

WYROK
z dnia 30 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnikę Wrocławską Dział Zakupów i Zamówień Publicznych we Wrocławiu, ul. wyb. Stanisława Wyspiańskiego 27**

przy udziale **wykonawcy EKOTRADE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3393/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

ścią z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3393/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Usługa ochrony fizycznej obiektów Politechniki Wrocławskiej na zastępstwa” zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00456360 z dnia 24 listopada 2022r.

W dniu 14 grudnia 2022 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 września 2022 r. udzielonego przez każdego z członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 19 grudnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy: EKOTRADE Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa (zwany dalej EKOTRADE Sp. z o.o.), do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy: EKOTRADE Sp. z o.o jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 5) art. 239 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty.

Wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o.;

2) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 ustawy prawo zamówień publicznych;

4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 14 grudnia 2022 r. na podstawie przekazanej przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania (por. pismo nr DYF/DZZ/SZP/242-245/2022/2187/MS z dnia 14 grudnia 2022r.) powziął wiedzę o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością takiej decyzji zamawiającego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 224 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5, 7 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że oferta wybranego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie w/w przepisu ustawy z uwagi, że

- oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem zamówienia jest usługa całodobowej ochrony fizycznej na zastępstwa obiektów Politechniki Wrocławskiej przed kradzieżą, kradzieżą z włamaniem, rabunkiem i dewastacją w sposób zgodny ze standardami zamawiającego oraz z przepisami wewnętrznymi wraz z wewnętrznymi procedurami i instrukcjami.

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazał, że realizacja usługi obejmuje działania polegające w szczególności na :

a/ stałej i doraźnej ochronie fizycznej na 40 portierniach poprzez obsadzenie pracownikami wykonawcy dyżurów w obiektach zamawiającego na portierniach przez wszystkie dni

miesiąca, 24 godziny na dobę, na sygnał, otrzymany od zamawiającego, który powiadomi wykonawcę:

- wykazem dyżurów do obsadzenia, na trzy dni przed końcem każdego miesiąca, na następny miesiąc,

- w przypadku nieprzewidzianej, nagłej absencji pracownika zamawiającego, na telefon na sygnał, gdzie czas na zorganizowanie zastępstwa to max 90 minut,

b/ okresowych obchodach zgodnie z obowiązującym harmonogramem u zamawiającego zgodnie z zastosowaniem Systemu Kontroli Obchodów „Strażnik” oraz urządzeniem Active Track,

c/ obsłudze Systemu Kontroli Dostępu (szlabany, interkomy) przez pracowników ochrony w obiektach Uczelni.

Podstawowe obowiązki personelu:

- Obowiązkiem pracownika ochrony jest prowadzenie ścisłej ewidencji wydanych kluczy (wydanie klucza – potwierdzone w Książce kluczy/systemie informatycznym), z równoczesnym przestrzeganiem wydawania ich tylko osobom upoważnionym do korzystania z danego pomieszczenia.

- Obowiązkiem pracownika ochrony jest właściwy dozór nad mieniem Uczelni znajdującym się w obiekcie, wraz z samym obiektem, a w szczególności zabezpieczenie przed ewentualnymi kradzieżami, pożarem lub skutkami czynników atmosferycznych.

- Pracownik ochrony zobowiązany jest do dokonywania obchodów (z użyciem urządzenia Activ Trak), szczególnie po zakończeniu zajęć dydaktycznych i sprawdzeniu:

a) właściwego zamknięcia pomieszczeń,

b) zamknięcia okien,

c) wyłączenia zbędnego oświetlenia, w tym również korytarzy,

d) zamknięcia punktów poboru wody (kranów),

e) instalacji energetycznej, gazowej, wodnej, c.o.

- Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że osoby wychodzące są w posiadaniu przedmiotów będących własnością Uczelni, pracownik ochrony ma prawo zażądać udokumentowania prawa wyniesienia przedmiotów przepustką materiałową z podpisem kierownika jednostki organizacyjnej, do której przedmioty należą.

- W sytuacji zagrożenia lub podejrzenia przestępstwa albo wykroczenia, pracownik ochrony wzywa Straż Politechniki, która zawiadamia Policję (zgodnie z Pismem okólnym dotyczącym wkraczania funkcjonariuszy służb państwowych na teren Uczelni – PO 29/2010) . Pracownik ochrony może samodzielnie wezwać Policję tylko w razie bezpośredniego zagrożenia zdrowia lub życia.

- W przypadku pożaru pracownik ochrony zobowiązany jest postępować zgodnie z „Instrukcją bezpieczeństwa pożarowego” obiektu.

- Obowiązkiem pracownika ochrony jest dokładna znajomość rozmieszczenia jednostek organizacyjnych chronionego obiektu, jak również ważniejszych jednostek całej Uczelni, w celu udzielania prawidłowych informacji zainteresowanym osobom .
- Obowiązkiem pracownika ochrony jest obsługa systemu kontroli dostępu (SKD), stacji kolejki Polinka, bieżąca obsługa szlabanów oraz wjazdów na parkingi monitorowane i obsługiwane przez Dział Ochrony Mienia i Korespondencji.
- Pracownik ochrony zobowiązany jest do obsługi komputera i wewnętrznych systemów informatycznych oraz systemu monitorowania obiektów Uczelni.

Zamawiający określił, że średniomiesięcznie do wypracowania jest 7000 roboczogodzin ochrony jako posterunki stałe oraz zastępstwa z szybką reakcją.

W ramach realizacji 7000 roboczogodzin ochrony, ze względu na specyfikę obiektu i zakres czynności, zamawiający do wykonywania usług, objętych przedmiotem zamówienia wymagał, aby wykonawca skierował do realizacji usługi minimum. 20 pracowników do ochrony mienia, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy, na cały okres trwania umowy, posiadających wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą.

Dodatkowo zamawiający wymagał aby wykonawca zatrudnił dwóch pracowników nadzoru posiadających następujące kwalifikacje:

- a) są pracownikami ochrony fizycznej - kwalifikowanymi (wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i pracowników zabezpieczenia technicznego prowadzoną przez Komendanta Głównego Policji),
- b) posiadają min. 5-letnie udokumentowane doświadczenie w nadzorze usług ochrony fizycznej (w tym nadzór nad ochroną obiektu na tzw. wezwanie),
- c) są pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę.

Jeden z nich, dedykowany ma być tylko do obsługi zawartego kontraktu z Politechniką Wrocławską.

Mając na uwadze wymagania zamawiającego względem pracowników ochrony oraz specyfikę obiektu gdzie na Wydziałach Politechniki prowadzone są badania, znajduje się sprzęt wysokiej wartości wymagana jest stała obsada posiadająca znajomość budynków i stref zagrożonych. Biorąc pod uwagę bezpieczeństwo obiektu gdzie strefy objęte są kontrolą dostępu i awizacją, rotacje pracowników mogłyby narazić zamawiającego na wstęp osób nieupoważnionych oraz kradzież sprzętu wysokiej wartości.

Dodatkowo stały personel pozostający do dyspozycji gwarantuje zabezpieczenie zastępstw na żądanie w bardzo krótkim czasie, jaki wymaga zamawiający tj. do 90 minut. Zagwarantuje to jedynie stała kadra będąca w dyspozycji, gotowa podjąć realizację usługi w zadeklarowanym minimalnym czasie tj. do 60 minut.

Uwzględniając powyższe wymagania zamawiającego, do realizacji usługi należy skalkulować

• w ramach 7000 rbg:

- 20 etatów pracowników ochrony, zabezpieczających 3360 rbg ochrony (168 rbg*20 etatów)
- 3640 rbg w ramach umów zleceń (7000 rbg – 3360 rbg na umowę o pracę)

• nadzór – dodatkowo 2 etaty, z czego 1 etat ma być dedykowany tylko do nadzoru usługi świadczonej na Politechnice Wrocławskiej.

Do wyliczeń kosztów pracy na 2023 rok należy zatem przyjąć:

- dla 20 pracowników liniowych oraz nadzoru uśrednione wynagrodzenie brutto w wysokości 3545,00 zł brutto (3490,00 zł za I półrocze+3600,00 zł za II półrocze/2)

- uśredniony dodatek za pracę w porze nocnej dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w wysokości 4,27 zł za każdą godzinę nocną:

nocny dodatek 2023 sty.23 - 4,15 zł, lut.23 - 4,36 zł, mar.23 - 3,79 zł, kwi.23 - 4,59 zł, maj.23

- 4,15 zł, cze.23 - 4,15, zł lip.23 - 4,29 zł, sie.23 - 4,09 zł, wrz.23 - 4,29 zł, paź.23 - 4,09 zł,

lis.23 - 4,50 zł, gru.23 - 4,74 zł

- dla pozostałych osób zatrudnionych na umowy cywilno-prawne stawka brutto w wysokości 23,15 zł, brutto uśredniona na 2023 rok (22,80 zł za I półrocze + 23,50 zł za II półrocze/2)

Ze względu na wymaganie zamawiającego, że pracownicy ochrony winni posiadać wysoką sprawność fizyczną, w kalkulacji ceny wykonawca nie powinien kalkulować osób z niepełnosprawnością o stopniu wyższym niż lekki stopień.

Standardy w zakresie kwalifikowania do znacznego stopnia niepełnosprawności, zawierają kryteria określające skutki naruszenia sprawności organizmu powodujące:

- niezdolność do pracy - co oznacza całkowitą niezdolność do wykonywania pracy zarobkowej z powodu fizycznego, psychicznego lub umysłowego naruszenia sprawności organizmu;

- konieczność sprawowania opieki - co oznacza całkowitą zależność osoby od otoczenia, polegającą na pielęgnacji w zakresie higieny osobistej i karmienia lub w wykonywaniu czynności samoobsługowych, prowadzeniu gospodarstwa domowego oraz ułatwiania kontaktów ze środowiskiem;

- konieczność udzielania pomocy, w tym również w pełnieniu ról społecznych - co oznacza zależność osoby od otoczenia, polegającą na udzieleniu wsparcia w czynnościach samoobsługowych, w prowadzeniu gospodarstwa domowego, współdziałania w procesie leczenia, rehabilitacji, edukacji oraz w pełnieniu ról społecznych właściwych dla każdego człowieka, zależnych od wieku, płci, czynników społecznych i kulturowych.

Do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osoby:

1. niezdolne do pracy i wymagające, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych, w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji.

2. zdolne do pracy w warunkach pracy chronionej i wymagające, w celu pełnienia ról

społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych, w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji

Standardy w zakresie kwalifikowania do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zawierają kryteria określające naruszenie sprawności organizmu powodujące:

- czasową pomoc w pełnieniu ról społecznych, co oznacza konieczność udzielenia pomocy, w okresach wynikających ze stanu zdrowia;
- częściową pomoc w pełnieniu ról społecznych,

Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności mogą być zaliczone trzy grupy osób z naruszoną sprawnością organizmu tj.:

1. niezdolne do pracy,
2. zdolne do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej,
3. wymagające czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.

Standardy w zakresie kwalifikowania do lekkiego stopnia niepełnosprawności określają kryteria naruszonej sprawności organizmu powodujące:

- istotne obniżenie zdolności do wykonywania pracy, co oznacza naruszoną sprawność organizmu powodującą ograniczenia w wykonywaniu pracy zarobkowej znacznie obniżające wydajność pracy na danym stanowisku w porównaniu do wydajności, jaką wykazują osoby o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną;
- ograniczenia w pełnieniu ról społecznych, co oznacza trudności doświadczane przez osobę zainteresowaną w relacjach z otoczeniem i środowiskiem według przyjętych norm społecznych, jako skutek naruszonej sprawności organizmu.

Do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osoby:

1. o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną;
2. o naruszonej sprawności organizmu, mające ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne.

Jeśli wykonawca przyjąłby w kalkulacji najwyższą dotację – tj. uwzględnił 20 osób (100% obsady) z lekkim stopniem niepełnosprawności, (co, nota bene, wiązałoby się z wymianą obecnego personelu o ponad 50%) uzyskałby dofinansowanie na poziomie 9 000,00 zł miesięcznie (20 etatów x 450,00 zł dofinansowania z PFRON do 1 etatu)

Koszty pracy przedstawiałyby się następująco:

1. Realizacja usługi w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę

Miesięczny koszt pracy dla 20 etatów pracowników liniowych, w tym miejscu odwołujący zawarł tabelę uwzględniającą Rodzaj umowy, Ilość osób, Ilość godzin, Wynagrodzenie brutto

Ilość godzin nocnych, obowiązkowy dodatek za pracę w godzinach nocnych 4,27 zł, Stawka brutto + godziny nocne, Składka emerytalna 9,76%, Składka rentowa 6,5%, Składka wypadkowa 1,2%, Składka na FP i FGŚP 2,55%, koszty zastępstw urlopowych/chorobowych przy umowie o pracę i wyliczył koszt średniomiesięcznie 20 etatów na kwotę

103 569,77 zł

Koszty wynagrodzenia wraz z pochodnymi za 1 etat

Wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat przy 100% personelu na umowę o pracę z lekkim stopniem niepełnosprawności wykonawca winien zabezpieczyć oprócz rezerwy urlopowej również rezerwę chorobową minimum 5 dni rocznie (Wg raportu ZUS, liczba dni absencji chorobowej dla całej Polski w przeliczeniu na 1 ubezpieczonego zdrowotnie wyniosła 14,29 dnia) - Miesięczne koszty pracy z tytułu 20 etatów po odjęciu dotacji wyniosą 94 569,77 zł

2. Koszty pracy w ramach zabezpieczenia usługi w oparciu o umowę zlecenie:

Do wypracowania w ramach umów zleceń pozostaje 3640 rbg.

Miesięczne koszty pracy z tytułu umów zleceń: 101 127,63 zł

Koszty nadzoru, wymaganego przez zamawiającego: 1 osoba na pełny etat – pełnosprawna, dedykowana do nadzoru realizacji usługi ochrony Politechniki Wrocławskiej i 1 osoba pełnosprawna na 0,25 etatu

Nadzór - Wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat

Miesięczne koszty nadzoru 6 428,17 zł

Razem całkowite miesięczne koszty pracy to suma kwot : 94 569,77 zł, 101 127,63 zł, 6 428,17 zł, 202 125,57 zł, co oznacza, że koszty pracy w trakcie realizacji zamówienia w okresie 12 miesięcy wyniosą łącznie 2 425 506,81 zł

Porównanie minimalnych kosztów samego tylko zatrudnienia w stosunku do ceny ofertowej Ekotrade Sp. z o.o. w ocenie odwołującego wskazuje na niedoszacowanie kosztów na poziomie 225 799,49 zł

Niedoszacowanie oferty wykonawcy Ekotrade Sp z o.o. w zakresie samych kosztów pracy wynosi więc 225 799,49 zł. wykonawca nie uwzględnił zatem ani umundurowania, ani wyposażenia oraz marży.

Podsumowując, przedstawiona cena ofertowa EKOTRADE Sp. z o.o. ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa została ustalona wadliwie, gdyż nie uwzględnia wymagań zamawiającego oraz wymaganych kosztów zatrudnienia pracowników według obowiązujących przepisów i wytycznych zamawiającego.

W ustalonym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej tego wykonawcy, zarówno względem wartości rynkowych cen wykonania rzeczzonego zamówienia, jak i budżetu zamawiającego - w ocenie odwołującego- uzasadniony jest

wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną niedoszacowaną, uniemożliwiającą w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia.

Powwyższa cena grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości oraz stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Każdy bowiem, kto kalkuluje cenę oferty poniżej rzeczywistych kosztów w celu wyeliminowania konkurencji, dopuszcza się rażącego naruszenia zasad konkurencji.

W ustalonym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej tego wykonawcy, zarówno względem wartości rynkowych cen wykonania rzeczzonego zamówienia, jak i budżetu zamawiającego - w ocenie odwołującego - uzasadniony jest wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną niedoszacowaną, uniemożliwiającą w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia.

Taki sposób kalkulacji ceny oferty potwierdza zarzut odwołującego, że oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia na gruncie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił, że zaproponowana przez wybranego wykonawcy cena nie jest adekwatna do zakresu prac wymaganych przez zamawiającego i nie jest wystarczająca, aby w sposób należyty świadczyć usługę, co oznacza, że jest ceną rażąco niską i nierealną.

Kalkulacja wynagrodzenia oferty wybranego wykonawcy na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2010 r. – sygn. akt KIO/UZP 704/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2010r. – sygn. akt KIO/UZP1605/10, wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r. (KIO 2446/16), wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. KIO 2115/16; KIO 2116/16.

W dniu 20 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 grudnia 2022 r. wykonawca EKOTRADE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Melomanów 4 oświadczył, że zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o jego oddalenie. Przystąpienie zostało zgłoszone przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem:

- złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu i nie zawierającą rażąco niskiej ceny,
- jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia,
- jego oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- jego oferta słusznie została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu,

w tej sytuacji oddalenie odwołania będzie miało wpływ na wynik postępowania i możliwość uzyskania zamówienia przez przystępującego.

Przystępujący wskazał ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oferty przystępującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy .

Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie oceny oferty przystępującego wskazał, co następuje.

1. Zarzut zaniechania wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień ceny

1.1. Rażąco niska cena

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy, toteż należy sięgnąć w tym zakresie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Poniżej przedstawiono kilka wybranych fragmentów wyroków:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.01.2019 r. (sygn. akt: KIO 2640/18):

KIO 953/22, wyrok z dnia 26 kwietnia 2022 r.:

Takich cech nie posiada cena zaoferowana przez przystępującego, co wykazano w dalszej części pisma.

Z kolei sam fakt występowania różnic w cenach ofert per se nie stanowi dowodu, że oferta z niższą ceną zawiera wycenę poniżej kosztów świadczenia usług czy też rażąco niską:

KIO 207/22, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r.

1.2. Brak obowiązku zamawiającego badania ceny oferty przystępującego

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy , jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W sytuacji braku przesłanek do zastosowania przez zamawiającego obligatoryjnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest kwestią całkowicie ocenną, uzależnioną od wiedzy i doświadczenia zamawiającego w zakresie cen występujących na rynku. Dla fakultatywnego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, musi zaistnieć okoliczność, że ceny te wydają się obiektywnie rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub normami wynikającymi z odrębnych przepisów.

Powołał wyrok z dnia 12.10.2020 r. (sygn. akt KIO 2283/20)

Cena, jaką zaoferował Przystępujący, nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a przede wszystkim nie jest obiektywnie niska w stosunku do cen występujących na rynku usług ochrony.

Na brak cech ceny rażąco niskiej wskazuje w szczególności porównanie ceny zaoferowanej przez przystępującego z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należy podatek od towarów i usług.

Przystępujący 2 705 640,00 93,4% 86,7%

Odwołujący 3 089 520,00 106,6% 99,0%

Powyższe porównanie prowadzi do wniosku, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska, ponieważ:

- 1) jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert jedynie o 6,6%, a więc jest do niej bardzo zbliżona,
 - 2) jest niższa od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia o 13,3%, co oznacza, że nie zachodził obowiązek badania ceny oferty wynikający z art. 224 ust. 2 ustawy. Nadmienić, że nawet cena najdroższej oferty jest niższa niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług,
 - 3) jest niższa tylko o 12,4% od ceny oferty odwołującego, a więc jest do niej podobna.
- Odwołujący obecnie realizuje tożsamą usługę na rzecz zamawiającego – skoro cena oferty

przystępującego jest zbliżona do ceny oferty podmiotu, który realizuje zamówienie i dobrze zna jego realia, to świadczy to po prostu o dobrej wycenie przystępującego.

Powyższe wskazuje, że cena oferty przystępującego musi być realistyczna i adekwatna do stawek rynkowych. Nieznacznie niższa wycena przystępującego dowodzi dobrego rozpoznania w realiach rynkowych i właściwego odczytania potrzeb zamawiającego.

Sama różnica pomiędzy cenami nie stanowi o tym, że cena niższa jest ceną rażąco niską. Na konkurencyjnym rynku normalnym jest, że wykonawcy dążą do obniżenia kosztów wykonywania usług, a co za tym idzie ceny. Powołał stanowisko Izby z wyroku z dnia 25.03.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 287/10), oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.06.2010 r. (sygn. akt XiX Ga 175/10), wyrok Izby z dnia 24.03.2015 r. (sygn. akt KIO 436/15), wyrok Izby z dnia 20.05.2015 r. (sygn. akt KIO 935/15), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2013 r. (sygn. akt KIO 1549/13).

1.3. Kalkulacja kosztów przeprowadzona przez odwołującego

Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu odwołania własną kalkulację kosztów realizacji zamówienia, według której nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia na wynagrodzeniem niższym niż 2 425 506,81 zł netto. Następnie stwierdził, że skoro wycena przystępującego jest niższa, to została ustalona wadliwie, gdyż nie uwzględnia wymagań zamawiającego oraz wymaganych kosztów zatrudnienia pracowników według obowiązujących przepisów i wytycznych zamawiającego.

Przystępujący podkreślił, że kalkulacja przedstawiona przez odwołującego jest tylko jego własną kalkulacją kosztów realizacji zamówienia, przygotowaną według ściśle określonych założeń. W szczególności nadmienić trzeba, że kalkulacja własna odwołującego przedstawiona w uzasadnieniu odwołania nie jest kalkulacją minimalną.

Po pierwsze, na str. 6 odwołania odwołujący napisał, że w ramach nadzoru nad realizacją zamówienia wykonawca musi zapewnić dodatkowo 2 etaty. Sam odwołujący zrewidował swoje stanowisko już dwie strony dalej stwierdzając, że w ramach nadzoru nad realizacją zamówienia zapewnić trzeba 1,25 etatów.

Tymczasem w dokumentach zamówienia w ogóle nie wskazano wymiaru etatu, na który należy zatrudnić pracowników nadzoru. Zgodnie z rozdziałem III pkt 4 SWZ.

Z powyższego wynika, że zamawiający wymaga zatrudnienia 2 pracowników nadzoru na podstawie umów o pracę, lecz nie wskazał wymiaru etatu w jakim należy te osoby zatrudnić. Zamawiający wymaga jedynie dwugodzinnej obecności pracownika nadzoru na swoich obiektach, a zatem kalkulowanie łącznie „2 etatów” lub „1,25 etatów” jest nadmierne i nie znajduje podstaw w wymaganiach określonych w dokumentach zamówienia.

Po drugie, odwołujący próbuje narzucić narrację, że w kalkulacji ceny oferty nie można było uwzględnić dofinansowania PFRON do wynagrodzeń pracowników o stopniu niepełnosprawności wyższym niż lekki (str. 6-7 odwołania). Jest to kolejna nadinterpretacja

zapisów dokumentów zamówienia, gdyż zamawiający w żadnym miejscu nie zakazał zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym lub znacznym.

Obecnie sam odwołujący do realizacji tożsamego zamówienia na rzecz zamawiającego zatrudnia osoby niepełnosprawne w stopniu znacznym. Przystępujący nabył tę wiedzę bezpośrednio od samych pracowników odwołującego, którzy z własnej inicjatywy podjęli kontakt z przystępującym z uwagi na chęć uzyskania zatrudnienia.

Po trzecie, odwołujący przyjął założenie, że wszyscy pracownicy skierowani do realizacji zamówienia posiadać będą uprawnienie do 26 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku (str. 8 odwołania). Tymczasem zgodnie z art. 154 §1 kodeksu pracy wymiar urlopu wynosi 26 dni jeżeli pracownik jest zatrudniony co najmniej 10 lat. Jeżeli pracownik jest zatrudniony krócej, to przysługuje mu jedynie 20 dni urlopu.

Po czwarte, odwołujący przyjął założenie, że wykonawca winien zabezpieczyć oprócz rezerwy urlopowej również rezerwę chorobową minimum 5 dni rocznie (str. 8 odwołania). Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego należy przyjąć właśnie taką wysokość rezerwy chorobowej.

Przystępujący podkreślił, że z definicji rezerwa jest pewnym zapasem i przepisy prawa nie przewidują w tym zakresie żadnego normatywu. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że przyjęcie 4 dni na rezerwę chorobową jest jak najbardziej do zaakceptowania (vide wyrok z dnia 24.09.2021 r., sygn. akt KIO 2435/21) a nawet, że nieujęcie kosztów związanych z absencjami chorobowymi może być uznane za dopuszczalne ryzyko wykonawcy (vide wyrok z dnia 21.08.2021 r., sygn. akt KIO 2249/21).

Po piąte, odwołujący przyjął założenie, że stopa składki wypadkowej wynosi 1,2% (str. 8 odwołania). Jak wskazuje w swoim poradniku Zakład Ubezpieczeń Społecznych, stopa składki wypadkowej może być różna dla różnych przedsiębiorców. Zależy od:

- kategorii ryzyka dla grupy działalności, do której należy przedsiębiorca ze względu na rodzaj wykonywanej działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalności,
- wskaźnika korygującego, którego wartość jest ustalana indywidualnie dla przedsiębiorcy.

Po szóste, odwołujący przyjął założenie, że wykonawca zobowiązany będzie do odprowadzania za pracowników składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (tabele na str. 8-9 odwołania). Tymczasem stopa tych składek zależy od tego jakich pracowników wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 656/22):

Konsorcjum Ekotrade przykładowo wskazało, że stawki składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych zależą od tego jakich pracowników wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. W przypadku mężczyzn powyżej 60 roku życia i kobiet powyżej 55 roku życia składka na każdy ze wskazanych funduszy wynosi bowiem 0%. Tak

więc już ta okoliczność powoduje, iż stawka roboczogodziny będzie inna niż ta, którą jako jedyną prawidłowo skalkulowaną podał odwołujący i w zależności od liczby osób zatrudnionych osób w tej grupie wiekowej niewątpliwie przekładać się będzie na jej wysokość. Ta kalkulacja, której dokonało konsorcjum Ekotrade, nie jest więc kalkulacją nierealną, a jedynie kalkulacją opartą na innych założeniach niż kalkulacja odwołującego. Cena, co niezbitnie wykazało konsorcjum Ekotrade na podanych przykładach, może być inaczej skalkulowana i oparta na innych założeniach i także jest prawidłowa.

Po siódme, odwołujący przyjął założenie, że w kalkulacji trzeba uwzględnić koszty Pracowniczych Planów Kapitałowych, Funduszu Socjalnego (ZFŚS), ekwiwalentu BHP, badań lekarskich, obsługi HR w łącznej wysokości 78,69 zł miesięcznie dla każdego etatu. Jednocześnie – co typowe dla odwołującego – w uzasadnieniu odwołania brak jakiegokolwiek argumentacji skąd taka wysokość.

Przystępujący wskazał, że podana wysokość kosztów może być właściwa dla odwołującego, ale nie znaczy to, że jest to wysokość minimalna lub właściwa również dla innych wykonawców. W skali całego kraju do programu Pracowniczych Planów Kapitałowych przystąpił średnio tylko co trzeci pracownik, tymczasem odwołujący zakłada konieczność ponoszenia kosztów z tego tytułu w przypadku każdego pracownika. Część z pracowników skierowanych do realizacji zamówienia może mieć aktualne badania lekarskie a zatem nie trzeba ponosić z tego tytułu kosztów w wysokości przyjętej przez odwołującego. Również koszty z tytułu prowadzenia Funduszu Socjalnego mogą być różne dla różnych podmiotów (mogą również w ogóle nie występować).

Po ósme, przystępujący wskazał na niekonsekwencję odwołującego, który w tabelach:

- „wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat” (str. 8 odwołania),
- „wynagrodzenie z tytułu umowy cywilnoprawnej 2023” (str. 8 odwołania),
- „nadzór – wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat” (str. 9 odwołania),

wyliczył wysokość składki wypadkowej z zastosowaniem stopy równej 1,2%. Jednocześnie w tabeli pn. „wyliczenie rezerwy urlopowej przy 26 dniach urlopu oraz 5 dniach średnio chorobowych” (str. 8 odwołania) Odwołujący obliczył wysokość składki wypadkowej z zastosowaniem stopy w wysokości 0,93%. Dowodzi to pobieżnego oszacowania kosztów w kalkulacji własnej odwołującego.

Po dziewiąte, niekonsekwencja odwołującego objawia się również w kalkulacji kosztu dodatku za pracę w porze nocnej. W tabelach:

- „wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat” (str. 8 odwołania),
- „nadzór – wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę na 2023 w przeliczeniu na 1 etat” (str. 9

odwołania),

Odwołujący obliczył wysokość tego dodatku jako 239,12 zł. Natomiast w tabeli „wyliczenie rezerwy urlopowej przy 26 dniach urlopu oraz 5 dniach średnio chorobowych” (str. 8 odwołania) wysokość dodatku obliczono jako 235,20 zł. Odwołujący zatem stawia zarzuty wobec ceny oferty przystępującego mimo, że sam nie dochował należytej staranności w swojej własnej kalkulacji.

Po dziesiąte, w kalkulacji kosztów pracy z tytułu umów zlecenia (str. 8 odwołania) odwołujący zakłada, że w odniesieniu do wszystkich zleceniobiorców wykonawca zobowiązany będzie do odprowadzania składek ZUS. Tymczasem przynajmniej część zleceniobiorców może być zwolniona z tego obowiązku w związku z tzw. zbiegiem tytułów ubezpieczenia.

Powyższe dobitnie dowodzi, że odwołujący faktycznie wbrew zapewnieniom zawartym w uzasadnieniu odwołania nie przeprowadził kalkulacji minimalnych kosztów pracy, lecz kalkulację opartą na konkretnych założeniach. W takiej sytuacji cena oferty przystępującego nie jest kalkulacją nierealną, a jedynie kalkulacją opartą na innych założeniach niż kalkulacja odwołującego.

Podsumowując:

1) cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska. Wprost przeciwnie – jest zbliżona do średniej arytmetycznej cen, jak również do ceny odwołującego. Nieznaczne różnice są wynikiem strategii konkurencyjnej wykonawców i odmiennych założeń kalkulacyjnych.

2) kalkulacja jaką przedstawił odwołujący i oparł na niej zarzut rażąco niskiej ceny skierowany wobec oferty przystępującego jest niewiarygodna i z tego powodu powinna zostać pominięta. Kalkulacja przedstawiona przez odwołującego jest tylko jego własną kalkulacją kosztów realizacji zamówienia, przygotowaną według określonych założeń, dlatego trzeba odmówić jej waloru obiektywności. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przedstawiona przez niego kalkulacja nie jest kalkulacją minimalną. Kalkulacja własna odwołującego oparta jest o szereg założeń, które nie znajdują oparcia w dokumentach zamówienia. Niektóre z elementów kalkulacji zawierają proste błędy obliczeniowe wynikające z niedochowania należytej staranności przez odwołującego.

Przystępujący wniósł o oddalenie zarzutu jako bezzasadnego.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy , zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z przepisem art. 218 ust. 2 ustawy , zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

„Warunki zamówienia” należy rozumieć zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy , tj. należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o

udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei z art. 7 pkt 3 ustawy wynika, że warunki zamówienia opisywane lub określone są w dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ lub opisie potrzeb i wymagań.

Przystępujący wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia.

Badając wystąpienie omawianej przesłanki zweryfikować należy zawartość merytoryczną oferty a więc zgodność oferowanych usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Powołał wyrok z dnia 15.04.2019 r. (sygn. akt KIO 592/19), wyrok z dnia 30.10.2019 r. (sygn. akt KIO 2084/19)

Przystępujący spełnił wszystkie wymogi, jakie postawił zamawiający. Argumentacja odwołującego sprowadza się do gołosłownego stwierdzenia o rzekomej niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia. odwołujący nie wykazał o jakiej niezgodności mowa, w szczególności nie przytoczył żadnych konkretnych wymagań określonych w dokumentach zamówienia, których miałyby nie spełniać oferta przystępującego. Trudno polemizować z zarzutem, który nie został w żaden sposób uargumentowany. Z uwagi na powyższe, zarzut zasługuje na oddalenie.

3. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Przystępujący zaznaczył, że w przypadku zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, bowiem przepis art. 537 ustawy, przenoszący ciężar dowodu na przystępującego, odnosi się wyłącznie do rażąco niskiej ceny.

Przystępujący podkreślił, że odwołujący nie sprostował ciężarowi udowodnienia zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji. Abstrahując bowiem od kwestii czy cena oferty przystępującego jest rażąco niska czy nie, to odwołujący nie udowodnił, że przystępujący składając ofertę z rażąco niską ceną uczynił to do świadomości i z winy umyślnej.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tym samym, aby doszło do czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ww. przepisie, muszą łącznie zostać spełnione następujące przesłanki: sprzedaż poniżej kosztów, której celem jest eliminacja innych przedsiębiorców.

Odwołujący wskazuje w odwołaniu na przepis art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, lecz nawet jednym zdaniem nie odnosi się do kwestii eliminacji innych przedsiębiorców, która miałaby być skutkiem złożenia oferty przez przystępującego. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że zarzucana przez niego sprzedaż poniżej kosztów (która to sytuacja w przedmiotowej sprawie nie zachodzi) miałaby na celu eliminację innych przedsiębiorców, w tym odwołującego.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, za nieuczciwą należy uznać tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców (por. wyrok SA w Warszawie z 10.01.2008 r., I ACa 231/07, OSA 2010, Nr 2, poz. 4; wyrok KIO z 06.05.2011, sygn. akt KIO 867/11. Wspólnota 2011, Nr 24, poz. 30). Dozwolona jest w konsekwencji sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, dokonywana w innym celu niż eliminacja tych przedsiębiorców – w takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony (por. wyrok SA w Warszawie z 10.01.2008 r., I ACa 231/07, OSA 2010, Nr 2, poz. 4; wyrok KIO z 23.02.2010 r., KIO/UZP 1941/09, niepubl.) (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wydanie 5, Warszawa 2019).

Odwołujący nie udowodnił przystępującemu ani działania umyślnego, ani że owo działanie było podjęte z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku, ani też w jaki sposób owo działanie (jeśli nawet byłoby obliczone na ową eliminację innych przedsiębiorców z rynku) miałoby choćby potencjalnie wyeliminować odwołującego z rynku – w szczególności w sytuacji, w której odwołujący zalicza się do czołówki największych firm ochroniarskich w Polsce.

Zdaniem przystępującego, brak jakiegokolwiek uzasadnienia i brak udowodnienia przez odwołującego zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji stanowi samodzielną przesłankę oddalenia tego zarzutu.

4. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską

cenę

Przystępujący podkreślił, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy odrzucenie jego oferty z uwagi na rzekome zaoferowanie rażąco niskiej ceny byłoby bezpodstawne. Sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 wymaga bowiem uprzedniego przeprowadzenia procedury badania ceny oferty, której w tym przypadku zamawiający w ogóle nie przeprowadził, gdyż nie był do tego zobowiązany.

Orzecznictwo Izby jednolicie potwierdza stanowisko przystępującego, dla przykładu:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.05.2019 r. (sygn. akt KIO 725/19):

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3113/20):

Tożsame stanowisko wyraził Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 720-721.

Podobnie Andrzeła Gawrońska-Baran Prawo zamówień publicznych. Komentarz, A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 642-643.

Jednocześnie – jak już wykazano wcześniej – podkreślić trzeba, że wobec oferty przystępującego nie ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy. Zamawiający z kolei nie powziął wątpliwości, o których mowa w art. 224 ust. 1. Zamawiający nie był zatem zobowiązany do zbadania ceny oferty przystępującego.

Zdaniem przystępującego, zarzut zasługuje na oddalenie z uwagi na to, że jest przedwczesny.

5. Zarzut wadliwego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu
W sytuacji, w której wszystkie z wcześniejszych zarzutów podlegają oddaleniu, również zarzut wynikowy zasługuje na oddalenie.

W ocenie przystępującego, odwołanie ma charakter pozorny i zmierzający wyłącznie do przedłużenia postępowania, zwłaszcza z uwagi na fakt, że aktualnie to odwołujący realizuje usługi na rzecz zamawiającego.

W dniu 28 grudnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła jako dowody dokumentację postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, informację z otwarcia ofert, informację o wyniku postępowania, ofertę EKOTRADE

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SWZ zawarł następujące postanowienia służące ustaleniu informacji niezbędnych dla sporządzenia oferty i obliczenia ceny:

Rozdział II - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest całodobowa ochrona fizyczna na zastępstwa obiektów Politechniki Wrocławskiej, wskazanych przez Zamawiającego, przed kradzieżą, kradzieżą z włamaniem, rabunkiem i dewastacją w sposób zgodny ze standardami Zamawiającego oraz z przepisami wewnętrznymi wraz z wewnętrznymi procedurami i instrukcjami.

Kod CPV: 79710000-4 Usługi ochroniarskie

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 3 do SWZ – OPZ.

Szczegółowy zakres wykonania przedmiotu zamówienia, będący projektowanymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, znajduje się we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 SWZ.

3. Oferta Wykonawcy ma być jednoznaczna i kompleksowa oraz obejmować cały przedmiot zamówienia. Faktyczna wartość przedmiotu umowy będzie iloczynem jednej roboczogodziny pracy pracownika ochrony wpisanej w Ofercie Wykonawcy i faktycznej liczby godzin pracy przepracowanych przez pracowników ochrony.

4. Wykonawca samodzielnie realizuje przedmiot zamówienia. Nie dopuszcza się podwykonawstwa w zakresie całodobowej ochrony fizycznej.

5. Zamawiający oświadcza, że w przypadku zmniejszenia zakresu zamówienia w trakcie wykonywania umowy, Zamawiający zobowiązuje się do wykorzystania: min. 40 % wartości przedmiotu zamówienia zawartego w OPZ.

Rozdział III - ZAMÓWIENIA CZĘŚCIOWE / OFERTA WARIANTOWA ...

4. Zamawiający określa wymagania zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę

- min. 20 pracowników do ochrony mienia (na cały okres trwania umowy, w pełnym wymiarze czasu pracy, posiadających wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz doświadczenie wskazane w rozdziale V pkt 2.4.2.1 SWZ)

- min. 2 kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (na cały okres trwania umowy, posiadających wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą oraz doświadczenie wskazane w rozdziale V pkt 2.4.2.2 SWZ);

W zakresie w/w dwóch pracowników - Zamawiający wymaga codziennej min. 2 godzinnej obecności pracownika nadzoru na obiektach PWr, potwierdzonej wpisem do raportu na portierniach Uczelni.

Osoba nadzorująca nie może wykonywać usługi ochrony fizycznej na terenie obiektów zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Osoba nadzorująca na terenie Politechniki Wrocławskiej powinna wykonywać tylko i wyłącznie funkcję nadzoru i kontroli.

5. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiącymi odpowiednio Załącznik nr 2 oraz Załącznik nr 3 do SWZ

6. Zamawiający nie przewiduje dodatkowych wymagań w zakresie zatrudniania osób, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2 uPzp.

7. Zamawiający nie zastrzega możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez wykonawców, o których mowa w art. 94 uPzp.11. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, o których mowa w art. 60 uPzp i art. 121 uPzp.

16. PODWYKONAWSTWO Wykonawca nie może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

Rozdział V - WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

2.4.2. dysponuje lub będzie dysponował na podstawie umowy o pracę minimum:

2.4.2.1. min. 20 pracownikami do ochrony mienia (na cały okres trwania umowy, w pełnym wymiarze czasu pracy, posiadających wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą), z których każdy posiada min. 2-letnie doświadczenie w ochronie fizycznej w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert

2.4.2.2. min. 2 kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej (wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i pracowników zabezpieczenia technicznego prowadzoną przez Komendanta Głównego Policji), którzy posiadają min. 5 – letnie doświadczenie w nadzorze usług ochrony fizycznej, w tym nadzór nad ochroną obiektu na tzw. wezwanie

Osoba nadzorująca nie może wykonywać usługi ochrony fizycznej na terenie obiektów zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Osoba nadzorująca na terenie Politechniki Wrocławskiej powinna wykonywać tylko i wyłącznie funkcję nadzoru i kontroli.

Jeden z w/w pracowników dedykowany jest tylko do obsługi zawartego kontraktu z Politechniką Wrocławską.

W przypadku liczenia doświadczenia zawodowego u wykazanych osób (liczone w

miesiącach), Zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie okresy odbytego doświadczenia w kolejno następujących po sobie miesiącach. Nakładające się okresy nie będą brane pod uwagę – nie będą liczone;

Rozdział XII - OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Wykonawca zobowiązany jest w Formularzu ofertowym do określenia ceny netto i brutto za 1 roboczogodzinę. Cena ofertowa ogółem brutto powinna wynikać z iloczynu ceny brutto za miesiąc i ilości miesięcy. Cena ofertowa brutto ma wynikać z kalkulacji cenowej z Formularza ofertowego.
2. Cena ofertowa brutto będzie obejmowała cały przedmiot zamówienia ze wszystkimi kosztami wynikającymi z niniejszej SWZ, załączników i ewentualnych informacji dla Wykonawców, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia.
3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.
4. Cenę ofertową brutto należy podać w polskich złotych (PLN) z należnym podatkiem VAT (23%), z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.
5. Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej.
6. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

Rozdział XIV - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i wagami wyrażonymi w procentach:

1.1. Oferowana cena ogółem brutto za całość przedmiotu zamówienia [„Cena” - C] - 90%

gdzie 1 % = 1 pkt

1.2. Zaoferowany czas reakcji [„Czas zapewnienia ochrony na sygnał” T] - 10%

Dla pkt 1.2 Sposób obliczania wartości punktowej kryterium „Czas zapewnienia ochrony na sygnał” T:

L.P. Zaoferowany czas zapewnienia ochrony na sygnał Liczba przyznanych punktów

1. do 90 minut 0 pkt

2. do 60 minut 10 pkt

- Ocena zostanie dokonana na podstawie informacji złożonych w Ofercie;
- Wykonawca w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ) wpisuje zaoferowany czas.
- W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże/zaoferuje czasu – Zamawiający przyjmie, że został zaoferowany zakres podstawowy do 90 minut .

2. Ocenę końcową oferty - stanowi suma (S) punktów przyznanych za wszystkie kryteria wymienione wyżej.

Wyniki zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

Oferta może otrzymać maksymalnie 100 punktów (gdzie 1%=1 pkt).

Załącznik nr 3 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia:

2. Przedmiot zamówienia obejmuje:

Świadczenie usługi mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w zakresie wynikającym z ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, obejmujące działania polegające w szczególności na :

a/ stałej i doraźnej ochronie fizycznej zgodnie z opisem obowiązków portierni stanowiącym Załącznik nr 4 do niniejszej umowy, na 40 portierniach (wykaz budynków w Załączniku nr 3 do umowy) poprzez obsadzenie pracownikami Wykonawcy dyżurów w obiektach Zamawiającego na portierniach przez wszystkie dni miesiąca, 24 godziny na dobę, na sygnał, otrzymany od Zamawiającego, który powiadomi Wykonawcę:

- wykazem dyżurów do obsadzenia, na trzy dni przed końcem każdego miesiąca, na następny miesiąc,

- w przypadku nieprzewidzianej, nagłej absencji pracownika Zamawiającego, na telefon na sygnał, gdzie czas na zorganizowanie zastępstwa to max 90 minut, od poniedziałku do niedzieli włącznie, w godzinach od 6.00 do 22.00, każdego dnia.

b/ okresowych obchodach zgodnie z obowiązującym harmonogramem u Zamawiającego zgodnie z zastosowaniem Systemu Kontroli Obchodów „Strażnik” oraz urządzeniem Active Track,

c/ obsłudze Systemu Kontroli Dostępu (szlabany, interkomy) przez pracowników ochrony w obiektach Uczelni.

3. Szacunkowa liczba godzin przedmiotu zamówienia.

Średnia miesięczna ilość godzin ochrony fizycznej to 7 000 godzin z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zmniejszyć ilość godzin o 25 % w miesiącu lub zwiększyć według jego

potrzeb.

WYMAGANIA OGÓLNE

1. Wykonawca do wykonywania usług u Zamawiającego, objętych przedmiotem zamówienia zobowiązuje się zatrudnić min. 20 pracowników do ochrony mienia, na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy, na cały okres trwania umowy, posiadających wysoką sprawność fizyczną i kulturę osobistą.

Pracownicy Wykonawcy zobowiązani są do:

a) jednolitego umundurowania w trakcie wykonywania usług ochrony - przy czym umundurowanie musi być estetyczne i czyste,

b) posiadanie identyfikatora z imieniem, nazwiskiem pracownika ochrony i logo Wykonawcy.

2. Nie później niż do dnia 5 stycznia 2022 roku Wykonawca prześle wykaz osób, o których mowa w pkt.1, Zamawiającemu w postaci papierowej w zabezpieczonej kopercie.

3. Budynek wskazany w Załączniku nr 3 do Umowy, nie podlega obowiązkowej ochronie.

4. Wykonawca posiada Certyfikat ISO 9001.

5. Wykonawca posiada polisę ubezpieczeniową na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 zł.

(słownie: pięć milionów złotych).

6. Wykonawca zatrudni dwóch pracowników nadzoru posiadających następujące kwalifikacje:

a) są pracownikami ochrony fizycznej - kwalifikowanymi (wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i pracowników zabezpieczenia technicznego prowadzoną przez Komendanta Głównego Policji),

b) posiadają min. 5-letnie udokumentowane doświadczenie w nadzorze usług ochrony fizycznej (w tym nadzór nad ochroną obiektu na tzw. wezwanie),

c) są pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę.

Jeden z nich, dedykowany jest tylko do obsługi zawartego kontraktu z Politechniką Wrocławską.

7. Wykonawca posiada Koncesję na prowadzenie usług w zakresie ochrony osób i mienia, wydaną przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji.

SZCZEGÓŁOWE WARUNKI WYKONANIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji Przedmiotu Umowy poprzez świadczenie następujących usług, w szczególności:

a) stałej i doraźnej ochrony fizycznej zgodnie z Zakresem Obowiązków portiera

obowiązującego u Zleceniodawcy (Załącznik nr 4 do Umowy),

b) wykonywania okresowych obchodów zgodnie z godzinami obowiązującymi u Zamawiającego z zastosowaniem Systemu Kontroli Obchodów „Strażnik” oraz urządzenie Active Track,

c) zapewnienia obecności i działania Grupy Interwencyjnej,

d) obsługi Systemu Kontroli Dostępu (szlabanu, interkomu) pracowników ochrony w obiektach Kampusu Głównego.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać Przedmiot Zamówienia wyłącznie poprzez zatrudnionych przez Wykonawcę pracowników ochrony posiadających doświadczenie w pracy w ochronie.

4. Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu imiennej listy pracowników ochrony realizujących Przedmiot Umowy, wraz z opisem ich doświadczenia oraz oświadczenia Wykonawcy o niekaralności pracowników ochrony.

5. Lista, o której mowa w ust. 4 powyżej stanowi Załącznik nr 6 do Umowy i może być aktualizowana przez Strony w przypadku zmian w obsadzie pracowników ochrony. Wykonawca w takim przypadku zobowiązany jest do pisemnego poinformowania Zamawiającego o zmianie obsady pracowników ochrony poprzez przekazanie nowej listy w formie papierowej w zabezpieczonej kopercie. Pracowników ochrony na 2 dni robocze przed dokonaniem zmiany. Aktualizacja listy pracowników ochrony nie stanowi zmiany Umowy.

6. Przed dopuszczeniem Pracownika ochrony do wykonywania obowiązków wynikających z umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji umiejętności i wiedzy pracownika, w szczególności w zakresie obsługi Urządzeń.

7. Strony zgodnie ustalają, iż Pracownicy ochrony w kwestiach organizacyjnych podlegają bezpośrednio Wykonawcy co nie zwalnia ich z przestrzegania zasad, ograniczeń i procedur dotyczących w szczególności przetwarzania danych osobowych przedstawionych im na szkoleniu u Zamawiającego.

W razie konieczności Zamawiający wydaje Pracownikom ochrony dodatkowe dyspozycje z pominięciem Wykonawcy, pod warunkiem odnotowania ich w książce służb.

Dyspozycje takie będą wykonane tylko wówczas, jeżeli zgodne są z zakresem Przedmiotu Umowy i przepisami prawa.

8. Nadzór nad organizacją i funkcjonowaniem świadczenia usługi ochrony ze strony Wykonawcy, (w sposób nie naruszający instrukcji i procedur ustalonych przez Zamawiającego) sprawować będzie osoba upoważniona przez Wykonawcę.

W dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o otwarciu ofert:

Oferty złożyli:

1. EKOTRADE Sp. z o.o. ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa z ceną 2 705 640,00 PLN
2. Impel Safety Sp. z o.o. – lider konsorcjum ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław Impel Facility Services Sp. z o.o. – partner konsorcjum 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 Impel Defender Sp. z o.o. – partner konsorcjum 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 z ceną 3 089 520,00 PLN

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 3 120 810 zł.

W dniu 14 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty EKOTRADE sp. z o.o. i o przyznanej punktacji:

1. EKOTRADE Sp. z o.o. ul. Melomanów 4 00-712 Warszawa punktacja :C: 90,00 pkt T: 10pkt RAZEM: 100,00 pkt
2. Impel Safety Sp. z o.o. – lider konsorcjum ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław Impel Facility Services Sp. z o.o. – partner konsorcjum 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 Impel Defender Sp. z o.o. – partner konsorcjum 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 punktacja C: 78,82 pkt T: 10 pkt RAZEM: 88,82 pkt

Izba ustaliła, że Ekotrada podała cenę jednostkową roboczogodziny w wysokości 26,19 netto (225 470 zł. brutto/m-c), a odwołujący w wysokości 29,90 zł. netto (257 460 zł./m-c), zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 537 150 zł. netto.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania wskazanych w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy: EKOTRADE Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa (zwany dalej EKOTRADE Sp. z o.o.), do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Zarzut nie został przez odwołującego wykazany. Odwołujący na rozprawie sam przyznał, że nie zachodziły podstawy do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z art. 224 ust. 2 ustawy. Izba na podstawie informacji z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz informacji z otwarcia ofert ustaliła, że przystępujący prawidłowo podał, że cena oferty przystępującego odbiega o 6,6% od średniej arytmetycznej, oraz o 13,30% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia. W konsekwencji już tylko z tego względu Izba nie mogła uwzględnić zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 2 ustawy. Co do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy, to odwołujący wskazywał, że zaoferowana cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący podnosił, że cena zaoferowana nie pokrywa kosztów osobowych, w tym w szczególności stawki minimalnej, dodatków za prace w porze nocnej, a skoro nie pokrywa nawet wydatków osobowych, to również nie pokrywa kosztów umundurowania, wyposażenia, marży i zysku. Sam odwołujący przyznawał, że wobec braku wyjaśnień przystępującego, co do zaoferowanej ceny trudno jest ustalić w jaki sposób została skalkulowana oferta przystępującego i jakie przyjęto założenia kosztotwórcze. Odwołujący w odwołaniu przedstawił własne założenia oparte o zatrudnienie 20 osób na umowę o pracę i 25 osób na umowę zlecenie przy założeniu 100% obsady pracownikami niepełnosprawnymi w stopniu lekkim, wyliczył dodatki za prace w porze nocnej, przedstawił kalkulacje z założeniem 26 dni urlopów na każdego pracownika i 5 dni chorobowego w skali 12 miesięcy, a także przedstawił założenia, co do wysokości kosztów obowiązkowych składek pracowniczych i innych kosztów, które ponosi w związku z zatrudnieniem pracownika pracodawca. Nie mniej kalkulacje te są oparte wyłącznie o jeden model zatrudnienia i nie przedstawiają możliwych wariantów zatrudnienia, które podnosił w przystąpieniu przystępujący, jak krótsza absencja chorobowa, niższe założenia, co do obsady etatów dla pracowników nadzoru, krótsze urlopy związane z krótszym stażem zatrudnienia, wyższe dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych o stopniu niepełnosprawności innym niż lekki, inna wysokość składek wypadkowych, czy składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Przystępujący podnosił nieudowodnienie kosztu 78,69zł./etat/m-c z tytułu kosztów Pracowniczych Planów Kapitałowych, Funduszu Socjalnego, ekwiwalentu BHP, badań lekarskich, obsługi HR. Izba Wzięła pod uwagę, że za cenę rażąco niską należy uznać cenę, która nie wystarcza na pokrycie kosztów świadczenia usługi, przy czym chodzi tu o pokrycie kosztów występujących u danego wykonawcy. Jak słusznie zauważa

przystępujący koszty te mogą być różne u różnych wykonawców z uwagi na przyjęty przez nich model organizacji pracy, sposób zatrudnienia, status przedsiębiorstwa i jego skalę. Odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 ustawy nie ma zastosowania w tej sprawie. W spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie podejrzewał oferty przystępującego o to, że zawiera cenę rażąco niską i nie wzywał przystępującego do złożenia w tym przedmiocie wyjaśnień. Tym samym przedmiotem dowodzenia w tym postępowaniu nie jest dowód, że oferta przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, ale dowód, że zamawiający mimo różnic w cenach ofertowych i wartości szacunkowej zamówienia nieuzasadniających obligatoryjnego wezwania powinien być mieć wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną przez przystępującego cenę. Taka okoliczność nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu i powinna być wykazana przez odwołującego. Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów osobowych oferty, ale nie wykazał, że jest to jedyny możliwy wariant kalkulacji ceny ofertowej, nie wyjaśnił ani w odwołaniu na rozprawie wątpliwości zgłaszanych przez przystępującego, co do przyjętych przez niego kosztów wynikających z długości urlopów, absencji chorobowych, przyjętych etatów nadzoru, składek wypadkowych, kosztów Funduszy, czy Planów kapitałowych, BHP, czy HR. W ocenie Izby ten brak powoduje, że nie można uznać, że kalkulacja przyjęta przez odwołującego jest kalkulacją minimalnych kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia. Stanowisko odwołującego, że to przystępujący powinien przedstawić własną kalkulację, w sytuacji, gdy ciężar dowodowy spoczywał na odwołującym jest nieprawidłowe i nie sanuje braków dowodowych po stronie odwołującego. Izba zwraca też uwagę na to, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy jest to przepis adresowany do zamawiającego. Przepis ten pozostawia zamawiającemu ocenę, czy dana oferta budzi jego wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Aby wykonawca mógł skutecznie wykazać zamawiającemu, że takie wątpliwości istniały powinien wykazać, że nawet najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach nie może być pokryty za zaoferowaną cenę. W tym postępowaniu tak się nie stało, gdyby bowiem przyjął mniejsze koszty na pozycjach wskazywanych przez przystępującego mogłoby się okazać, że cena oferty przystępującego te koszty pokrywa. Nie udało się zatem odwołującemu wykazać, że zamawiający wadliwie ustalił, że cena oferty przystępującego nie budzi jego wątpliwości. W ocenie Izby uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania nie zmienia tej konstatacji, gdyż zamawiający poza oświadczeniem procesowym nie wdał się w jakąkolwiek polemikę ze stanowiskiem przystępującego, ani nie wskazał, które okoliczności podnoszone przez odwołującego wzbudziły obecnie jego wątpliwości, co do ceny przystępującego. Oświadczenie zamawiającego należało zatem ocenić jako element jego strategii procesowej, a nie dowód potwierdzający stanowisko odwołującego. Mając powyższe na uwadze, zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy: EKOTRADE Sp. z o.o jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie odwołującego niezgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia polega na kalkulacji ceny oferty poniżej rzeczywistych kosztów adekwatnych do zakresu prac wymaganych przez zamawiającego. Jednak w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, jakie elementy kosztowe, których uwzględnienia wymagał zamawiający zgodnie z określonymi postanowieniami SWZ nie zostały przez przystępującego skalkulowane. Zamawiający nie wymagał w ofercie przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej, a jedynie ceny za roboczogodzinę netto z narzuconą ilością roboczogodzin i tak skonstruowaną cenę niewątpliwie wyższą – 29,90 zł. od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 tak w styczniu – 22,80zł jak i lipcu 23,50zł. przystępujący przedstawił. Taka kalkulacja odpowiada wymogom zamawiającego, który nie oczekiwał osobnego wyliczenia ceny dla pracowników nadzoru, przedstawienia kosztów pozapłatowych. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie został udowodniony i jest przedwczesny. Odwołujący nie wykazał w ocenie Izby, że zamawiający był zobligowany do zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy i nie wykazał, że oferta przystępującego nie pokrywa kosztów minimalnych świadczenia tej usługi przy założeniu najniższych możliwych kosztów wykonania. Przeciwnie odwołujący przyjął do kalkulacji założenia własne związane z ilością dni urlopu, absencji, kosztami składek, funduszy i planów kapitałowych, przyjął określone założenia, co do ilości etatów dla nadzoru, czy założenia, co do wielkości rezerwy pracowniczej w przypadkach zwiększonej absencji (25 osób w miejsce wymaganej ilości 20 osób), to powoduje, że nie można uznać, że wyliczenia odwołującego prezentują kalkulację kosztów świadczenia usługi poniżej, której cenę należy uznać za dumpingową. Skoro nie zostało wykazane, że są to najniższe możliwe do poniesienia koszty świadczenia usługi, to nie została wykazana przesłanka z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. jako zawierającej

rażąco niską cenę

Zarzut jest przedwczesny. W sprawie bezspornym jest, że zamawiający nie wyzwał przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy nie wyczerpując wcześniej procedury z art. 224 ustawy, gdyż oznaczałoby to automatyzm w działaniu zamawiającego. Skoro zatem zamawiający nie wzywał do wyjaśnień, a odwołujący nie wykazał, że takie wezwanie było obligatoryjne, to zarzut zasługiwał na oddalenie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut był zarzutem wynikowym zależnym od potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających. Skoro żaden z zarzutów poprzedzających nie potwierdził się, to w konsekwencji i ten zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: