

POSTANOWIENIE

z dnia 7 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika w dniu **7 marca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2018 r.** przez konsorcjum firm: **City Security S.A. (lider), ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa, Atos Sp. z o.o. (partner), ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Telewizję Polską S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- Solid Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o. (partner), ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie wykonawcy - konsorcjum firm: City Security S.A. (lider), ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa, Atos Sp. z o.o. (partner), ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: City Security S.A. (lider), ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa, Atos Sp. z o.o. (partner), ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: City Security S.A. (lider), ul. Świętojska 5/7, 00-236 Warszawa, Atos Sp. z o.o. (partner), ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości przekraczającej równowartość kwoty 750.000,00 euro, t.j. na „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia oraz obsługi recepcji w obiektach Spółki Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na okres 36 miesięcy” (ogłoszenie o zamówieniu - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2017r. pod numerem 2017/S 238-494723), w dniu 26 lutego 2018 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: City Security S.A. (lider), Atos Sp. z o.o. (partner), z siedzibą lidera w Warszawie - (dalej zwany także „odwołującym”) - wobec czynności wyboru oferty konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o. (partner) z siedzibą lidera w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej, o której to czynności odwołujący został powiadomiony w korespondencją elektroniczną w dniu 16 lutego 2018 r. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w tym samym terminie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lutego 2018 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom), zgłosił w dniu 2 marca 2018 r. wykonawca: Solid Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o. (partner), który wnosił o oddalenie odwołania i tym samym utrzymanie w mocy wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę - konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o. (partner) do udziału w postępowaniu odwoławczym. Zgłaszający przystąpienie wykazał spełnienie przesłanek wyznaczonych przepisem art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż posiada interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. Przepis ten stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej (...), a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej „ustawą Pzp”, tj.:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 1, ust. 1a, ust. 2, ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

- poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm: Solid Security Sp. z o.o. (lidera) oraz Solid Sp. z o.o. (partnera) do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę,
- poprzez nierzetelną i nieprawidłową ocenę oferty złożonej przez konsorcjum Solid, oraz brak uznania, że cena wskazana w ofercie złożonej przez konsorcjum Solid jest ceną rażąco niską, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty konsorcjum Solid jako zawierającej rażąco niską cenę a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, a w konsekwencji zaś zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty odwołującego,

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Solid, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a w konsekwencji zaś zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Solid,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w szczególności przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego cenę oferty konsorcjum Solid,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Solid jako zawierającej rażąco niską cenę i dokonanie wyboru oferty odwołującego,
- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą - w załączeniu odwołujący przedłożył fakturę VAT.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści odwołania oraz dopuszczenie dowodu z dokumentacji ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą przekaże zamawiający.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uchybień zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, które uzyskałby gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający dnia 7 grudnia 2017 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości równej lub przekraczającej równowartość kwoty 750.000,00 euro na „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia oraz obsługi recepcji w obiektach Spółki Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na okres 36 miesięcy” (postępowanie nr ZP/TADM/90/2017 - dalej „Przetarg”). Budżet jaki zamawiający przewidział na realizację zamówienia - to kwota 49 364 181,52 zł. Do przetargu stanęło kilka spółek oraz konsorcjów. Podmioty składające oferty, oprócz wskazania wartości zamówienia brutto zostały także zobligowane przez zamawiającego (pkt 6 SIWZ) do przedstawienia w formularzu oferty, odrębnie:

- a) stawki wynagrodzenia netto (bez podatku VAT) za jedną roboczogodzinę z tytułu realizacji usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz;
- b) stawki wynagrodzenia netto (bez podatku VAT) za jedną roboczogodzinę z tytułu realizacji usługi w zakresie obsługi recepcji.

Odwołujący zaznaczył, że:

- spośród łącznej liczby godzin świadczenia usługi w ramach zamówienia (1.576.935 godzin) realizacja usługi w zakresie ochrony osób i mienia (pkt. a) stanowi ok. 94,53 % zamówienia (1.495.260 godzin), podczas gdy realizacja usługi w zakresie obsługi recepcji (pkt. b) stanowi jedynie około 5,47 % zamówienia (około 81.675 godzin);
- usługa w zakresie ochrony osób i mienia, ma być realizowana przez pracowników ochrony wyposażonych w broń palną i środki przymusu bezpośredniego - jest to tzw. usługa SUFO (realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne), a więc wyłącznie przy pomocy wysoko wykwalifikowanych pracowników ochrony, z których każdy musi posiadać w szczególności: wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz legitymację osoby uprawnionej do posiadania broni palnej (co z kolei wymaga regularnych i obowiązkowych: badań lekarskich, kursów, treningów strzeleckich i innych), zwanych dalej „pracownikami SUFO.”

Odwołujący przedstawił Tabelę obrazującą kwoty zaoferowane przez poszczególnych wykonawców odrębnie dla przedmiotów zamówienia zdefiniowanych w pkt. a) i b) powyżej. Podkreślił, że zamawiający wymagał, aby wszystkie osoby realizujące umowę (pracownicy ochrony i recepcji) w imieniu wykonawcy były zatrudnione w oparciu o umowy o pracę - w takim wymiarze czasu pracy, w jakim dana osoba będzie realizować usługi.

Odwołujący uznawał, że zamawiający zastrzegł, aby każda godzina czasu pracy każdej z osób zaangażowanych przez wykonawcę do wykonywania umowy na rzecz zamawiającego rozliczana była jak zatrudnienie na podstawie stosunku pracy, eliminując tym samym możliwość np. zatrudnienia pracowników częściowo (na część godzin pracy) na etatach a w

pozostałym zakresie (reszta godzin pracy) na podstawie innych tytułów np. umów cywilnoprawnych. Powyższe nie dotyczy tylko grup interwencyjnych (por. § 5 ust. 6 wzoru umowy załączonej do SIWZ).

TABELA: Firma; Wartość zamówienia brutto; Wartość netto (bez podatku VAT) jednej roboczogodziny pracowniczej pracownika ochrony; Wartość netto (bez podatku VAT) jednej roboczogodziny pracowniczej pracownika recepcji.

BUDŻET ZAMAWIAJĄCEGO		49 364 281,52 zł	25,45 zł	
1	KONSORCJUM SOLID	35 411 084,08 zł	17,95 zł	23,87 zł
2	KONSORCJUM CITY; ATOS (odwołujący)	45 969 232,19 zł	23,70 zł	23,70 zł
3	KONSORCJUM EKOTRADE	46 943 680,01 zł	24,35 zł	21,50 zł
4	KONSORCJUM MATPOL, FOSA, ART	49 191 023,95 zł	25,49 zł	23,00 zł
5	KONSORCJUM IMPEL	50 891 405,84 zł	26,42 zł	22,90 zł
6	NAFTOR	51 477 781,53 zł	26,54 zł	26,54 zł
7	KONSORCJUM KONSALNET	51 956 736,15 zł	26,89 zł	24,90 zł
8	KONSORCJUM STEKOP	52 176 048,35 zł	26,90 zł	26,90 zł

Na podstawie danych zobrazowanych w ww. Tabeli odwołujący przekonywał, że:

- większość wykonawców w złożonych przez siebie ofertach zaoferowała wyższą lub znacznie wyższą stawkę godzinową za ten zakres zamówienia, która obejmuje usługi pracowników ochrony, niż za tę część która obejmuje usługi pracowników recepcji, co jest całkowicie uzasadnione z uwagi na zróżnicowane wymagania względem kwalifikacji posiadanych przez osoby realizujące odmienny rodzaj usług, w tym wspomniane na wstępie wymogi kwalifikacyjne pracowników ochrony realizujących usługę SUFO implikujące konieczność odpowiedniego (stosownego do kwalifikacji) wynagrodzenia tych pracowników (uwagi do pkt (iv) poniżej);
- kilku wykonawców (w tym odwołujący) zaoferowało „płaską stawkę” tj. taką samą dla obu zakresów zamówienia, co także uwzględnia ponadprzeciętne wymogi kwalifikacyjne pracowników SUFO;
- wyłącznie konsorcjum Solid zaoferowało znacznie (blisko 6,00 zł netto w przeliczeniu na jedną godzinę) wyższą stawkę za część zamówienia obejmującą obsługę recepcji względem stawki zaoferowanej tytułem ochrony, co powinno wzbudzić czujność zamawiającego z uwagi na fakt, iż zakres zamówienia obejmujący obsługę recepcji stanowi jedynie kilka procent ogółu zamówienia oraz do wykonania tej, mniejszościowej części zamówienia, wykonawca może zaangażować osoby o znacznie niższych kwalifikacjach, umiejętnościach i uprawnieniach niż osoby niezbędne do realizacji drugiego, większościowego zakresu zamówienia - usług ochrony SUFO.

Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Solid, pomimo, iż to konsorcjum, w opinii odwołującego zaproponowało cenę rażąco niską.

Ponadto, zamawiający nie zażądał nawet przedłożenia od wybranego wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stanu prawnego dotyczącego rażąco niskiej ceny i braku wezwania przez zamawiającego konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień w związku z rażąco niską ceną w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący argumentował, że ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijny nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Z dotychczasowej linii orzeczniczej wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną może być uznana oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie Wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji Wykonawcy. (wyrok KIO z dnia 11 maja 2010 r. sygn. KIO/UZP 661/10).

Ponadto, z orzecznictwa KIO wynika, iż ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. (wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r. sygn. KIO 560/12).

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. KIO 2885/12 uznano, że dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu. W orzeczeniu KIO z dnia 11 maja 2010 r. sygn. KIO/UZP 661/10 zostało wskazane, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców, 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na

którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1562/11).

Jednocześnie odwołujący podnosił, że jeżeli w danym przypadku cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub cen oferowanych przez innych wykonawców, lub cen rynkowych przedmiotu zamówienia, i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający powinien zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie przez wykonawcę.

Zdaniem odwołującego, mimo nowelizacji przepisów ustawy Pzp dotyczących badania ceny oferty, w dalszym ciągu jest aktualny ugruntowany pogląd, że odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę nie może nastąpić wyłącznie na podstawie oceny zamawiającego dokonanej a priori, lecz musi być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, w ramach którego wykonawca może wykazać, że cenę oferty obliczył w sposób rzetelny i może za nią należycie wykonać umowę (por. wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. KIO 166/15).

Odwołujący zaznaczał, iż podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zamawiającego - nie ma obowiązku udowodnienia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż musi wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 8 lutego 2015r. sygn. KIO 177/13).

W odniesieniu do zarzucanego wykonawcy wybranemu - konsorcjum Solid czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powoływał się na art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który zawiera generalną klauzulę czynu nieuczciwej konkurencji i wskazuje, iż czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymieniono zaś przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, polegające na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Mając na uwadze powyższe przepisy, a także przytoczone orzecznictwo dotyczące kwalifikowania oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę, odwołujący nie miał wątpliwości, że złożenie oferty przez konsorcjum Solid, zawierającej cenę rażąco niską - jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dla wykazania, że cena oferty konsorcjum Solid w realiach przedmiotowej sprawy, jest rażąco niska i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący naświetlił sytuację w branży ochroniarskiej w Polsce, która charakteryzuje się niską rentownością. Wskazywał, że podstawowym kosztem działalności przedsiębiorcy świadczącego usługi ochrony osób i mienia są koszty wynagrodzeń i ich pochodne (koszty pracodawcy/zleceniodawcy). Wprowadzone w ostatnich 26 miesiącach (w 2016 - tzw. oZUSowanie w 2017 - minimalnej stawki godzinowej z umów cywilnoprawnych oraz w 2018 r. - zwiększenie ww. stawki minimalnej); zmiany w prawie dotyczące kluczowych z punktu widzenia branży ochrony, materii w tym ww. oskładkowanie umów zleceń oraz wprowadzenie (i jej następnie zwiększenie) minimalnej stawki godzinowej od umowy zlecenia a także zwiększenie minimalnego wynagrodzenia za pracę spowodowały, iż obecnie ceny zawarte w ofertach składanych w przetargach publicznych przez wykonawców działających na rynku ochrony osób i mienia zróżnicowane są w sposób minimalny.

Odwołujący zaznaczył, iż w odwołaniu posługuje się dwukrotnie określeniem stawek netto. W pierwszym przypadku będzie to stawka wynagrodzenia netto wykonawcy za jedną roboczogodzinę pracy pracownika i odwołujący określa ją, jako „stawka netto (bez VAT)”. W drugim zaś stawkę netto wynagrodzenia pracownika za jedną roboczogodzinę określa jako „stawka netto”.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż cena brutto oferty konsorcjum Solid jest o prawie 14.000.000,00 zł niższa niż wartość zamówienia (budżetu zamawiającego) powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, co w przeliczeniu na wartość procentową stanowi 28,26 %. Ponadto cena ta jest o 12.591.039,93 zł niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w przeliczeniu na wartość procentową stanowi 26,23%.

Dodatkowo odwołujący zaznaczał, że cena zawarta w ofercie złożonej przez konsorcjum Solid jest o przeszło 10.500.000,00 zł niższa niż cena oferty złożonej przez odwołującego, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu. Podkreślał, iż różnice cen brutto kolejnych ofert w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego są nieznaczne (czego dowodzi tabela załączona do pisma zamawiającego z dnia 16 lutego 2018 r. z wyborem oferty). W ocenie odwołującego powyższe dane i wyliczenia, obiektywnie je oceniając powinny być u racjonalnego zamawiającego wywołać podejrzenie złożenia oferty z rażąco niską ceną przez konsorcjum Solid. Niemniej zamawiający pomimo tak jaskrawych różnic w złożonych ofertach zaniechał możliwości uzyskania od konsorcjum Solid dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dowód: informacja zamawiającego dotycząca wyboru oferty konsorcjum Solid wraz z załącznikami na okoliczność cen brutto zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców,

Przechodząc do analizy zaoferowanych przez wykonawców stawek netto (bez VAT) wynagrodzeń - odwołujący podnosił, że zamawiający oszacował (przewidział w budżecie) koszt wykonania zamówienia w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę na kwotę netto (bez podatku VAT) 25,45 zł. Konsorcjum Solid zaoferowało zaś, dla zakresu zamówienia obejmującego realizację usług ochrony osób i mienia przez SUFO (tj. dla zakresu stanowiącego 94,53 % łącznej liczby roboczogodzin zamówienia) stawkę netto (bez VAT) 17,95 zł. Oferty następnych wykonawców przedstawiały się, w komentowanym zakresie zamówienia następująco: 23,70 zł netto (bez VAT), 24,35 zł netto (bez VAT) itd. Różnica na poziomie prawie 6,00 zł na stawce netto (bez VAT) za jedną roboczogodzinę pomiędzy ceną z oferty wybranej, a kolejną najtańszą (należącą do odwołującego) ofertą, w przekonaniu odwołującego - jest w branży ochrony sytuacją niespotykaną i musi rodzić podejrzenie zaoferowania przez konsorcjum Solid ceny rażąco niskiej. Aby stawka netto bez VAT (17,95 zł) zaproponowana przez konsorcjum Solid dla tej części zamówienia, która obejmuje realizację usługi ochrony fizycznej SUFO mogła zostać uznana za taką, w wyniku której umowa z zamawiającym nie przyniesie dla tego wykonawcy strat już w założeniu, całkowity koszt pracodawcy (wynikający z zatrudnienia kwalifikowanego pracownika ochrony SUFO i w przeliczeniu na jedną godzinę zatrudnienia) musi być niższy niż 17,95 zł, co w ocenie odwołującego jest absolutnie nierealne.

Odwołujący wyjaśniał, że partner jego konsorcjum dokonał w oparciu o SIWZ i projekt umowy udostępnionej przez zamawiającego obliczeń, z których wynika, iż chcąc wypłacić zatrudnionym pracownikom pensje na poziomie minimalnym tj. 2100 zł brutto wykonawca mógłby zaproponować stawkę wynagrodzenia netto jednej roboczogodziny (bez VAT) na poziomie 18,01 zł. Powyższe odwołujący oparł na przedstawionych obliczeniach:

Wynagrodzenie zasadnicze - 2100 zł brutto+ ZUS pracodawcy 20,61% tj. 432,81 zł= 2532,81 zł, 2532,81 zł + wskaźnik urlopowy 10% tj. 253,28 zł+ wskaźnik chorobowy 2% tj. 50,66 zł= 2836,75 zł

Wynagrodzenie za godziny nocne (liczone od najniższej krajowej) 2100 zł :168=12,5 zł x20%=2,50 zł dodatek za jedną godzinę nocną

Średnia liczba godzin nocnych przy pracy całodobowej to 56 godz. (1/3 wszystkich godzin) 2,50 zł x56=140 zł+ ZUS pracodawcy 20,61% tj. 28,85 zł=168,85 zł

168,85 zł +wskaźnik urlopowy 10% tj. 16,89 zł +wskaźnik chorobowy 2% tj. 3,38 zł=189,12 zł

Suma kosztów

2836,75 zł + 189,12 zł= 3025,88 zł

3025,87: 168 godzin (średnia miesięczna ilość godzin)= 18,01 zł

W wyliczeniach przyjęto następujące założenia:

- wskaźnik urlopowy 10%

Średnia miesięczna ilość godzin pracy 168 g. x 12 miesięcy=2016 godzin pracy x 10%= 201,6

Wymiar urlopu 26 dni (208 godzin) rocznie

- wskaźnik chorobowy 2%

Przejęto założenia-możliwe 5 dni zwolnienia lekarskiego dla każdego pracownika rocznie 2016 godzin x 2%= 40,32 godzin tj. ok. 5 standardowych dni roboczych (5x8)

Kolejnym argumentem potwierdzającym w ocenie odwołującego, iż konsorcjum Solid złożyło ofertę z rażąco niską ceną - jest informacja dotycząca warunków finansowych na jakich w chwili obecnej ochrona obiektów zamawiającego jest wykonywana przez wykonawcę Ekotrade. Z informacji jakie posiada odwołujący, Ekotrade wykonuje usługę w roku 2018 po stawce wynagrodzenia netto za jedną roboczogodzinę w kwocie 19,23 zł (bez VAT), a więc o 1,28 zł większej od stawki zaoferowanej przez konsorcjum Solid. Ponadto spółka ta, znając najlepiej specyfikę ochrony obiektów zamawiającego złożyła ofertę także i w przedmiotowym przetargu. Cena netto jednej roboczogodziny pracownika SUFO zaproponowana przez Ekotrade to 24,35 zł (bez VAT), a cena brutto całego zamówienia to 46.943.680,01 zł. Powyższe powinno wzbudzić u zamawiającego obawy, iż cena zaproponowana przez konsorcjum Solid jest rażąco niska, to bowiem wykonawca, który w chwili obecnej świadczy usługi ochrony na rzecz zamawiającego posiada największą wiedzę jakiego rzędu stawki netto jednej roboczogodziny pracownika ochrony dla danego kontraktu są adekwatne i rentowne. Odwołujący zaznaczał, że z informacji jakimi dysponuje wynika, iż przy realizacji umowy zawartej w wyniku poprzedniego przetargu rozpisanego przez zamawiającego (a realizowanej obecnie przez Ekotrade) - brak było wymogu zatrudniania wszystkich pracowników ochrony wykonawcy w oparciu o umowę o pracę. Powyższe znacznie wpływa na wysokość kosztów realizacji kontraktu. Zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę pracę powoduje, wzrost

kosztów jednej roboczogodziny pracownika o około 12% w stosunku do kosztów tej samej roboczogodziny realizowanej przez osobę świadczącą usługę na podstawie umowy zlecenia, z uwagi na konieczność uwzględnienia kosztów związanych z udzieleniem płatnych urlopów, zapłatą wynagrodzenia za dni choroby, w części, która musi być opłacana przez pracodawcę itp. Ponadto, należy też mieć na uwadze, że w obecnym przetargu, zamawiający (względem dobiegającego końca zamówienia realizowanego przez Ekotrade) - znacznie rozszerzył zakres zamówienia, dla wykonania którego niezbędne jest zatrudnienie kwalifikowanych pracowników ochrony SUFO. Umowa realizowana obecnie przez Ekotrade wymaga bowiem obsadzenia pracownikami SUFO wyłącznie posterunków ochrony położonych na terenie Warszawy (tj. wyłącznie dla nieznacznej części obecnie obowiązującego zamówienia), podczas gdy przy omawianym przetargu zamawiający żąda by wykonawca zapewnił pracowników kwalifikowanych wyposażonych w broń palną oraz środki przymusu bezpośredniego (tj. pracowników SUFO) na wszystkich posterunkach ochrony (§ 3 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z § 3 ust. 4 wzoru Umowy - załącznik nr 1 do SIWZ), tj. dla 94,53% łącznej liczby roboczogodzin przewidzianej dla wykonania zamówienia. Okoliczność ta z uwagi na znacznie wyższe wymagania finansowe kwalifikowanych pracowników SUFO także w sposób istotny wpływa na koszt realizacji umowy.

Następną kwestią, na którą odwołujący zwracał uwagę, to fakt iż spółki z grupy konsorcjum Solid startując w innych przetargach na terenie kraju (o analogicznych jak niniejszy wymaganiach, tj. przetargach na ochronę realizowaną przez pracowników SUFO) oferują stawki wynagrodzenia netto za jedną roboczogodzinę w przedziałach 37,00 zł - 38,69 zł netto (bez VAT), czyli przeszło dwukrotnie wyższe od stawki zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Przykładowo w przetargu ogłoszonym przez zamawiającego: 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska k/Krakowa - konsorcjum Solid (skład konsorcjum identyczny jak w przedmiotowym postępowaniu) złożyło: na zadanie nr 1 ofertę o wartości brutto 13.485.486,92 zł, co przy zakładanej przez zamawiającego ilości roboczogodzin-294.588 daje wartość netto jednej roboczogodziny na poziomie 37,22 zł (bez VAT) zgodnie z równaniem $13.485.486,92 \text{ zł brutto} / 294.588 \text{ rbg} = 45,78 \text{ zł brutto} / 1,23 = 37,22 \text{ zł}$, zaś na zadanie nr 2 ofertę o wartości brutto 14.953.815,41 zł, co przy zakładanej przez zamawiającego ilości roboczogodzin - 314.221,80 daje wartość netto jednej roboczogodziny na poziomie 38,69 zł (bez VAT) zgodnie z równaniem $14.953.815,41 \text{ zł brutto} / 314.221,80 \text{ rbg} = 47,59 \text{ zł brutto} / 1,23 = 38,69 \text{ zł}$.

Odwołujący przyznał, że ma świadomość tego, że specyfika różnych kontraktów warunkuje różne wynagrodzenia, ale różnica na poziomie 20 zł netto (bez VAT) na jednej roboczogodzinie za analogiczny, oparty na pracownikach ochrony o takich samych

(najwyższych w branży) kwalifikacjach była dla odwołującego szokująca i świadcząca o podaniu przez konsorcjum Solid ceny rażąco niskiej.

Dowód:

- 1) Informacja z otwarcia ofert z dnia 5 października 2017r. zamawiający: 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska k/Krakowa oraz Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.12.2017r. Zamawiający: 35 Wojskowy Oddział Gospodarczy Rząska k/Krakowa - na okoliczność wysokości złożonej przez konsorcjum Solid oferty.
- 2) Formularze cenowe z w/w przetargu na okoliczność wykazania zakładanej przez zamawiającego ilości godzin do przepracowania.

Odwołujący zaznaczał, że w związku z sformułowanym przez zamawiającego obowiązkiem realizacji usługi ochrony wyłącznie przez pracowników ochrony SUFO (§ 3 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z § 3 ust. 4 wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ) - wyjaśnienia wymaga sytuacja na rynku pracowników tego rodzaju - w kontekście oceny kosztów realizacji kontraktu. Powtarzał, że pracownicy SUFO są to osoby o najwyższym w branży ochronie stopniu kwalifikacji. Posiadanie przez takich pracowników dodatkowych uprawnień rodzi także konieczność ich odpowiedniego (większego niż w przypadku zwykłych pracowników ochrony) wynagradzania. Oczywistym jest zróżnicowanie wynagrodzeń pracowników tego samego rodzaju w zależności od posiadanych przez te osoby uprawnień i kwalifikacji. Zjawisko to jest powszechne i występuje w odniesieniu do każdej kategorii pracowników niezależnie od branży. Powyższe potwierdza syntetyczna analiza poziomu różnic w wynagrodzeniach w zależności od uprawnień i certyfikacji w ramach poszczególnych grup stanowiskowych dokonana przez profesjonalny podmiot świadczący usługi rekrutacyjne i doradztwa personalnego, która jednoznacznie wskazuje na istotny (47,8%) poziom zróżnicowania wynagrodzeń w zależności od stopnia kwalifikacji w ramach różnych grup stanowiskowych. Jako dowód odwołujący przedstawił: analizę rynkową poziomu różnic w wynagrodzeniach w zależności od uprawnień i certyfikacji na okoliczność rynkowego wymogu wynagradzania pracowników SUFO w sposób odpowiedni do posiadanych kwalifikacji. W chwili obecnej stawki zatrudniania pracowników SUFO kształtują się na rynku na poziomie nie niższym niż 12 zł netto. Oczywiście różnice w stawkach uzasadnione są specyfiką konkretnego zamówienia, jak i rynku, na którym są realizowane, jednakże odwołujący przyjmował w oparciu o swoje doświadczenie i ogłoszenia prasowe zawierające podaną stawkę wynagrodzenia pracownika kwalifikowanego ochrony, iż oscylują one w granicach 12 zł, i to najczęściej przy umowie zlecenia, a nie o pracę.

Dowód: Ogłoszenia o pracę zamieszczone przez Spółki:

- Securitas - źródło- <https://securitas.es-candidate.com/pl/iobs/description/O/271420752>

- Basma Security - źródło-<http://praca.gratka.pl/oferta/kwalifikowany-pracownik-ochrony-3980901.html>
- Solid Security- źródło- <http://lublin.lento.pl/kwalifikowany-pracownik-ochrony-hotel-12-QQ.5759445.html>
- Inny podmiot- źródło- <http://praca.gratka.pl/oferta/pracownik-ochronydo-12-zl-netto/godz>

na okoliczność wysokości stawek wynagrodzenia netto za jedną roboczogodzinę oferowanym kwalifikowanym pracownikom ochrony.

Przyjmując zatem, że wyżej wymieniona stawka jest stawką minimalną dla kwalifikowanych pracowników ochrony SUFO za jaką można znaleźć kandydatów do pracy, według odwołującego - całkowity koszt pracodawcy w przeliczeniu na jedną godzinę pracy pracownika kwalifikowanego ochrony SUFO określony na 12,00 zł netto wynosi (przy umowie o pracę i założeniu przepracowania 168 godzin w skali miesiąca) około 22 zł. Stawka ta stanowi, zatem dla wykonawcy w zasadzie minimalny godzinowy koszt zatrudnienia niezbędny do poniesienia w celu wykonania zamówienia, a tym samym oznacza minimalny poziom stawki netto (bez VAT) za jedną roboczogodzinę pracownika ochrony SUFO, co w odniesieniu do omawianego przetargu oznacza, że realizacja zamówienia poniżej ww. stawki generuje stratę po stronie wykonawcy. Powyższe wskazuje na nierealną i rażąco zaniżoną cenę, jaką w ofercie wskazało konsorcjum Solid.

Odwołujący zwracał uwagę, że z oferty złożonej przez konsorcjum Solid wynika, iż jako jedyny wykonawca - zamierza on wyżej wynagradzać pracowników recepcji (zaproponowana stawka netto (bez VAT): 23,87 zł) - niż wykwalifikowanych pracowników ochrony SUFO (zaproponowana stawka netto (bez VAT): 17,95 zł). Powyższe zrodziło u odwołującego przypuszczenie, że osoba składająca w imieniu konsorcjum Solid ofertę w przedmiotowym przetargu pomyliła stawki wynagrodzenia wykonawcy przewidziane dla zakresu zamówienia obejmującego obsługę recepcji ze stawkami oferowanymi dla zakresu zamówienia obejmującego usługę ochrony SUFO - podczas wpisywania ich do formularza cenowego. Odwołujący wyjaśniał, że dokonał symulacji ceny oferty brutto, jaka powstałaby, gdyby konsorcjum Solid nie popełniło domniemywanej powyżej omyłki. W tym wypadku różnica pomiędzy ofertą konsorcjum Solid a odwołującego wynosiłaby tylko kilka tysięcy złotych a nie 10.500.000,00 zł. Odwołujący stwierdził, że o ile dokonanie takiej pomyłki i zaproponowanie takich stawek przez konsorcjum Solid, samo w sobie nie potwierdza rażąco niskiej ceny, to dokonując oceny tych stawek przez pryzmat rynku branży ochrony wskazuje, że są one rażąco niskie i w zasadzie uniemożliwiają wykonanie zamówienia w tej cenie, bez ponoszenia strat.

Odwołujący zaznaczał, że rozkład ciężaru dowodu zgodnie z art. art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - w sytuacji, gdy odwołanie jest oparte na zarzucie zaniechania odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę - co do zasady nie będzie obciążał odwołującego, ale wykonawcę,

którego oferty dotyczy odwołanie. W sytuacji jednak, gdy wykonawca, który - zgodnie z twierdzeniami odwołania - złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę - nie przystąpi do postępowania odwoławczego, ciężar dowodu zostanie przeniesiony na zamawiającego.

W podsumowaniu przedstawionego uzasadnienia odwołujący powtórzył:

- iż cena brutto oferty konsorcjum Solid jest o prawie 14.000.000,00 zł niższa niż wartość zamówienia (budżet zamawiającego) powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, co w przeliczeniu na wartość procentową stanowi 28,26 %. Ponadto cena ta jest o 12.591.039,93 zł niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w przeliczeniu na wartość procentową stanowi 26,23%. Dodatkowo cena zawarta w ofercie złożonej przez konsorcjum Solid jest o przeszło 10.500.000,00 zł niższa niż cena oferty złożonej przez odwołującego, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu

- iż zamawiający oszacował (przewidział w budżecie) koszt wykonania zamówienia w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę na kwotę netto (bez podatku VAT) 25,45 zł. konsorcjum Solid zaoferowało zaś, dla zakresu zamówienia obejmującego realizację usług ochrony osób i mienia przez SUFO (tj. dla zakresu stanowiącego 94,53 % łącznej liczby roboczogodzin zamówienia) stawkę netto (bez VAT) 17,95 zł. Oferty następnych wykonawców przedstawiały się, w komentowanym zakresie zamówienia następująco: 23,70 zł stawka netto (bez VAT), 24,35 zł stawka netto (bez VAT) itd. Różnica na poziomie prawie 6,00 zł na stawce netto (bez VAT) za jedną roboczogodzinę, pomiędzy ceną z oferty wybranej jako najkorzystniejsza, a kolejną najtańszą (należącą do odwołującego) ofertą jest w branży ochrony sytuacją niespotykaną i musi rodzić podejrzenie zaoferowania przez konsorcjum Solid ceny rażąco niskiej

- iż obecny wykonawca kontraktu Ekotrade wykonuje usługę w roku 2018 przy wynagrodzenia za jedną roboczogodzinę w kwocie stawki netto (bez VAT) 19,23 zł a więc o 1,28 zł większej od stawki zaoferowanej przez konsorcjum Solid. Ponadto Spółka ta znając najlepiej specyfikę ochrony obiektów zamawiającego złożyła ofertę także i w przedmiotowym przetargu. Cena netto jednej roboczogodziny pracownika SUFO zaproponowana przez Ekotrade stawka (bez VAT) to 24,35 zł, a cena brutto całego zamówienia to 46.943.680,01 zł. Mając dodatkowo na uwadze, iż z informacji jakimi dysponuje odwołujący wynika, że przy realizacji umowy zawartej w wyniku poprzedniego przetargu (a realizowanej obecnie przez Ekotrade) brak było wymogu zatrudniania wszystkich pracowników ochrony wykonawcy w oparciu o umowę o pracę

- iż spółki z grupy konsorcjum Solid startując w innych przetargach na terenie kraju (o analogicznych jak niniejszy wymaganiach tj. przetargach na ochronę realizowaną przez pracowników SUFO) oferują (zwycięskie) stawki wynagrodzenia netto za jedną

roboczogodzinę w przedziałach 37,00 zł - 38,69 zł netto (bez VAT), czyli przeszło dwukrotnie wyższe od stawki zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym

- iż zamawiający wymaga świadczenia usług ochrony przez pracowników SUFO, a więc pracowników wysoko wykwalifikowanych, których wynagrodzenie rynkowe za jedną roboczogodzinę pracy kształtuje się na poziomie 12 zł netto

- iż z oferty złożonej przez konsorcjum Solid wynika, że jako jedyny wykonawca zamierza on wyżej pracowników recepcji (zaproponowana stawka netto (bez VAT): 23,87 zł) niż wykwalifikowanych pracowników ochrony SUFO (zaproponowana stawka netto (bez VAT): 17,95 zł), co prawdopodobnie wynika, z pomyłki pracownika konsorcjum Solid

- iż jak wynika z obliczeń odwołującego, konsorcjum Solid za zaproponowaną stawkę wynagrodzenia jednej roboczogodziny 17,95 zł netto (bez VAT) nie będzie w stanie pracownikom zapłacić nawet minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę tj. 2100 brutto, a trzeba mieć także na uwadze, iż wykonawca będzie musiał ponieść inne, dodatkowe koszty obsługi kontraktu.

Mając na uwadze wskazane okoliczności odwołujący potrzymał twierdzenie, iż oferta złożona przez konsorcjum Solid musi być uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, gdyż odbiega ona w sposób znaczący od cen rynkowych przyjętych dla tego typu przedmiotu zamówienia. Powyższe sugeruje, że usługa będzie albo realizowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, bez jakiegokolwiek zysku, albo też wykonawca nie będzie w stanie realizować usługi w ogóle.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron i uczestnika, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika - adwokata R. B. .

Do odwołania załączono pełnomocnictwo w oparciu o art. 23 ust 2 ustawy Pzp z dnia 15 grudnia 2017 r., wystawione przez osoby uprawnione do reprezentacji partnera konsorcjum - Atos Sp. z o.o., ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź - uprawniające lidera - firmę City Security S.A., ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa - do działania w imieniu konsorcjum w danym postępowaniu przetargowym, w tym do wnoszenia odwołań.

Do odwołania zostało dołączone w oryginale pełnomocnictwo z dnia 22 lutego 2018 r. udzielone adwokatowi R. B., stwierdzające: „*Ja niżej podpisany B. B., działając jako uprawniony zarząd Spółki City Security S.A. z siedzibą przy ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa, dla której Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy (...) XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego prowadzi rejestr przedsiębiorców za numerem KRS 0000412576, która to Spółka jest Liderem Konsorcjum Spółek City Security S.A. oraz Atos Sp.*

z o.o. uprawnioną do reprezentowania w/w Konsorcjum niniejszym udzielam pełnomocnictwa: adwokatowi R. B. do złożenia w imieniu Konsorcjum odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej od wyników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) na „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia oraz obsługi recepcji w obiektach Spółki Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na okres 36 miesięcy” (...).

Ponadto, do odwołania został załączony odpis z rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z datą wystawienia 22 lutego 2018 r., Nr 0000412576, z którego wynika, że spółkę City Security S.A. reprezentują:

- Prezes Zarządu – M. S.
- Wiceprezes Zarządu – B. J. K., oraz
- członek Zarządu – B. B. .

Jako organ uprawniony do reprezentacji podmiotu - City Security S.A. wskazany jest zarząd. Z ujawnionego w KRS sposobu reprezentacji tego przedsiębiorcy wynika, że spółkę reprezentują dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu wraz z prokurentem. Z przedstawionego odpisu z rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego City Security S.A. wynika, że prokurentów nie ustanowiono.

Do odwołania dołączono także wnioski o zmianę danych podmiotu w Rejestrze Przedsiębiorców złożony dnia 31 stycznia 2017 r. w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy XIII Wydział KRS - KRS-Z3 (wniosek o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców) z 2 załącznikami KRS-ZK - z wnioskami zmiany danych osób wchodzących w skład organu uprawnionego do reprezentowania Spółki), tj.:

- 1) o wykreślenie Prezesa Zarządu – M. S.,
- 2) o wykreślenie Wiceprezes Zarządu – B. J. K.

- z pełnionych funkcji, gdyż jak wynika z załączonych do wniosku oświadczeń tych osób - ze skutkiem na dzień 12 grudnia 2017 r. złożyli oni rezygnację z zajmowanych stanowisk.

Przedstawione wnioski potwierdzają, że zmiana statutu Spółki oraz zmiana sposobu reprezentacji podmiotu - nie została dokonana i nie została zgłoszona do rejestru przedsiębiorców KRS.

Z powyższego wynika, że wbrew ustanowionemu i ujawnionemu sposobowi reprezentacji przedsiębiorcy - City Security S.A., że Spółkę reprezentują dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu wraz z prokurentem, w dacie wystawienia pełnomocnictwa z dnia 22 lutego 2018 r. udzielonego adwokatowi J. B., m. inn. do wniesienia odwołania - skład organu Zarządu, uprawnionego do reprezentacji tej Spółki był obsadzony w sposób niepełny, tj. przez jedną osobę członka Zarządu - pana B. B. . Z ustalonego sposobu reprezentacji, której

odwołujący nie zmienił, ani nie wnioskował o dokonanie takich zmian, wynika że reprezentacja podmiotu jest łączna, a więc przez dwóch członków Zarządu, wchodzących w jego skład. Odwołanie ze składu Zarządu dwóch osób, nie dowodzi, iż jednocześnie doszło do zmiany sposobu reprezentacji Spółki City Security S.A.

Wystawienie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania, jako czynności przekraczającej zwykły zarząd, winno być dokonane zgodnie ze sposobem reprezentacji, a więc przez dwóch członków Zarządu, lub jednego członka Zarządu z prokurentem lub prokurenta samoistnego, gdyby został on ustanowiony, skoro tak ustalono - jak wynika to przedstawionego odpisu z KRS - określającego wymieniony sposób reprezentacji Spółki City Security S.A.

Zgodnie z art. 368 § 1 i 2 Kodeksu spółek handlowych, zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Zarząd składa się z jednego albo większej liczby członków. Na mocy art. 373 § 1 Kodeksu spółek handlowych, jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Wygaśnięcie mandatu członków Zarządu City Security S.A. M. S. oraz B. J. K., wskutek rezygnacji, powoduje ten skutek, iż do czasu uzupełnienia składu Zarządu do wymaganej w rejestrze przedsiębiorców (lub w statucie) ilości członków dla skutecznej reprezentacji, Spółka City Security S.A. pozbawiona jest tego organu. W spółce akcyjnej zarząd, co do zasady działa kolegialnie.

Jednoznacznie wypowiedział się w tej kwestii Sad Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 lutego 2011 r. Sygn. akt IV CZ 117/10 LEX nr 1157577, iż: „*określony w umowie spółki sposób reprezentacji musi być wyraźny, aby uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej. Sprawa reprezentacji ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu. Postanowienia umowy spółki muszą być w tym względzie jednoznaczne, aby nie wywoływać wątpliwości jaką ma być reprezentacja spółki w konkretnym przypadku, zważywszy iż ewentualne braki w reprezentacji pociągają za sobą daleko idące skutki: nieważność czynności prawnej, lub odrzucenie czynności procesowej. Jeżeli strony chcą uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej muszą więc w umowie wyraźnie wskazać przy jakich czynnościach spółkę może reprezentować tylko jeden członek zarządu. Gdyby wolą wspólników było, aby także przy dokonywaniu czynności sądowych oświadczenie woli miał składać tylko jeden członek zarządu, powinni to wyraźnie wskazać w umowie spółki. Skoro umowa na ten temat nic nie stanowi, to, działa zgodnie z art. 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych reguła reprezentacji łącznej.*” Tak samo Kodeks Spółek Handlowych, Komentarz pod red. Prof. dr hab., Janusza A. Strzępka, 7 wydanie z 2015 r., str. 909 teza 11 do art. 368 K.s.h. - „*W przypadku bowiem sztywnego określenia składu zarządu, wygaśnięcie mandatu któregoś z członków zarządu*

powoduje ten skutek, że do czasu uzupełnienia składu zarządu do wymaganej statutem liczby członków spółka pozbawiona jest tego organu (tak. np. A. Szajkowski, M. Tarska, A. Szumański, w: Sołtysiński, Szumański, Szajkowski, Szwaja, Komentarz KSH, t. III, 2013 s. 563.

Należało przyjąć, iż ujawniony w KRS sposób reprezentacji łącznej lidera konsorcjum odwołującego - City Security S.A. - stanowi odzwierciedlenie aktualnego sposobu reprezentacji tego podmiotu. Wykazanie umocowania do reprezentowania strony będącej osobą prawną, wymaga złożenia nie tylko pełnomocnictwa udzielonego przez osoby działające w imieniu osoby prawnej, ale także wskazania dokumentu potwierdzającego umocowanie tych osób do działania, jako organu osoby prawnej. W przypadku spółki akcyjnej należało przedstawić dokument potwierdzający, że osoba która podpisała pełnomocnictwo w imieniu spółki jest uprawniona do jej reprezentacji według postanowień art. 373 § 1 Kodeksu spółek handlowych.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 700 ze zm.) domniemywa się, że dane wpisane do rejestru są prawdziwe, z tego wynika, że odpis z KRS jest środkiem dowodowym określonego stanu.

Stosownie do postanowień § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964, Dz. U. z 2017 r., poz. 14) odwołanie powinno zostać podpisane przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu wnoszącego odwołanie. Przepis § 4 ust. 2 pkt 3 powołanego rozporządzenia obligatoryjnie wymaga dołączenia do odwołania dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego. Skoro odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, oprócz pełnomocnictwa, w przypadku spółki prawa handlowego, należało wykazać odpisem z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, uprawnienie osoby wystawiającej pełnomocnictwo do dokonania takiej czynności. Ponadto, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dostępny jest w odnośnej elektronicznej bazie danych.

Z przedstawionego odpisu z KRS odwołującego o numerze 0000 412576 wynika, że został ustalony łączny sposób reprezentacji lidera konsorcjum odwołującego - City Security S.A. przez Zarząd Spółki - przez dwóch członków Zarządu lub jednego członka zarządu wraz z prokurentem. Wygaśnięcie mandatu wskutek rezygnacji dwóch członków Zarządu z dotychczasowego trzyosobowego składu Zarządu - nie uchyła wymogu reprezentacji łącznej - skoro sam sposób reprezentacji nie został zmieniony. Jest to równoznaczne z tym, że wymieniona Spółka nie ma zarządu, co zachodzi wówczas, gdy zarządu nie powołano, lub też nie obsadzono go należycie, to znaczy tak, ażeby w imieniu spółki mogły być składane wiążące

i ważne oświadczenia woli. Przy łącznej reprezentacji Spółki przez Zarząd, muszą w jego skład wchodzić minimum dwie osoby.

Braki w zakresie treści odwołania, określonej art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, lub brak pełnomocnictwa, podlegają uzupełnieniu na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stosownie do postanowień art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, lub w trybie art. 187 ust. 7 tej ustawy. Przepis wykonawczy § 13 ust. 2 pkt 1 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania (...) nakłada na przewodniczącego składu orzekającego obowiązek wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, a więc w zakresie określonym w § 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu (...), tj. ewentualnego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a więc dopuszcza jedynie uzupełnienie dokumentów.

Nie mieści się w tym katalogu, wzywanie odwołującego będącego spółką kapitałową do uzupełnienia składu osobowego organu reprezentacji (prawidłowego i pełnego dla składu wiążących oświadczeń woli), czy też wzywanie do zmiany statutu w zakresie zmiany sposobu reprezentacji. Takich kompetencji przepisy Prawa zamówień publicznych Krajowej Izbie Odwoławczej nie przyznają. Braki w obsadzie składu osobowego organu podmiotu będącego osobą prawną, uniemożliwiające prowadzenie jej spraw, mogą być wypełniane w drodze stosowania przepisu art. 42 K.c. § 1 Kodeksu cywilnego (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.), przewidującego, w sytuacji, jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swych spraw z braku powołanych do tego organów (w czym mieści się niewystarczająca dla skutecznej reprezentacji obsada), że sąd może dla niej ustanowić kuratora. Ponadto kurator może być ustanowiony także przez sąd rejestrowy w trybie postanowień art. 26 i art. 28 ustawy z 1997 r. o Krajowym rejestrze sądowym.

W wyniku dokonanych jak wyżej ustaleń, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązywało Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań. Z mocy art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć

odwołującego. Zgodnie z § 3 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, Dz. U. z 2017 r., poz. 47) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964, Dz. U. z 2017 r., poz. 14), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

