

Sygn. akt: KIO 132/15

WYROK
z dnia 5 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Jantar 2 Sp. z o.o.** z siedzibą w Słupsku przy ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, **Jantar Sp. z o.o.** z siedzibą w Słupsku przy ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Izbę Skarbową w Gdańsku**, ul. Długa 75/76, 80-831 Gdańsk

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Protector Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Wergiliusza 42, 60-461 Poznań, **Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Starołęckiej 18, 61-361 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawcy **Agencja Ochrony Wena Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Sandomierskiej 1, 80-042 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i IV przedmiotu zamówienia z dnia 13.01.2015 r., nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert na część I i IV zamówienia, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Protector Sp. z o.o. i Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.1.3 siwz dla części I i IV zamówienia, nakazuje**

wezwanie wykonawcy Agencja Ochrony Wena Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla część I zamówienia, tj. pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego – Wiking Agencja Ochrony Mienia i Konwoje W. S. - o udostępnieniu potencjału, a także oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii oświadczeń podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał objętych załącznikami nr 6 i 7. W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Izbę Skarbową w Gdańsku 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 zamówienie Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego – Izby Skarbowej w Gdańsku na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku kwotę **19.627 zł 05 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset dwadzieścia siedem złotych pięć groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Izbę Skarbową w Gdańsku w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi w zakresie ochrony osób, obiektów i mienia wraz z monitoringiem systemów SWiN, S.P.POŻ. i TV przemysłowej oraz konserwacją systemów sygnalizacji napadu i włamania oraz systemu telewizji przemysłowej Izby Skarbowej w Gdańsku i Urzędów Skarbowych Województwa Pomorskiego* (nr postępowania: SO/251-0013/14), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 224-395480 w dniu 20 listopada 2014 r., wobec czynności oceny ofert złożonych na część I i IV zamówienia i wyboru w tych częściach oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 22 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku i Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (sygn. akt KIO 132/15).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13.01.2015 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

Do postępowania odwoławczego przystąpili w dniu 26.01.2015 r. po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Protector Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Konsorcjum), a po stronie Odwołującego wykonawca Agencja Ochrony Wena Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej jako Agencja Wena).

Odwołujący w odwołaniu zaskarżył czynność oceny ofert złożonych na część I i IV zamówienia przez Konsorcjum oraz Agencję Wena przez:

- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, względnie wykluczenia i wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej na część I i IV zamówienia,
- zaniechanie wykluczenia Agencji Wena z postępowania na część I zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum złożonej na część I i IV zamówienia, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na część I i IV zamówienia, która zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na część IV zamówienia;
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania na część I i IV zamówienia, które złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania na część I i IV zamówienia z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Agencja Wena z postępowania na część I zamówienia z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i IV zamówienia, odrzucenia oferty Konsorcjum, względnie wykluczenie Konsorcjum z postępowania na część I i IV zamówienia, wykluczenie Agencji Wena z postępowania na część I zamówienia, dokonania ponownej oceny ofert na część I i IV zamówienia.

W uzasadnieniu podstawy i zasadności zarzutów skierowanych wobec czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum na część I zamówienia Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w których Konsorcjum wprost przyznało się do rażącego naruszenia przepisów prawa, w szczególności w zakresie szeroko rozumianych ubezpieczeń społecznych. Odwołujący wskazał na celowe działanie Konsorcjum podjęte w celu świadomego ominięcia obowiązku zapłaty pełnych składek na ubezpieczenie społeczne poprzez zastosowanie dwóch umów cywilnoprawnych, z których jedna podlega pełnemu ubezpieczeniu społecznemu, a druga tylko składce zdrowotnej. Działanie to podjęte zostało w celu uniknięcia bezwzględnego obowiązku zapłaty należności publicznoprawnej i stanowi jaskrawy przykład czynu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem, zagrażające i naruszające interesy innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego, który zgodnie z przepisami zaoferował cenę z uwzględnieniem pełnych wymaganych należności publicznoprawnych poprzez gwarancję zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę.

Ponadto Konsorcjum w ogóle nie wyjaśniło w jaki sposób zatrudnienie pracowników na podstawie umowy cywilnoprawnej z pełnym ubezpieczeniem i drugiej umowy cywilnoprawnej ze składką zdrowotną wpływa na wysokość ceny. W trakcie realizacji umowy, tj. do

31.01.2017 r. nastąpi od 01.01.2016 r. zmiana zasad oskładkowania umów zlecenia w związku ze zmianą ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych dokonaną ustawą z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustawy (Dz. U.2014.1831). W myśl nowych przepisów każda umowa zlecenia będzie podlegała pełnemu ubezpieczeniu społecznemu (oskładkowaniu) do wysokości minimalnego wynagrodzenia, aktualne 1.750,00 zł. Zmiana przepisów została ogłoszona w dniu 18.12.2014 r., tj. przed dniem składania ofert, w związku z czym Konsorcjum powinno uwzględnić tą okoliczność w swojej ofercie, a następnie w udzielonych wyjaśnieniach, w których brak jest jakiegokolwiek wzmianki na ten temat.

Ponadto przedstawiona kalkulacja została sporządzona z rażącym naruszeniem art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym, koszt pracy, przyjęty do ustalenia ceny nie może być niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 2002, poz. 1679, z 2004, Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r., Nr 157, poz. 1314).

Odwołujący przedstawił własne wyliczenie minimalnych kosztów z uwzględnieniem ilości godzin ochrony fizycznej na część I zamówienia i minimalnego wynagrodzenia za pracę pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy (ustalonego w latach 2015 i 2016 w wymiarze 2016 godzin, tj. 168 godzin średniomiesięcznie). Koszt pracy dla zadania I zgodnie z wyliczeniem Odwołującego wynosi 995.874,99 zł. co daje kwotę wyższą niż oferta Konsorcjum, a po powiększeniu o stawkę podatku VAT wynosi 1.224.926,25 zł. brutto. Jest on wyższy o 246,897,33 zł., chociaż obejmuje tylko kluczową usługę ochrony fizycznej, bez usługi monitoringu i konserwacji systemów i TV przemysłowej, a także interwencji załóg patrolowych. Nie obejmuje również składek na ubezpieczenie społeczne obciążających pracodawcę, ani nie uwzględnia przewidywanej podwyżki wynagrodzenia minimalnego w 2016 r. W przypadku działalności gospodarczej koszt pracy nie jest jedynym jaki występuje (amortyzacja, bieżąca eksploatacja pojazdów, koszty obsługi księgowej, administracyjne, itp.).

Powyższe prowadzi do rażąco niskiej ceny i jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum miało złożyć nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu grupami interwencyjnymi na wszystkie części zamówienia, w tym na część I łącznie 19 pojazdami oraz 38 osobami. Konsorcjum wskazało, że warunek ten spełnia samodzielnie i nie musi polegać na potencjale innych lokalnych przedsiębiorców, a faktem powszechnie znanym jest, że nie dysponuje żadną własną grupą interwencyjną na terenie Trójmiasta.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na

część IV zamówienia. Zamawiający instrumentalnie zastosował przepis art. 90 ust. 1 ustawy i bezpodstawnie uznał, że skoro cena Konsorcjum nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to nie ma obowiązku wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zwracał się do Konsorcjum o wyjaśnienia w zakresie części I i III zamówienia, co powinno go skłonić również do wezwania w zakresie części IV zamówienia, w której cena Konsorcjum była niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 27% i o 22% od wartości zamówienia.

W ocenie Odwołującego cena Konsorcjum na część IV jest rażąco niska, a oferta podlega odrzuceniu również dlatego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe Odwołujący wykazywał własną kalkulacją kosztów zatrudnienia dokonana analogicznie jak dla części I zamówienia i przekraczającej cenę z oferty o 67.892,85 zł.

Analogicznie jak dla części I zamówienia Odwołujący wskazał na złożenie nieprawdziwego oświadczenia przez Konsorcjum o dysponowaniu grupami interwencyjnymi na część IV zamówienia (łącznie 19 pojazdów i 38 osób). Konsorcjum wskazało, że spełnia ten warunek samodzielnie i nie musi polegać na potencjale innych lokalnych przedsiębiorców, natomiast faktem powszechnie znanym jest, że nie dysponuje żadną własną grupą interwencyjną na terenie Słupska, Lęborka, Bytowa i Wejherowa.

Odnośnie zarzutu podnoszonego wobec oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Agencję Wena na część I zamówienia Odwołujący wskazał, iż w ofercie nie zostały złożone wymagane dokumenty. W ofercie złożone zostały kolorowe kopie nie potwierdzone za zgodność z oryginałem oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia (załącznik nr 6 i 7) oraz zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia (załącznik nr 8), pochodzące od Firmy Wiking Agencja Ochrony Mienia i Konwoje W. S. i nie mają formy pisemnej.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania oddalając na posiedzeniu niejawnym wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania wniesionego na czynności Zamawiającego podjęte na część IV zamówienia. W ocenie Zamawiającego do tej części

zamówienia zastosowanie winien mieć z art. 180 ust. 2 ustawy, wyznaczający czynności na jakie przysługuje odwołanie w postępowaniu o wartości nie przekraczającej kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Jak wynika z argumentacji Zamawiającego o spełnieniu przesłanki z art. 180 ust. 2 decydować miałyby wartość szacunkowa zamówienia na część IV. Powyższy wniosek nie może być uznany za prawidłowy, gdyż zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy *jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia*. W niniejszym postępowaniu zachodzi sytuacja pierwsza ze wskazanych w przywołanej normie, tj. dopuszczenie składania ofert częściowych w postępowaniu obejmującym kilka części zamówienia. Zamawiający ustalił wartość szacunkową całego zamówienia na kwotę 1.896.433,56 zł, co stanowi równowartość 448.870,64 euro. (protokół ZP, pkt 2.1). Bezcelowym jest zabieg dzielenia tej wartości na poszczególne zadania, tak aby móc stwierdzić, czy wartość któregoś z zamówień częściowych nie przekracza samodzielnie kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, tj. w przypadku zamawiającego z sektora finansów publicznych 134.000 euro. Zasady ustalania wartości zamówienia udzielanego w częściach wyznaczają właściwą procedurę dla tego zamówienia, również w sferze środków ochrony prawnej. Skoro wartość szacunkowa zamówienia udzielanego w częściach przekracza kwotę wskazaną powyżej, to nie znajduje zastosowania norma z art. 180 ust. 2 ustawy, do żadnej z części zamówienia. Tym samym skutecznym było wniesienie odwołania na czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i IV zamówienia.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny złożonych w postępowaniu ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i IV zamówienia, mogące prowadzić bądź do odrzucenia, bądź do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli korzystniejsze pod kątem kryteriów oceny, oferty. W konsekwencji powtórzonych czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w obu częściach.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zarzuty te można podzielić na dwie zasadnicze grupy, jedna dotyczy oceny oferty wybranej na część I i IV zamówienia, tj. oferty Konsorcjum i w tym zakresie argumentacja Odwołującego w zasadzie była zbieżna co do istoty podstawy zarzutów. Natomiast oddzielnym zarzutem był zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Agencja Wena.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do podstawy zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy podniesionych wobec czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum na część I i IV zamówienia.

Odwołujący w tym zakresie wskazywał na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, które miało złożyć nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu grupami interwencyjnymi na wszystkie części zamówienia, w tym na część I i IV. Ponadto Konsorcjum samodzielnie, tj. bez korzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie mogło spełniać warunku, gdyż nie dysponuje żadną własną grupą interwencyjną na terenach objętych częścią I (Trójmiasto) oraz IV (Słupska, Lęborka, Bytowa i Wejherowa) zamówienia.

Zamawiający w pkt 4.1.3 siwz określił warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. Zamawiający wskazał między innymi na wymaganą ilość osób do zapewnienia ochrony fizycznej dla każdego obiektu chronionego w ramach zamówienia, skład grup interwencyjnych dla każdej z części, w tym dla części I – 16 osób oraz 8 pojazdów, a dla części IV – 8 osób oraz 4 pojazd, ilość pracowników zabezpieczenia technicznego w każdej z części. W pkt 4.4. siwz Zamawiający wskazał, iż w przypadku dysponowania zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji zamówienia, wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do ich udostępnienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z pkt 5.2.1.2 siwz w przypadku polegania, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, na zasobach innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca zobowiązany był podać nazwę i (firmę) podwykonawców, jak również dodatkowo wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez złożenie dokumentów wymaganych w pkt od 5.2.2. do 5.2.8 wraz z oświadczeniem z załącznika nr 6. Na podstawie wyjaśnień jakie złożyło Konsorcjum w toku rozprawy Izba ustaliła, że wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.1.3 siwz, wykonawca ten nie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. podwykonawców, przy udziale których będzie świadczył przedmiotową usługę. Posiada on bowiem własne grupy interwencyjne w związku z umowami zawartymi i realizowanymi na rzecz dotychczasowych

klientów. Ponadto dysponuje on potencjałem osobowym oraz zapleczem technicznym, w związku z udziałem podwykonawców przy realizacji różnych kontraktów. W związku z powyższym, składając oświadczenie o treści ujętej w załączniku nr 9 Konsorcjum wskazało wyłącznie własny potencjał, a nie podwykonawców, przy udziale których realizuje umowy. Jednocześnie Konsorcjum nie sprzeciwiło się twierdzeniom Odwołującego, iż na terenie na którym ma być świadczona usługa w ramach części I i IV Konsorcjum nie dysponuje własnymi magazynami broni, ani własnymi grupami interwencyjnymi. Powyższe również pośrednio wynika z oświadczenia Konsorcjum złożonego w ofercie, w którym wskazał na udział podwykonawców w realizacji przedmiotowego zamówienia, a także na czas reakcji patrolu interwencyjnego – do 10 minut.

W świetle tak ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż Konsorcjum składając oświadczenie o dysponowaniu wymaganą ilością grup interwencyjnych nie potwierdziło spełnienia warunku posiadania niezbędnego potencjału technicznego i osobowego do wykonania niniejszego zamówienia. Wykonawca błędnie zinterpretował treść warunku, który miał na celu potwierdzenie, że wykonawca jest zdolny do prawidłowego wykonania zamówienia, co oznaczało potrzebę zweryfikowania rzeczywistego dostępu do potencjału, przy pomocy którego zamówienie to ma być realizowane. W ocenie Izby, nie mogło być zasadnym uznanie, jako rzeczywistego, pozwalającego wykonawcy na realizację zamówienia w czasie do 10 minut, zasobu patroli interwencyjnych, które nie funkcjonują na obszarze objętym zamówieniem. Faktycznie bowiem to nie ten zasób może być wykorzystany przez wykonawcę na obszarze zamówienia objętego tym postępowaniem, co wynika między innymi z braku własnego zaplecza magazynowego, z którego pracownicy grup interwencyjnych mieliby pobierać broń. Dopiero możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu umożliwi Konsorcjum świadczenie usługi ochrony obiektów z udziałem patroli interwencyjnych. Tym samym Konsorcjum, które w momencie składania oferty zamierzało realizować usługę przy udziale podwykonawców, których potencjał faktycznie stanowi niezbędny do realizacji zamówienia zasób, nie mogło wykazać się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu własnym potencjałem, który z przyczyn obiektywnych nie będzie mógł być wykorzystywany przy realizacji zamówienia. Należy zauważyć, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca składając ofertę na każdą z części wykazał się odrębnym zasobem, tj. ilością pojazdów i osób, które miałyby wykonywać usługę ochrony. Dopuszczenie wykazania się zasobem, który już jest zaangażowany przy wykonywaniu innych kontraktów, pozwalałoby na obejście warunku postawionego wykonawcom, a tym samym prowadziłoby do zachwiania zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma na celu zweryfikowanie zdolności, przygotowania oraz możliwości wykonawcy wykonania zamówienia, o które się ubiega. Zamawiający ma uzyskać potwierdzenie, iż podmiot z

którym zawrze umowę, będzie w stanie ją należycie realizować. Skoro Konsorcjum od początku zakładało wykorzystanie potencjału podwykonawców w tym zamówieniu, nie zaprzeczyło twierdzeniom konkurencji o braku własnych patroli na terenach objętych częścią I i IV zamówienia, to faktycznie nie jest w stanie wykonać tego zamówienia wyłącznie opierając się na własnych zasobach. Zamawiający powinien mieć również dodatkowe zabezpieczenie przed ewentualną odmową współpracy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, który ponosić będzie solidarną odpowiedzialność za szkody spowodowane odmową udostępnienia potencjału. Konsorcjum powinno zatem uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty i oświadczenia w zakresie dotyczącym wskazania nazwy (firmy) podmiotów, których potencjałem dysponował w momencie złożenia oferty niezbędnym do realizacji zamówienia. Bez tych dokumentów nie jest możliwe dokonanie pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co czyniło zarzut Odwołującego w części zasadnym. Dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełnienia dokumentów, w zależności od jej wyników, możliwe będzie stwierdzenie, czy zachodzą podstawy do wykluczenia Konsorcjum z postępowania. W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż złożone przez Konsorcjum oświadczenie z załącznika nr 9 nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla części I i IV zamówienia, ale nie nakazała wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Dla dalszej oceny konieczne jest przedłożenie wymaganych oświadczenia i dokumentów dotyczących podwykonawców, na których zasobach Konsorcjum zamierza polegać przy realizacji zamówienia na część I i IV.

Jednocześnie z uwzględnieniem poczynionych w tej części uzasadnienia ustaleń, Izba uznała, iż oświadczenie jakie złożyło Konsorcjum odnośnie posiadania potencjału koniecznego do wykonania zamówienia (grup interwencyjnych) nie uzasadnia stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Inny jest odbiór oświadczenia jeżeli wziąć pod uwagę, iż Konsorcjum miało na myśli własny potencjał, który z przyczyn obiektywnych nie może być wykorzystany przy realizacji zamówienia. Sam Odwołujący stwierdził, iż nie wyklucza możliwości posiadania wskazanych ilości pojazdów i osób przez Konsorcjum, a jedynie zaprzeczał, aby grupy interwencyjne Konsorcjum były zlokalizowane na obszarze objętym zamówieniem na część I i IV, a zatem mogły być rzeczywiście wykorzystane przy wykonaniu świadczenia. Okoliczność ta miała znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale nie wskazywała na złożenie nieprawdziwej informacji przez Konsorcjum. Nie można przypisać wykonawcy celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do dostępności potencjału technicznego, gdyż w oświadczeniu, jakie mieli złożyć wykonawcy brak było informacji o miejscu zlokalizowania patroli interwencyjnych. Prowadziło to do oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący wadliwej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Agencja Wena, z tym zastrzeżeniem, iż podstawa z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na część I zamówienia może wystąpić dopiero po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy, co Izba nakazała w sentencji wyroku. Podstawa faktyczna zarzutu dotyczyła uchybienia co do formy dokumentów (oświadczeń i zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał), które złożone zostały w kolorowej kserokopii. Również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż nie jest pewny, czy złożone w załącznikach nr 6 i 7 oświadczenia oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego swój potencjał – Firma Wiking Agencja Ochrony Mienia i Konwoje W. S., mają formę pisemną. Z okazanych na rozprawie stron oferty Izba ustaliła, iż oświadczenia oraz zobowiązanie budzą uzasadnione wątpliwości co do ich oryginalności z uwagi na podobieństwo kolorystyczne trzcinki i podpisu widniejącego na każdym z trzech oświadczeń. W tej sytuacji, Zamawiający miał podstawy do żądania od wykonawcy przedłożenia pisemnego zobowiązania oraz pisemnych oświadczeń objętych załącznikami 6 i 7, ewentualnie ich kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, zgodnie z zapisami siwz, co Izba nakazała w sentencji orzeczenia.

Pozostałe zarzuty dotyczące ceny zaoferowanej przez Konsorcjum na część I i IV zamówienia Izba oddaliła. Odwołujący podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy wywodził z wyjaśnień, jakie Konsorcjum złożyło w piśmie z dnia 8 stycznia 2015 r. w zakresie kalkulacji ceny ofertowej na część I zamówienia. Zasadnicza część wyjaśnień odnosi się do elementów kalkulacyjnych ceny roboczogodziny pracownika ochrony przyjętej w ofercie na poziomie 8,32 zł. netto. (10,23 brutto). Konsorcjum wskazało na składowe tej kwoty, w tym między innymi poziom zysku rzędu 1,09 zł. netto. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień z uwagi na poziom różnicy ceny Konsorcjum do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przekraczający 30 %. Izba ustaliła, iż różnica ceny Konsorcjum na część I zamówienia, do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (będącej jednocześnie szacowaną wartością zamówienia powiększoną o stawkę VAT -23%), wynosi 84 802,76 zł. brutto, co stanowi ok. 8% wartości szacunkowej zamówienia na część I. Spośród pięciu złożonych ofert, jedynie oferta Konsorcjum mieściła się w kwocie środków, jakie Zamawiający przewidział do sfinansowania tej części zamówienia. Pozostałe oferty były droższe o 300 tys - 800 tys zł. brutto.

Oddalając zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Izba miała na uwadze nowe brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, z którego wynika, iż Zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, jeżeli *cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości*

wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wykładnia przywołanej normy prowadzi do wniosku, iż Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy o złożenie wyjaśnień w związku z różnicą ceny zaoferowanej przez Konsorcjum do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert na część I zamówienia, co jednak nie dowodzi, iż cena jest rażąco niska. Powyższa procedury spowodowana jest wyłącznie wątpliwościami zamawiającego i jego podejrzeniem co do realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i ma na celu umożliwienie wykonawcy wyjaśnienie przyczyn, które pozwalają na uzasadnienie wysokości ceny znacznie odbiegającej od cen innych oferentów. Ustawodawca w taki sposób ukształtował ciężar dowodu, że to wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Służyć temu mają same wyjaśnienia, a także dowody, jeżeli takowe istnieją. W ocenie Izby, z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, iż cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. O tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decyduwać będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny (tak jak w niniejszej sprawie), to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy. W obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje ciężar wskazania przez zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie popartych dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane). W niniejszej sprawie Zamawiający uznał, iż cena jaką zaoferował pozwala wykonawcy wykonać zamówienie z zyskiem, co wynikało między innymi z poniesienia mniejszych kosztów pracowniczych, gdyż wykonawca nie zadeklarował zatrudnienia żadnej osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, na podstawie umowy o pracę. Zasadnicza część argumentacji Odwołującego opierała się na odmiennym założeniu (niż przyjęte przez

Konsorcjum) potrzeby uwzględnienia w cenie oferty kosztów zatrudnienia pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umów o pracę. Powodowało to, iż wyliczenia jakie przedstawiał Odwołujący nie mogły być odniesione do oferty przygotowanej przez Konsorcjum, które zamierza realizować zamówienie przy udziale podwykonawców, bez obowiązku zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy pracowników ochrony. Przyjęte założenie nie wskazywało również na naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu przez utrudnienie innym podmiotom ubieganie się o zamówienie. Należy bowiem zauważyć, iż w postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium dotyczące kluczowego personelu, w którym zamawiający premiował dodatkowymi punktami liczbę pracowników, których wykonawca zatrudni przy realizacji kluczowego przedmiotu zamówienia w pełnym wymiarze czasu pracy, na podstawie umowy o pracę. W swojej ofercie Konsorcjum nie zadeklarowało ani na część I ani na część IV żadnej osoby, co prowadziło do zmniejszenia ilości punktów przyznanych ofercie. Wszyscy pozostali wykonawcy, którzy zadeklarowali zatrudnienie osób w pełnym wymiarze czasu pracy otrzymali ilość punktów przewidzianą w tym kryterium. W tych okolicznościach nie można mówić, iż Konsorcjum naruszyło zasady uczciwej konkurencji, inną kwestia pozostaje to czy ilość punktów możliwa do uzyskania w tym kryterium mogła w sposób efektywny mobilizować wykonawców do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Ocena ta mogłaby być prowadzona ale na etapie badania treści siwz, tj. przed złożeniem ofert. Podsumowując Izba uznała, iż okoliczność związana ze sposobem zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy cywilnoprawnej z pełnym ubezpieczeniem oraz drugą umową cywilnoprawną ze składką zdrowotną, stanowił właściwą tylko dla tego wykonawcy okoliczność wpływającą zasadniczo na wysokość kosztów pracowniczych, które pozwoliły na zmniejszenie ceny ofertowej na część I i IV zamówienia. Jednocześnie Izba uznała, iż poziom różnicy cen zaoferowanych na część IV, a także ich zbliżenie do kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie rodził podejrzeń co do rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum. Konsorcjum zaoferowało cenę 338.025,60 zł. (przy żadnej osobie zatrudnionej na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy), przy drugiej ofercie Odwołującego za cenę 583.862,40 zł. (przy 9 osobach zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umowy o pracę), co umożliwiło Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty mieszczącej się w kwocie szacowanej zwiększonej o podatek VAT, tj. 432.657,66 zł. brutto.

Mając na uwadze zasadność części zarzutów dotyczących wadliwej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum oraz Agencję Wena, opisanych powyżej, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert na część I i IV zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: