmuje ekwiwalentów urlopowych, dodatków za pracę w godzinach nocnych i w dni wolne od pracy, zastępstwa na czas chorobowego, które to elementy na minimalnym poziomie powinny być zabezpieczone.

W ocenie odwołującego oferta z tak ukształtowaną ceną ofertową zmierza do wyeliminowania konkurencji i utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk. Zamawiający przecież żądał, aby osoby skierowane do realizacji umowy były zatrudnione na umowę o pracę.

Zdaniem odwołującego złożenie oferty przez konsorcjum wyczerpuje dyspozycję art.15 ustawy o znk. I oferta konsorcjum winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Jednocześnie gdyby powyższe nie miało zastosowania odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i

Transbud Kruszywa P. N. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Konsorcjum firm Skład Węgla J. N. i Transbud Kruszywa P. N. na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazało w wykazie usług i przedstawiło poświadczenie dla firmy TRANSBUD KRUSZYWA P. N. . Jednakże umowa dot. eksploatacji systemu ciepłego na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia świadczona jest przez konsorcjum firm Transbud Kruszywa P. N. i Wspólne Przedsiębiorstwo PROMEX T. C. M. C. Sp.), co wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczone przez Komendę Portu Wojennego Gdynia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 228-475529. Fakt wspólnej realizacji umowy jest istotny z uwagi na postanowienie siwz w rozdziale 6 pkt 6 stanowiącym: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w pkt 1.2) niniejszego rozdziału zostaną spełnione wyłącznie, jeżeli: jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykaże samodzielnie spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w pkt 1.2) lit. b) niniejszego rozdziału w zakresie jednego zadania” oraz wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. (C-387/14)

W ocenie odwołującego konsorcjum wprowadziło w błąd zamawiającego co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w celu wyłudzenia zamówienia.

Świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków zamówienia przez wykonawcę oraz podanie mylnych informacji zamawiającemu, wywołało mylne wyobrażenie zamawiającego, co do faktycznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsorcjum w sposób celowy i zamierzony wprowadził zamawiającego w błąd, co było wynikiem lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, bowiem nie sposób przyjąć, iż wykonawca, który wykonując określone usługi na rzecz swoich kontrahentów nie ma wiedzy w zakresie prowadzonej przez siebie działalności. Odwołujący powołał się na wzorzec odpowiedzialności profesjonalisty - wyrok SN: z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120, wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05, wyrok SA w Łodzi z dnia 6 października 2016 r., sygn. akt 1 ACa 246/16.

Złożenie nieprawidłowego (nieprawdziwego) wykazu w ocenie odwołującego było działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wskutek złożenia wykazu w zaprezentowany przez konsorcjum sposób, wykonawca ten został "zakwalifikowany" do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, złożenie wykazu miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zatem zdaniem odwołującego winien był wykluczyć konsorcjum z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/lekkomyślne, które mogło wprowadzić zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

Odwołujący powołał wyroki: z 27 października 2014 r., sygn. akt KIO 2106/14, sygn. akt KIO 1058/17, sygn. akt KIO 734/17.

W dniu 10 października 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił w terminie określonym w art. 185 ust. 2 w

związku z art. 185 ust. 8 ustawy.

W dniu 14 października 2019r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości i podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru oferty, o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z zakresie zadania I.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynika, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 186 ust. 2 ustawy, która stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Konsekwencją zastosowania tej normy prawnej jest obowiązek umorzenia postępowania przez Izbę, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia. Zamawiający jest zobowiązany do wykonania żądań odwołującego.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący: .....**