

Łódź, dnia 05.09.2022 r.

**Do**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a, 62-676 Warszawa**

**Odwolujący:**

Konsorcjum:

MAXUS sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi- Lider Konsorcjum

ul. 3- go Maja 64/66, 93- 408 Łódź

KRS 0000428092

[zp@mmservice.com.pl](mailto:zp@mmservice.com.pl); tel.

MM SERVICE MONITORING sp. z o. o. z siedzibą w Kruszwie – Konsorcjant

ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów

KRS 0000617363

MM SERVICE SECURITY sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi- konsorcjant

ul. 3-go Maja 64/66N, 94-408 Łódź

KRS 0000247990

**Zamawiający:**

**Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii**

**im. M. Kopernika w Łodzi**

**Ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**

**tel. 042 689 59 12, [przetargi@kopernik.lodz.pl](mailto:przetargi@kopernik.lodz.pl)**

**Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę społeczną  
ochrony obiektów, osób i mienia Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego  
Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi o wartości  
przekraczającej 750 000 EURO- nr sprawy EZ.28.36.2022**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 13.05.2022 r. pod nr 2022/S 093-  
257453

## **ODWOŁANIE**

I. Działając na podstawie art. 513 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „Ustawą”) w imieniu Konsorcjum, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- 1) zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny oferty Wykonawcy Sky One sp. z o. o. na podstawie art. 224 ust.1 podczas gdy cena oferty wskazanego Wykonawcy wydawała się rażąco niska;
- 2) **ewentualnie** zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Sky One sp. z o. o, którego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i tym samym zaniechanie wezwania Wykonawcy Sky One do wyjaśnień co do ceny oferty, podczas gdy uprzednio złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę w trybie art. 223 ust.1 Ustawy pzp uzasadniały wątpliwości co do ceny oferty która wydaje się rażąco niska
- 2) **Ewentualnie** naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zw. z art. 224 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 18 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust.1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Sky One sp. z o. o. w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych;

III. Wobec wyżej przytoczonych zarzutów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie Wykonawcę Sky One sp. z o. o. do złożenia stosownych

wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy pzp oraz ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem przedmiotowych wyjaśnień;

- 2) **Ewentualnie** powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Wykonawcy Sky One sp. s o. o. z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg. norm przepisanych.

IV. Odwołujący wskazuje, iż na podstawie art. 505 Ustawy pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta Odwołującego po dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Sky One Sp. z o.o. Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w przy realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

V. Mając na uwadze, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana w dniu 02.09.2022 r. niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Ustawy.

VI. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na zasadzie art. 514 Ustawy.

### **UZASADNIENIE**

Zgodnie z treścią wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny Wykonawca Sky One założył następujący sposób realizacji przedmiotu zamówienia w kwestii zatrudnienia pracowników:

19 etatów pracowników pełnosprawnych – koszt 1 etatu 3860,28 zł, średniomiesięczna norma czasu pracy 146 rbh;

3 etaty pracowników niepełnosprawnych w stopniu lekkim, koszt 1 etatu 3860,28 zł, średniomiesięczna norma czasu pracy 146 rbh;

86 osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia, które średniomiesięcznie wypracują łącznie 7417 rbh.

Wskaźnik składek ZUS pracodawcy powiększony o PPK u wykonawcy Sky One wynosi 20,24 % - wynika to z wyjaśnień udzielonych w dniu 31 sierpnia 2022 r..

Wykonawca Sky One Sp. z o.o. zgodnie z przedstawioną kalkulacją osiągnie zysk z realizacji przedmiotu zamówienia w wysokości 111 275,92 zł **tylko i wyłącznie** dlatego, iż powołał się na szczególnie korzystne warunki realizacji usługi polegające na korzystaniu przy realizacji przedmiotu zamówienia w wymiarze 7417 roboczogodzin miesięcznie z 86 zleceniobiorców, którzy **rzekomo** są zatrudnieni w innych firmach na podstawie innych umów i osiągają z tego tytułu minimalne wynagrodzenie co zwalnia Sky One Sp. z o.o. z obowiązku zapłaty składek ZUS pracodawcy. Odwołujący użył sformułowania o rzekomym zamiarze, gdyż nie zostało to w żaden sposób przez firmę Sky One Sp. z o.o. udowodnione.

Powyższe okoliczności należy uznać za szczególnie korzystne, bez których Wykonawca nie byłby w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę, a zatem zachodzi podejrzenie, że cena oferty wskazanego Wykonawcy jest rażąco niska. Z uwagi, iż Zamawiający do tej pory wezwał Wykonawcę jedynie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy pzp, to mając na uwadze szczególne okoliczności na które powołał się Wykonawca, Zamawiający powinien je zweryfikować na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy pzp.

W tym miejscu wskazujemy, iż na tym etapie postępowania, udzielone wyjaśnienia w zakresie sposobu świadczenia usług ochrony osób i mienia **są wyłącznie głośłownymi deklaracjami Wykonawcy i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami.** Fakt ten winien skutkować wezwaniem do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 pzp lub -jeśli przyjąć, że wezwanie z dnia 14.06.2022 r. oraz z dnia 30.08.2022 r. wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy pzp spełnia kryteria wezwania z art. 224 Ustawy pzp- odrzuceniem oferty Sky One Sp. z o.o., gdyż to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Złożenie wyjaśnień nieopartych

dowodami bądź ogólnikowych winno zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie oznaczonej sygnaturą **KIO 596/16**:

*„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, **w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów**. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Zatem „ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża przede wszystkim wezwanego zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp.”*

Analogicznie w sprawie oznaczonej sygnaturą **KIO 2249/21** Izba stwierdziła, iż:

*„Konieczność poparcia **przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem**. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli np. na poziomie budzącym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ – tak jak miało to miejsce,,*

Do wyjaśnień nie zostały załączone jakiekolwiek dowody potwierdzające fakt dysponowania osobami, które spełniają warunki opisane powyżej. Takimi dokumentami mógłby być np. wykaz pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia wraz ze wskazaniem pracodawcy, u którego osiągną oni wynagrodzenie w wysokości równej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę popartym stosownym oświadczeniem pracownika. Wyjaśnienia Wykonawcy zostały oparte wyłącznie na kalkulacji opartej o nierealne założenia. Skoro Wykonawca zakłada, iż skorzysta ze szczególnych rozwiązań w celu uzyskania zysku z realizacji przedmiotu zamówienia – a za taką winna być uznana okoliczność realizacji umowy

przy pomocy osób, wobec których nie istnieje obowiązek zapłaty wobec nich składek ZUS, winien to w sposób jednoznaczny udowodnić Zamawiającemu.

Już sam fakt braku udowodnienia okoliczności na które powołał się Wykonawca, stanowi wystarczający powód aby złożona przez niego oferta została poddana dalszemu badaniu, ewentualnie od razu odrzucona. W każdym razie absolutnie niedopuszczalne było rozstrzygnięcie postępowania na tym etapie, ponieważ nie było podstaw do przyjęcia, że oferta wskazanego Wykonawcy daje rękojmię należytego wykonania usługi, biorąc pod uwagę jej cenę.

Rozwiązanie przyjęte przez Wykonawcę Sky One budzi uzasadnione obawy co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia także z przyczyn obiektywnych o charakterze organizacyjnym. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż pracodawca związany z pracownikiem na podstawie umowy o pracę bądź umowy zlecenia (pierwszy pracodawca) będzie miał wyłączność oraz pierwszeństwo w ustalaniu harmonogramu czasu pracy pracownika – daty oraz godziny świadczenia pracy. Tym samym zapewnienie obsady posterunków ochrony przy pomocy osób pracujących u innych pracodawców oznacza konieczność dopasowania grafików służb ich pracy na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi do ich grafików pracy u pierwszego pracodawcy, co w praktyce okazuje się nierealne do wykonania. Ponadto pierwszy pracodawca ma zawsze pierwszeństwo do zmiany ustalonego harmonogramu czasu pracy oraz zwiększania jej wymiaru w przypadku uzasadnionej konieczności, co oznacza, że założenia przyjęte przez Wykonawcę Sky One są niemożliwe w pełni do zrealizowania.

Ponadto fakt, iż 7417 rbh miesięcznie przedmiotu zamówienia zostanie zrealizowane przez 86 zleceniobiorców, którzy pracują u innego pracodawcy w wymiarze pełnego etatu oznacza, że każdy z pracowników wypracuje średniomiesięcznie łącznie około 254,24 godziny ( $168 \text{ rbh} + 7417 / 86 = 254,24 \text{ rbh}$ ). Będzie to miało istotny wpływ na ich wydajność oraz efektywność i przełoży się na brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z powodu braku odpowiedniej ilości czasu na odpoczynek. Powinno to wzbudzić uzasadnione obawy Zamawiającego odnośnie możliwości realizacji przedmiotu umowy zgodnie z jego wymaganiami.

Irrelevantne znaczenie dla sprawy ma okoliczność zatrudniania przez Sky One Sp. z o.o. ponad 600 pracowników, gdyż jak wynika z wyjaśnień Wykonawca ten zamierza się posłużyć osobami osiągającymi minimalne wynagrodzenie już z innych realizowanych umów. Za niedopuszczalne w świetle Kodeksu Pracy jest uznawana sytuacja, w której pracownik w tym samym podmiocie miałby jednocześnie umowę o pracę oraz umowę zlecenie obejmujące wykonywanie tych samych czynności. Analogicznie jeśli zleceniobiorca miałby dwie umowy zlecenie w tym samym podmiocie gospodarczym obie będą podlegać obowiązkowi zapłaty składek ZUS. Tym samym Wykonawca nie może posłużyć się swoimi pracownikami bądź zleceniobiorcami i musi się posilkować pracownikami zatrudnionymi w innych podmiotach.

Wskazać także należy na niewielki zysk Wykonawcy w wysokości 112 275,92 zł z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia w okresie 18 miesięcy. Miesięcznie oznacza to kwotę 6237,55. Oznacza to, iż realizacja przedmiotu zamówienia przy pomocy zleceniobiorców, od których nie będzie istniał obowiązek odprowadzania składek ZUS mniejsza o 21,1 % (1565 roboczogodzin) od zakładanej spowoduje, iż Wykonawca Sky One Sp. z o.o. z tytułu realizacji zamówienia osiągnie stratę. W świetle okoliczności wykazanych powyżej (fakt ograniczonej dyspozycyjności pracowników zatrudnionych przy realizacji innych kontraktów) takie rozwiązanie wydaje się prawdopodobne.

Wynika to z poniższych wyliczeń:

L.p.	Nazwa pozycji	Koszt całościowy
1	Pracownicy pełnosprawni 19 etatów	$73\,345,32 \times 18 \text{ miesięcy} = 1\,320\,215,76$
2	Pracownicy niepełnosprawni w stopniu lekkim	$10\,230,84 \times 18 \text{ miesięcy} = 184\,155,12$
3	Zleceniobiorcy od których nie istnieje obowiązek zapłaty składek	$5852 \text{ rbh} \times 18 \text{ miesięcy} \times 19,70 = 2\,075\,119,20$

	ZUS pracodawcy	
4	Zleceniobiorcy od których istnieje obowiązek zapłaty składek ZUS pracodawcy	1565 x 18 miesięcy x 19,70 zł x 1,2024 (wskaźnik składek ZUS i PPK dla Sky One) = 667 270,68
5	Pozostałe koszty	57 240 + 4649,40 + 6696,00 + 1950 + 9720 + 2300 + 3736 + 2100 + 8676 = 97 067,40
6	Razem koszty	4 343 828,16
7	Cena netto oferty	4 342 782,40
8	Strata z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia	1045,76

W świetle przedstawionych wyliczeń cena zaoferowanej oferty jest nierealistyczna, poniżej minimalnych kosztów wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących. Obowiązkiem Zamawiającego oraz Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena realności możliwości zastosowania w praktyce rozwiązań zaproponowanych przez Wykonawcę w udzielonych wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny. Analogicznie powoływanie się przez Wykonawcę na możliwość zatrudnienia specjalisty z wieloletnim doświadczeniem za wynagrodzeniem w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę również powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego choć de facto nie narusza przepisów Kodeksu Pracy.

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, iż koszty osobowe stanowią główny element cenotwórczy usługi ochrony stacjonarnej, albowiem to ilość wypracowanych roboczogodzin



przez pracowników ochrony determinuje cenę za przedmiotową usługę. Tym niemniej w tej kwocie powinny być zawarte pozostałe koszty realizacji usługi takie jak umundurowanie, wyposażenie pracowników ochrony w niezbędny sprzęt, koszty administracyjne i inne, co obiektywnie rzecz biorąc podnosi koszty realizacji usługi, co tym bardziej zaoferowana cena z a jedną roboczogodzinę wydaje się nierealistyczna.

Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone okoliczności, przedmiotowe odwołanie jest konieczne oraz prawnie dopuszczalne. Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie w niniejszym odwołaniu odnosi się do obu zarzutów, które są ze sobą tematycznie powiązane. Jednakże zarzut nr 2 jest zarzutem ewentualnym (oraz określone do tego zarzutu żądanie), na wypadek uznania przez Izbę, iż wystosowane przez Zamawiającego do Wykonawcy Sky One wezwanie z dnia 14.06.2022 r. oraz z dnia 30.08.2022 r. jest de facto wezwaniem o którym mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy pzp.

Załączniki:

- aktualny odpis KRS
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód przesłania kopii Zamawiającemu
- pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum