

**WYROK  
z dnia 12 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2017 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum), Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., ul. Topiel 12, 00-342 Warszawa

przy udziale wykonawcy Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1039/17 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum), Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum), Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum), Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole na rzecz Zamawiającego: System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., ul. Topiel 12, 00-342 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., ul. Topiel 12, 00-342 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia” nr sprawy: 2016/099/ZP.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr ogłoszenia 2017/S 055-102860 z dnia 18 marca 2017 r.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr ogłoszenia 2017/S 055-102860 z dnia 18 marca 2017 r.

Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum), Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole w dniu 16 maja 2017 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 16 maja 2017r.) powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy konkurencyjnego Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mołdawskiej 9.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 26 maja 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia udzielonych przez wybranego Wykonawcy wyjaśnień ceny ofertowej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Mołdawskiej 9 jako zawierającej rażąco niską ceną i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień wybranego Wykonawcy;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp - oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę - jako zawierającej rażąco niską ceną oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest bezpodstawna i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy.

Odwołujący wskazał, że wybrany Wykonawca zastrzegł w niniejszym postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł również, że wskazane działanie wybranego Wykonawcy jest bezprawne, gdyż w ww. wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego że informacje zawarte w ww. dokumencie nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje również, że znamiona bezprawności zwrócił uwagę, że także zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrzeżonych przez wybranego Wykonawcę.

Odwołujący zaznaczył, że zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżenia, stanowi naruszenie podstawowej zasady jawności wyrażonej w art. 8 ustawy Pzp. prawo zamówień publicznych. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności.

Odwołujący podkreślił, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zauważył, że w procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwójako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zarzucił, że wybrany Wykonawca w toku postępowania nie wykazał, że dokonane utajnienie jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym.

Podniósł również, że zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji ceny oferty wybranego Wykonawcy.

Dalej Odwołujący stwierdził, że oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego zawarta w ofercie wybranego Wykonawcy cena nosi znamiona nierealistycznej i skalkulowanej bez uwzględnienia uwarunkowań rynkowych w rejonach wykonania usług.

Odwołujący podniósł, że cena ofertowa za 1 rbg dla pracownika ochrony wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony to w ZADANIU 1 - 17,27 zł netto (bez podatku VAT), natomiast w ZADANIU 2 - 16,62 zł netto (bez podatku VAT).

Zwrócił przy tym uwagę, że w stawce tej musiałyby zostać uwzględnione nie tylko wynagrodzenie pracowników wraz z obciążeniami publiczno-prawnymi, ale także wyposażenie i umundurowanie oraz marża wykonawcy.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca do realizacji zamówienia posiadał pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, którzy są w wieku produkcyjnym (kobiety 18-59 rok życia, mężczyźni 18-64 rok życia), nie będących osobami niepełnosprawnymi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. poz. 721, z późn. zm.), nieposiadających orzeczenia o inwalidztwie ani orzeczenia o niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy, czy też orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy.

Zauważył również, że pracownicy powinni posiadać uprawnienia dostępu do informacji niejawnych z klauzulą zastrzeżone oraz zaliczyć próbę biegową Coopera na poziomie średnim zgodnie z tabelą wyników i na zasadach wskazanych w CZĘŚCI IV- Próba biegowa Coopera, z zastrzeżeniem pkt lit. c umowy.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia upoważnionym Przedstawicielom Zamawiającego możliwości obserwacji w/w próby biegowej, a także, że Wykonawca na własny koszt zapewnić musi wszelkiego rodzaju szkolenia wymagane umową oraz powszechnie obowiązującym przepisom prawa.

Ponadto każdy pracownik kwalifikowany (oprócz grupy interwencyjnej) powinien być zatrudniony przez Wykonawcę przez cały okres obowiązywania umowy na podstawie umowy o pracę na pełen etat.

Wyjaśnił również, że do realizacji umowy Zamawiający wymagał zapewnienia w przypadku Zadania 1 - przyjazdu grupy interwencyjnej SUFO do 30 minut w dzień tj. między godz. 7:00 a godz. 21:00 i do 25 minut w nocy tj. między godz. 21:00 a godz. 7:00 do każdego obiektu w sytuacji wymagających interwencji.

Natomiast do Zadania 2 Zamawiający wymagał zapewnienia przyjazdu patrolu interwencyjnego do 20 minut w dzień tj. między godz. 7:00 a godz. 21:00 i do 15 minut w

nocy tj. między godz. 21:00 a godz. 7:00, do każdego obiektu w sytuacjach wymagających interwencji.

Z uwagi na to, iż Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zatrzymania grupy interwencyjnej na obiekcie do dwóch godzin po zakończeniu działań związanych z wezwaniem, jak i odległości między obiektami Wykonawca realizujący zamówienie powinien posiadać dostępną min. jedną grupę interwencyjną do dyspozycji na każdy obiekt.

Dalej wywodził, że zgodnie z załączoną kalkulacją minimalnych kosztów pracy, opracowaną na rok 2017 przez związki branżowe, tj. Polską Izbę Ochrony i Polski Związek Pracodawców Ochrona, minimalne koszty godzinowej stawki pracownika ochrony zatrudnionego na podstawie umowy o pracę to 22,00 zł netto. Stawka ta znacznie przewyższa tę, którą firma Stekop S.A. zaproponował w ofercie.

Przyjmując jako podstawowy normatyw czasu pracy na pełen etat - liczbę 168 rbg miesięcznie (2016 rbg rocznie) i odejmując od niej podstawowy roczny wymiar urlopu 26 dni (208 rbg) - z prostego dzielenia wynika, że każdy z pracowników, przy założeniu braku absencji chorobowych, powinien faktycznie przepracować średniomiesięcznie ok. 150 rbg.

Według Odwołującego, uwzględniając ustalony przez Zamawiającego całkowity roczny normatyw roboczogodzin do przepracowania dla ZADANIA 1, który wynosi 148.920 rbg rocznie, a 12.410 miesięcznie, minimalna liczba osób, które należy skierować do realizacji zamówienia to 83. Natomiast w przypadku ZADANIA 2 wymiar roczny to 43.800 rbg, a miesięczny - 3.650 rbg, zatem minimalna liczba osób do realizacji zamówienia to 25.

W załączniku przedstawił szczegółowe wyliczenia minimalnych kosztów pracy, uwzględniające minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.000 zł brutto, z których wynika, iż koszt zatrudnienia pracodawcy zatrudniającego pracownika wynosi min. 2.554,45 zł.

W ocenie Odwołującego z wyliczeń tych można wywnioskować, że biorąc pod uwagę w/w. minimalną liczbę osób i minimalne jednostkowe koszty pracodawcy, miesięczny koszt zatrudnienia pracowników w przypadku ZADANIA 1 to 212.019,35 zł bez VAT, a w przypadku ZADANIA 2 - 63.861,25 zł bez VAT (wartości te nie uwzględniają żadnych innych kosztów, poza minimalnymi kosztami zatrudnienia pracowników).

Zauważył, że do tych kosztów należy doliczyć koszty wyposażenia i szkoleń, wymaganych w SIWZ oraz ekwiwalentów BHP, ZFSS, badań lekarskich i koszty

funkcjonowania Grupy Interwencyjnej (zgodnie z załączoną tabelą).

Wyjaśnił, że Firma Stekop S.A, zadeklarowała, iż usługę wykona przy założeniu miesięcznego wynagrodzenia dla zadania 1 - 214.268 zł netto, a zadania 2 - 60.645,33 zł netto, zatem nie można założyć, że w cenie firmy Stekop S.A. zawarte zostały wszystkie koszty, wymagane do rzetelnego wykonania usługi, a przede wszystkim, że cena oferty Stekop S.A. zawiera koszty pracy na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę, gdyż taka cena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów zatrudnienia personelu z uwzględnieniem wynagrodzenia urlopowego i obowiązkowych kosztów BHP.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający kategorycznie zabronił uczestniczenia w zamówieniu osób niepełnosprawnych, dlatego też wykonawca nie ma możliwości obniżenia kosztów pracy o ewentualne dotacje, dofinansowane z PFRON.

Z wyliczeń Odwołującego wynika, że firma zaproponowała stawki poniżej kosztów, co może prowadzić do konkluzji, że zastosowana została cena dumpingowa, a w szczególności, że cena nie spełnia wymogów ustawowych, zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedstawione wyliczenia opierają się na kwocie wyłącznie minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaś Zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony w wieku produkcyjnym, posiadających uprawnienia dostępu do informacji niejawnych z klauzulą zastrzeżone, w pełni sprawnych fizycznie, co znacznie podwyższa żądane przez pracowników z takimi kwalifikacjami/uprawnieniami wynagrodzenie.

Opierając się na swoim doświadczeniu w usługach ochrony na terenie całej Polski, stwierdził, że za przedstawioną w ofercie cenę firma Stekop S.A. nie jest w stanie nawet zatrudnić odpowiednich do realizacji zamówienia pracowników, którzy będą spełniać wszystkie wymagania Zamawiającego, jak również prawidłowo wykonywać wszystkie wyznaczone im polecenia.

W przekonaniu Odwołującego zatrudnienie pracowników o wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach za wynagrodzenie, które zadeklarował Wykonawca jest niemożliwe, a zatem może dojść do zatrudnienia osób niespełniających wymagań, określonych w SIWZ, co przełoży się bezpośrednio na obniżenie jakości świadczonej usługi i w konsekwencji - jej nienależyte wykonywanie.

Odwołujący zauważył, że personel jest najważniejszym atutem każdej firmy z branży



ochrony i to od poziomu jego kwalifikacji, doświadczenia, jak również rodzaju powiązania z podmiotem zatrudniającym oraz warunków zatrudnienia w głównej mierze zależy poziom wykonywania usług.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.), oferowanie stawek poniżej kosztów nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku (sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców).

Powyższe może prowadzić do konkluzji – zdaniem Odwołującego, że zaoferowane przez firmę Stekop ceny za realizację usług zarówno dla ZADANIA 1, jak i ZADANIA 2 mogą zostać uznane za rażąco niskie, a w konsekwencji stanowić de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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

Tabela z kalkulacją wynagrodzenia:

	Kwota
Wynagrodzenie brutto – podstawa	2000,00
Składki razem, w tym:	554,45
ubezpieczenie emerytalne obciążające pracodawcę (9,76%)	208,21
ubezpieczenie rentowe obciążające pracodawcę(6,5%)	138,67
ubezpieczenie wypadkowe (0,93%)	19,84
fundusz pracy (2,45%)	52,27
fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych (0,10%)	2,13
GODZINY NOCNE RAZEM Z ZUS	133,33
RAZEM KOSZTY PRACODAWCY	2554,45

Łączna liczba rbh dla zadanie nr I

12 410

Łączna liczba rbh dla zadania nr II

3 650

Zadanie nr I			
Nazwa	Ilość osób lub obiektów	Koszt jednostkowy	Średniomiesięczny koszt całkowity
		w PLN (z ZUS)	w PLN
Koszt wynagrodzeń			
Umowy o pracę	83	2 554,45 zł	212 019,35 zł
Wyposażenie			
Umundurowanie	83	26,00 zł	2 158,00 zł
Wyposażenie techniczne	7	110,00 zł	770,00 zł
Grupa Interwencyjna	7	50,00 zł	350,00 zł
Inne			
Szkolenia zgodnie z SIWZ	83	8,00 zł	664,00 zł
Ekwiwalent BHP	83	23,38 zł	1 940,54 zł
ZFŚS	83	9,80 zł	813,40 zł
usługi medyczne (badania	83	8,90 zł	738,70 zł
Usługi kadrowo-płacowe	83	34,00 zł	2 822,00 zł
Suma			222 275,99 zł

Zadanie nr II			
Nazwa	Ilość osób lub obiektów	Koszt jednostkowy	Średniomiesięczny koszt całkowity
		w PLN (z ZUS)	w PLN
Koszt wynagrodzeń			
Umowy o pracę	25	2554,45 zł	63861,25 zł
Wyposażenie			
Umundurowanie	25	37,00 zł	925,00 zł
Wyposażenie techniczne	5	159,00 zł	795,00 zł
Grupa Interwencyjna	2	1850,05 zł	3700,10 zł
Inne			
Szkolenia zgodnie z SIWZ	25	8,00 zł	200,00 zł
Ekwiwalent za pranie	25	23,38 zł	584,50 zł
ZFŚS	25	9,80 zł	245,00 zł
usługi medyczne	25	9,70 zł	242,50 zł
Usługi kadrowo-płacowe	25	32,00 zł	800,00 zł
Suma			71353,35zł

Pismem z dnia 29 czerwca 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwań Zamawiającego dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 9 maja 2017r. i z dnia 15 maja 2017r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwania z dnia 10 maja 2017r. i z dnia 15 maja 2017r. wraz z załączonymi dokumentami, protokołu postępowania przetargowego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 maja 2017r., stanowiska Przystępującego do postępowania odwoławczego z dnia 7 i 8 czerwca 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 12 czerwca 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, art. 8 ust.1 – 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

Nadto, wymagało wyjaśnienia czy zastrzeżenie przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane zgodnie z art.8 ust 3 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przekonaniu Izby treść wyjaśnień Przystępującego jako zawierających szczegółową, zabezpieczoną informację w zakresie kalkulacji ceny świadczenia usługi może stanowić dla niego istotną wartość gospodarczą, a nie została ona przekazana do publicznej wiadomości.

Stosownie do art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z tego powodu Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art.8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zaoferowana przez Przystępującego cena dla części I była najniższą ceną wynoszącą kwotę 9 487 787,04 zł brutto, zaś dla części II także jako najniższa wyniosła 2 685 375,36 zł brutto.

Izba stwierdziła również, że cena Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu z ceną dla części I w wysokości 15 080 335, 54 zł brutto, zaś dla części II z ceną 3 562 827, 67 zł brutto.

W przetargu tym w części pierwszej zostały złożone łącznie trzy ważne oferty (dodatkowo 3 miejsce Konsalnet – 15 166 608,48 brutto), a w części drugiej cztery (dodatkowo 3 miejsce Konsalnet – 4 173 080,04 brutto i 4 miejsce Naftor – 5 184 320, 55).

Wartość całości przedmiotu zamówienia, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zadań wyniosła 15 121 620 zł brutto, przy czym na część I -12 686 220,00 zł brutto, a na część II - 2 435 400 zł brutto.

Poza tym Izba ustaliła, że cena oferty Przystępującego dla części I nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Natomiast w przypadku II części cena zaoferowana przez Przystępującego przewyższyła powyższą wartość szacunkową przedmiotu zamówienia i nieznacznie była niższa od 30 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec powyższego stanu rzeczy, Zamawiający nie miał co do zasady obowiązku skorzystania z cyt. wyżej przepisu prawa w stosunku do ceny z części I zadania, a jedynie wobec części II zadania.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby Przystępujący przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami( wyjaśnienia z dnia 10 maja 2017r. i z dnia 15 maja 2017r. wraz z kalkulacją cenową), z których wynikało, że przewidział on wszystkie koszty na kontrakcie.

Poza tym Izba wzięła pod uwagę bezsporną okoliczność, że wynagrodzenie Przystępującego przeznaczone dla personelu nie jest niższe niż minimalne wynagrodzenie.

Izba nie uznała za przesadzającą kalkulację Polskiej Izby Ochrony z dnia 12.09.2016r., traktując ją jedynie jako dokument zalecający zwiększenie o 10% stawki wynagrodzenia dla kwalifikowanego pracownika ochrony wobec stawki podstawowej, który to dokument nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego i stanowi jedynie pomocnicze wyliczenie dla członków korporacji.

Za wyjątkowo sprzyjający warunek wykonywania zamówienia dostępnego dla wykonawcy, należało uznać – w ocenie Izby – okoliczność dotychczasowej realizacji przedmiotu zamówienia w prawie analogicznym zakresie, co wpłynie w sposób istotny na zmniejszenie kosztów rekrutacji kadry i kosztów związanych z wykorzystaniem dotychczasowego wyposażenia.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W wezwaniach Zamawiającego nie było takich wyraźnych wskazań, co do wyjaśnienia konkretnych kosztów zamówienia, które wzbudziłyby jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przez Przystępującego zamówienia za zadeklarowaną cenę.

Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów mogłoby prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego, bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Wprawdzie zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo

uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak złożone w postępowaniu odwoławczym wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli Odwołujący ma wiedzę, że podana przez Przystępującego cena jest rażąco niska i zawiera rażąco niskie koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.

Izba potraktowała podane przez Odwołującego w jego odwołaniu kalkulacje odnoszące się do wyjaśnień Przystępującego, jako jego oświadczenie nie poparte żadnymi dowodami.

Innymi słowy propozycje kalkulacyjnych wyliczeń dokonanych przez Odwołującego nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, które mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie, przekonało Izbę oświadczenie Zamawiającego, że dotychczasowa współpraca z Przystępującym układa się dobrze, a usługa będzie świadczona według prawie takich samych stawek wynagrodzenia jak przy realizacji obecnego kontraktu wykonywanego przez Przystępującego.

Izba zatem nie mogła uznać takiego działania Zamawiającego za nie mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**