



Warszawa, dnia 06 kwietnia 2021.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:

ALGA-BIS Ewa Andrzejewska Krzysztof Krysiak S.C.

ul. Siedlecka 3, 93-138 Łódź

NIP: 725-10-19-555

reprezentowani przez:

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Plac Konesera 6 / B4, 03-736 Warszawa, tel. 664118801, e-mail: dzieminski@kzp.net.pl

Zamawiający:

Wojewódzkie Wielospecjalistyczne

Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi

ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź

tel. (42) 689 59 10 12, fax. (42) 689 54 09

e-mail:: przetargi@kopernik.lodz.pl

NIP: 729-23-45-599, krajowy numer identyfikacyjny: 29540300000000

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawę środków ochrony indywidualnej (odzieży medycznej i obuwia*

medycznego) dla pracowników Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego

Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi",

znak: EZ.28.119.2020, Pakiet nr 1 (dalej: „**Postępowanie**”)

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**nowa ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy ALGA-BIS Ewa Andrzejewska Krzysztof Krysiak S.C. z siedzibą w Łodzi (dalej łącznie: „**Odwołujący**”), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „**ustawa Pzp**”).
- II. Przedmiotem zamówienia jest dostawa środków ochrony indywidualnej (odzieży medycznej i obuwia medycznego) dla pracowników Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi spełniającej wymagania określone w Polskich Normach. Zakres przedmiotowy wyszczególniono ilościowo i asortymentowo oraz opisano w załączniku nr 2A i 2B do odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „**SIWZ**”). Przedmiot zamówienia obejmuje dwa (2) pakiety. Na przedmiot zamówienia składają się: Pakiet nr 1 – odzież medyczna damska i męska, Pakiet nr 2 – obuwie. Oferta może obejmować całość zamówienia lub wybrane pakiety. Oferta dla swojej ważności w pakiecie musi być złożona na wszystkie pozycje danego pakietu. Zamawiający wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia spełniał wymogi dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie Polski, a także spełniać inne wymagania (normy, parametry), określone przez Zamawiającego. Zaoferowane artykuły mają być fabrycznie nowe oraz wolne od wad fabrycznych i prawnych oraz posiadać będą wszelkie wymagane prawem atesty i certyfikaty.
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2020 r. pod numerem 768173-N-2020. Ogłoszenie jest dostępne na stronie:
https://przetargi.kopernik.lodz.pl/index_szp.php?doksyp=gzp_01_dokwoty/szp_20201217_2020_119.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp., tj. nieprzekraczającej 214 000 euro.

- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 30.03.2021 r., w którym otrzymał mail'a z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 06.04. 2021 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1) nowej ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 5 nowej ustawy Pzp.
- VI. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dopuszczenie się w zakresie Pakietu nr 1 naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
1. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do prowadzenia negocjacji z wykonawcą Zakładu Produkcji Pościeli „ŚWIT” Izabela Witoniak (dalej: „ZPP Świt”), a z równoczesnym uznaniem, że Zamawiający nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty ZPP Świt, pomimo że wykonawca ten nie wykazał i nie udowodnił, że zaoferowana przez Niego cena jest rzetelna, co potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej;
 2. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony do zaniechania wykluczenia ZPP Świt z postępowania, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie uzyskiwanych upustów cenowych od producenta tkanin ANDROPOL co miało wpływ na wynik postępowania;
 3. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty REDAR PPHU Klepacz Ryszard (dalej: „Redar”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał i nie udowodnił, że zaoferowana przez Niego cena jest rzetelna, co potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej;
 4. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (dalej: „ustawa MW”), w związku z §1**

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (dalej: „RozpMW”) poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia ofert ZPP Świt, pomimo że Wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia niewystarczającą ilością osób albo alternatywnie, zdecydował się na nie przestrzeganie przepisów dotyczących płacy minimalnej;

5. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez ZPP Świt oraz przez Redar, poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert ZPP Świt oraz Redar, choć ich złożenie zniwelowało uczciwą konkurencję w Postępowaniu,
6. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”)** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez ZPP Świt jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,
7. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że po przeprowadzeniu należytego badania i oceny ofert to właśnie oferta Odwołującego uzyskuje najwyższą ilość punktów.

VII. Wskazując na powyższe, Odwołujący na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 oraz art. 544 ust. 3 nowej ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
 - 2.1. odrzucenia ofert ZPP Świt i Redar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
 - 2.2. odrzucenia ofert ZPP Świt i Redar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
 - 2.3. wykluczenia wykonawcy ZPP Świt i Redar na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

VIII. Odwołujący wskazuje na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z Postępowania.

IX. Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę Odwołującego oraz oferty ZPP Świt oraz Redar. W konsekwencji, Zamawiający nie sklasyfikowałby Odwołującego na trzecim miejscu i nie dokonałby wyboru oferty ZPP Świt, jako oferty najkorzystniejszej. Wówczas bowiem, Zamawiający odrzuciłby ofertę ZPP Świt i Redar oraz dokonałby wyboru oferty Odwołującego, która jest nie tylko zgodna z SIWZ, lecz również zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Zamawiający oceniał trzy kryteria: cenę – waga 60%, warunki dostawy – waga 20% oraz warunki gwarancji – waga 20%. Oceniając złożone oferty, Zamawiający przyznał następujące ilości punktów:

Pakiet 1 – odzież medyczna damska i męska

Siedziby i adres wykonawców, którzy złożyli oferty	Najkorzystniejsza oferta – siedziba i adres wykonawcy	Porównanie ofert, punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert			Łączna punktacja	Uzasadnienie wyboru
		Kryterium – cena 60 %	Kryterium – warunki dostawy 20%	Kryterium – warunki gwarancji 20%		
ALGA-BIS Ewa Andrzejewska Krzysztof Krysiak S.C. Ul. Siedlecka 3 93-138 Łódź	ZAKŁAD PRODUKCJI POŚCIELI „ŚWIT” Izabela Witoniak Ul. Błotna 5B 65-133 Zielona Góra	42,58	20,00	20,00	82,58	Oferta Wykonawcy otrzymała największą liczbę punktów w ramach przyjętych kryteriów wyboru ofert. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.
REDAR PPHU Klepacz Ryszard Ul. Biała 144 26-600 Radom		45,06	20,00	20,00	85,06	
ZAKŁAD PRODUKCJI POŚCIELI „ŚWIT” Izabela Witoniak Ul. Błotna 5B 65-133 Zielona Góra		60,00	20,00	20,00	100,00	
GRUPA SYMPETRUM Sp. z o.o. Ul. Szpitalna 3 47 – 100 Strzelce Opolskie		33,60	20,00	20,00	73,60	

Tymczasem, po odrzuceniu ofert zawierających rażąco niską cenę, to oferta Odwołującego powinna była otrzymać najwyższą ilość punktów.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 06.04.2021 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 nowej ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 nowej ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

A. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I 3 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 87 UST. 1 USTAWY PZP ORAZ Z ART. 90 UST. 2 I 3 USTAWY PZP ORAZ Z ART. 89 UST. 1 PKT 4 USTAWY PZP – PROWADZENIE NEGOCJACJI Z ZPP ŚWIT, A NASTĘPNIE ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY ZPP ŚWIT Z UWAGI NA ZAOFEROWANIE OFERTY Z RAŻĄCO NISKĄ CENĄ

1. Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności zaniechania odrzucenia z Postępowania oferty ZPP Świt, pomimo że na wezwanie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ZPP Świt nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień oraz wiarygodnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Mianowicie, w dniu 29 stycznia 2021r., Zamawiający zwrócił się do ZPP Świt z wnioskiem o wyjaśnienie ceny pod kątem obalenia domniemania, że jest ona rażąco niska, oraz o przedstawienie wiarygodnych dowodów, potwierdzających

prawdziwość twierdzeń zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach. **Cena zaoferowana przez ZPP Świt stanowi bowiem zaledwie 51,57% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny VAT.**

2. W odpowiedzi na precyzyjnie sformułowane wezwanie, **ZPP Świt przekazał ogólnikowe, lapidarne, wycinkowe (sic!) wyjaśnienia, nie pokrywają pełnego zakresu kosztów związanych z realizacją zamówienia:**

SZCZEGÓŁOWE WYLICZENIA, ASORTYMENT Z OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W/W POSTĘPOWANIA							
L.p.	Asortyment	Koszt tkaniny	Koszt transportu	Koszt dodatków krawieckich , haft	Koszt pracy	Zysk w wysokości około 15 %	Cena netto zaoferowanego asortymentu
1	Zakiet damski	18,45	0,20	5,75	4,50	5,10	34,00
2	Spódnica do zakietu	17,28	0,20	2,67	4,50	4,35	29,00
3	Spodnie damskie do zakietu	17,86	0,20	4,64	4,50	4,80	32,00
4	Garnitur męski marynarka	19,35	0,20	4,00	4,50	4,95	33,00
5	Garnitur męski spodnie	19,15	0,20	4,20	4,50	4,95	33,00

3. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi ZPP Świt na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Ceny te są niższe niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co powinien był zauważyć sam Zamawiający, żądając od ZPP Świt wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. I rzeczywiście, Zamawiający zauważył, iż ZPP Świt nie obaliło niniejszymi wyjaśnieniami domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, gdyż **wyjaśnienia koncentrowały się na pomocy publicznej, która w żaden sposób nie została powiązana z ceną i nie mogłaby być powiązana z ceną, a także zawierała wycinkowe zestawienie kosztów, które nie tylko nie jest wiarygodne, ale również jest nie kompletne, a ponadto wyjaśnienia te nie zostały należycie udowodnione.** Zamawiający, zamiast jednak uznać iż spełniła się przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie odrzucił oferty ZPP Świt, lecz w dniu 24 lutego ponownie zwrócił się do ZPP Świt o wyjaśnienie ceny rażąco niskiej.

4. Mianowicie, Zamawiający, niejako za wszelką cenę chcąc ratować ofertę o prawie połowę tańszą niż budżet Zamawiającego, wystosował do ZPP Świt wezwanie ponownie oparte o art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp

W związku z przesłanymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 02.02.2021 r. Zamawiający działając w trybie i na zasadach określonych w **art. 90 ust. 1a pkt 1** ustawy Pzp (Dz.U. tj. 2019 poz. 1843 ze zm.) w celu ustalenia, czy Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zwraca się o **udzielenie dalszych wyjaśnień dotyczących** zaoferowana przez Państwa całkowita cena oferty **w pakiecie nr 1:**

1. Na stronie nr 3 wyjaśnień wskazaliście Państwo, iż duże ilości kupowanych tkanin mają wpływ na udzielane rabaty do 10% a dodatkowo przy płatnościach gotówkowych otrzymujecie Państwo dodatkowy rabat w wysokości 5%. Prosimy o wskazanie rodzaju tkaniny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu oraz producenta tej tkaniny. Ponadto **prosimy o przedstawianie dowodów na otrzymanie dodatkowych rabatów z tego tytułu.**
2. Powołaliście się Państwo w wyjaśnieniu na niskie koszty produkcji uzasadniając je własnym nowoczesnym parkiem maszynowym, transportem oraz dobrą koordynacją zakładu. **Prosimy o przedstawienie dowodów, które potwierdzą powyższą argumentację.**
3. Prosimy o wyjaśnienie przyjęcia do całkowitego kosztu pracy kwoty 4,50 zł szt. za wszystkie etapy produkcji. Przyjmując, że koszt samego szycia stanowi około 50% wszystkich pozostałych kosztów wykonania, czy oznacza to, że wynagrodzenie dla pracownika szwalni wynosi 2,25 zł za wykonaną sztukę?
4. **Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie czy przysługujące dofinansowanie z funduszu PFRON do etatów osób niepełnosprawnych możecie Państwo wykorzystywać do zmniejszania ogólnych kosztów firmy i obniżania ceny zaoferowanych produktów?**

Tym samym, Zamawiający dopuścił się nieuprawnionych negocjacji z ZPP Świt, gdyż żaden ustęp wyjaśnień złożonych przez ZPP Świt nie uprawniał Zamawiającego do powtórzenia czynności, która co do zasady jest jednokrotna.

5. Powyższe stanowisko Odwołującego oparte jest o orzecznictwo KIO oraz czynności kontrolne KIO. Przykładowo, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 maja 2014r., sygn. akt KIO/KU 40/14, Izba orzekła „Zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, **oczekuje wyczerpujących i rzeczowych informacji na temat sposobu wyceny elementów oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień ogólne stwierdzenia, zamiast wskazania konkretnych kwot, przedstawienia konkretnych ofert dostawców czy podwykonawców, to takie stwierdzenia nie wnoszą nic do sprawy.** (...) Tym samym należy uznać, że tak ogólne oświadczenie nie może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym należyte i dokładne oszacowanie zamówienia. Nie można, w ocenie Izby, przy wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny, nie wskazać konkretnych elementów kosztowych, w tym cen poszczególnych elementów z **podaniem wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu**, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana. Ponownie Izba podkreśla, że celem uzyskania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest uzyskanie wiarygodnych i pełnych wyjaśnień, nie zaś ogólnych stwierdzeń, czy oświadczeń. **Brak uzyskania konkretnych wyjaśnień nie stanowił podstawy do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.** (...) podstawowym celem Zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych, jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy, a także racjonalne wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację tego zamówienia, należy zauważyć, że właśnie system zamówień publicznych ma na celu zapewnienie oszczędnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Elementem tego systemu jest **instytucja rażąco niskiej ceny, która ma na celu eliminację wykonawców oferujących wykonanie zamówienia za cenę nierealną, a tym samym narażenie Zamawiającego na straty**. Zamawiający jest zobowiązany do czuwania i sprawdzenia, czy wykonawcy nie zaoferowali realizacji zamówienia za cenę rażąco niską. W sytuacji gdy (tak jak w niniejszym postępowaniu) **wyjaśnienia wykonawcy co do zaoferowanej ceny były klarowne, a jednocześnie merytorycznie i konkretnie nie uzasadniały zaoferowanej ceny, Zamawiający nie był zobligowany do dalszego ich wyjaśniania**. Ponownie należy podkreślić, że równocześnie system zamówień publicznych wprowadza zasadę, która ma na celu zapewnienie równości traktowania wszystkich wykonawców. Przy wielokrotnym składaniu przez wykonawcę wyjaśnień, w stosunku do Zamawiającego mógłby zostać postawiony **zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą**, jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.”

6. W zakresie zaniechania udowodnienia we właściwym czasie, tj. **w dniu 02.02.2021r., czyli w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.01.2021r.**, wszystkich okoliczności istotnych dla potwierdzenia realności ceny, Odwołujący wskazuje, że adekwatna pozostaje argumentacja wskazana w części C poniżej. Nie chcąc powtarzać tych samych twierdzeń, Odwołujący wnosi więc, aby Izba uwzględniła przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie dot. braków dowodowych w wyjaśnieniach Redar, również w odniesieniu do braków dowodowych w wyjaśnieniach ZPP Świt.

7. Odwołujący wskazuje jedynie, że dowodami takimi powinny bezwzględnie być: chronometraż pracy osoby niepełnosprawnej i pełnosprawnej przy wykonywaniu części garderoby zgodnych z opisem SIWZ, wskazanie ile etatów osób niepełnosprawnych i etatów osób pełnosprawnych jest wliczane w realizację zamówienia, dowód dot. wysokości wynagrodzenia i kosztów pracodawcy w związku z zatrudnieniem osób przeznaczonych na realizację zamówienia (zestawienie uwzględniające każdą osobę, gdyż koszty te mogą się różnić), dowód na poparcie realności cen tkanin, dowód na poparcie realności cen dodatków krawieckich, dowód na poparcie realności kosztów transportu, zakładaną ilość dostaw (kursów tam -rozpakowanie – z powrotem) do Zamawiającego, dowód na poparcie realności

kosztów administracyjnych i ogólnych. To jest absolutne minimum dowodowe.

8. Pomimo że Zamawiający po raz drugi dał ZPP Świt szansę na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, ZPP Świt przy ponownych wyjaśnieniach w dalszym ciągu nie obalił domniemania, iż Jego cena jest ceną rażąco niską. Tym samym, ZPP Świt potwierdził, że nie zachodzą w Jego przypadku żadne szczególne okoliczności, właściwe temu Wykonawcy, które pozwoliłyby na wycenę przedmiotu zamówienia na tak niskim poziomie. Poniżej Odwołujący przedstawia argumentację w zakresie wszystkich podniesionych przez ZPP Świt czynników cenotwórczych, która wskazuje, że cena ofertowa ZPP Świt faktycznie jest ceną rażąco niską.

9. W odniesieniu do **kosztu tkanin**, Odwołujący wskazuje, że w celu uszycia 1 szt. żakietu potrzebne jest 1,50mb materiału, 1 szt. spódnicy do żakietu potrzebne jest 0,70 mb. materiału, 1 szt. spodni damskich do żakietu potrzebne jest 1,00 mb materiału, 1 szt. garnituru męskiego – marynarki potrzebne jest 1,75 mb materiału, 1 szt. garnituru męskiego – spodni potrzebne jest 1,30 mb materiału. Odwołujący przyjął średnie zużycia dla wszystkich rozmiarów. Powyższe zużycie wynika z raportów krojowni o zużyciu tkaniny na poszczególne asortymenty.

Wykonawca ZPP Świt przyjął niewłaściwe miary (mb) dla elementów garderoby:

- 1 szt dot. żakietu: 1,50 mb prawidłowe
- 1 szt. spódnicy do żakietu 1,40 mb (nieprawidłowa – zawyżona),
- 1 szt. spodni damskich do żakietu: 1,44 mb (nieprawidłowa – zawyżona),
- 1 szt. garnitur męski – marynarka: 1,56 mb (nieprawidłowa – zaniżona),
- 1 szt. garnitur męski – spodnie 1,54 mb (nieprawidłowa – zawyżona),

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać kalkulację zużycia tkaniny przedstawioną przez ZPP Świt za nierzetelną.

10. Cena za 1 mb materiału zaoferowanego przez ZPP Świt wynosi 12,41 zł (cena zapłacona producentowi), co oznacza, że wraz z należnym podatkiem VAT koszt ten wynosi 15,26 zł. Obliczając zatem koszt tkaniny, niezbędnej dla wykonania zamówienia, należy wykonać następującą kalkulację:

- żakiet: $1,50 \text{ mb} \times 12,41 = 18,60 + \text{VAT } 23\% = 22,88$
- wypustki granatowe do żakietu: $2,65 \text{ mb} \times 0,37 = 0,98 + \text{VAT } 23\% = 1,21$
- spódnica: $0,70 \text{ mb} \times 12,41 = 8,70 + \text{VAT } 23\% = 10,70$

- spodnie do żakietu: $1 \text{ mb} \times 12,41 = 12,41 + \text{VAT } 23 \% = 15,26$
- garnitur męski - marynarka: $1,75 \text{ mb} \times 12,41 = 21,72 + \text{VAT } 23 \% = 26,72$
- garnitur męski – spodnie: $1,30 \text{ mb} \times 12,41 = 16,13 + \text{VAT } 23 \% = 19,84$

Powyższe oznacza, że **koszt tkanin użytych na realizację zamówienia wynosi 134.237,60 brutto.**

11. W odniesieniu do kosztu dodatków krawieckich, Odwołujący wskazuje, że w celu uszycia żakietów, niezbędne jest użycie następujących dodatków krawieckich:

- nici: $0,33 + \text{VAT } 23\% = 0,41 \text{ zł dla 1 szt.,}$
- napa beznikłowa: $0,20 \times 5 \text{ szt.} = 1,00 + \text{VAT } 23\% = 1,23 \text{ zł dla 1 szt.,}$
- 2 wszywki żakardowe niespieralne rozmiarowa i firmowa: $0,25 + \text{VAT } 23\% = 0,31 \text{ zł dla 1 szt.,}$
- logo zamawiającego: $3,00 + \text{VAT } 23\% = 3,69 \text{ jednej zł dla 1 szt.}$

12. Tym samym, koszt dodatków krawieckich dla 1 szt. spódnicy do żakietu wynosi 18.396,87 brutto, co wynika z następującej kalkulacji:

$$3.280 \text{ szt.} \times 4,59 = 14.989,60 + \text{VAT } 23\% = 18.396,87 \text{ zł brutto}$$

13. Wykonawca ZPP Świt wyliczył nierzetelnie koszt dodatków na żakiet:

$$3280 \times 5,75 + 23 \% \text{ vat} = 18.860,00$$

Odwołujący wskazuje, że w celu uszycia 1 szt. spódnicy do żakietu, niezbędne jest użycie następujących dodatków krawieckich:

- nici: $0,27 + 23 \% \text{ vat} = 0,33 \text{ zł brutto dla 1 szt.,}$
- guzik: $1 \text{ szt.} \times 0,10 + 23\% \text{ vat} = 0,12,$
- suwak: $1 \text{ szt.} \times 0,52 = 0,52 + 23 \% \text{ vat} = 0,64.$
- wszywka rozmiarowa: $1 \text{ szt.} \times 0,05 = 0,05 + 23\% \text{ vat} = 0,06$
- guma średnio: $0,32 \text{ mb do 1 szt.} \times 0,36 = 0,16 + 23 \% \text{ vat} = 0,20$

$$\text{Koszt Odwołującego: } 1,35 \times 800 = 1080$$

$$\text{Koszt wyliczony przez ZPP Świt } 2,67 \times 800 \text{ szt.} = 2136,00 + 23 \% \text{ vat} = 2627,28$$

14. Koszt dodatków krawieckich dla 1 szt. spodni żakietu wynosi 1,55 zł brutto, co wynika z następującej kalkulacji: $1,55 \text{ zł} \times 800 \text{ szt.} = 1.240,00$

- nici: $130 \text{ mb} \times 0,003 = 0,39 + 23\% \text{ vat} = 0,50,$

- suwak: $1 \text{ szt} \times 0,52 = 0,52 + 23\% \text{ vat} = 0,64,$
- guzik: $1 \text{ szt} \times 0,12 = 0,12 + 23\% \text{ vat} = 0,15,$
- wszywka rozmiarowa: $1 \times 0,05 = 0,05 + 23\% \text{ vat} = 0,06$
- guma średnio $0,32 \times 0,36 = 0,16 + 23\% \text{ vat} = 0,20$

Koszt Odwołującego: $1,55 \text{ zł} \times 800 \text{ szt} = 1.240,00$

Koszt wyliczony przez ZPP Świt $800 \times 4,64 = 3680 + 23\% \text{ vat} = 4.526,40$

15. Koszt dodatków krawieckich dla 740 szt. szt. garnituru męskiego - marynarka wynosi 4417,80 zł brutto, co wynika z następującej kalkulacji:

$5,97 \times 740 \text{ szt.} = 4417,80 \text{ zł brutto}$

16. Odwołujący wskazuje, że w celu uszycia 1 szt. garnituru męskiego – marynarek, niezbędne jest użycie następujących dodatków krawieckich:

- nici: $200 \text{ mb} \times 0,003 = 0,60 + 23\% \text{ vat} = 0,74,$
- napy beznikłowe: $5 \text{ szt.} \times 0,20 = 1,00 + 23\% \text{ vat} = 1,23,$
- 2 wszywki żakardowe niespieralne rozmiarowa i firmowa:
 $0,25 + 23\% \text{ vat} = 0,31 \text{ zł do 1 szt.}$
- logo zamawiającego: $1 \text{ szt} \times 3,00 = 1,00 + 23\% \text{ vat} = 3,69$

Kalkulacja ZPP Świt: $4,00 \times 740 \text{ szt.} = 2960 + 23\% \text{ vat} = 3.640,80 \text{ zł brutto.}$

17. Koszt dodatków krawieckich dla 1 szt. garnituru męskiego – spodni wynosi 1,25 brutto, co wynika z następującej kalkulacji: $1,25 \times 740 \text{ szt} = 925,00$

18. Odwołujący wskazuje, że w celu uszycia 1 szt. garnituru męskiego – spodni, niezbędne jest użycie następujących dodatków krawieckich:

- Nici: $100 \text{ mb} \times 0,003 = 0,3 + 23\% \text{ vat} = 0,34,$
- guzik: $1 \text{ szt} \times 0,12 = 0,12 + 23\% \text{ vat} = 0,15,$
- guma $0,36 \times 0,29 = 0,10 + 23\% \text{ vat} = 0,12.$
- suwak: $1 \text{ szt} \times 0,52 = 0,52 + 23\% \text{ vat} = 0,64$

Kalkulacja ZPP Świt: $4,20 \times 740 \text{ szt} = 3108,00 + 23\% \text{ vat} = 3822,84 \text{ zł brutto.}$

19. Mając na uwadze powyższe koszt dodatków krawieckich dla: 3280 szt. żakietów, 800 szt. spódnic do żakietu, 800 szt. spodni damskich do żakietu, 740 szt. garnituru męskiego – marynarek, 740 szt. garnituru męskiego – spodni, wynosi 22.900,40 brutto. Powyższe wynika z następującej kalkulacji:

- żakiety: $3280 \times 4,57 = 14989,6$
- spódnice do żakietu: $800 \times 1,35 = 1080,00$
- spodnie damskie do żakietu: $800 \times 1,55 = 1240$
- marynarka: $740 \times 5,97 = 4417,80$
- spodnie męskie: $740 \times 1,25 = 925,00$

20. Kalkulacja ZPP Świt wynosi zaś: 30.776,00 zł

- żakiety: $3280 \times 5,75 = 18860,00$
- spódnice do żakietu: $800 \times 2,67 = 2136$
- spodni damskich do żakietu: $800 \times 4,64 = 3712,00$
- marynarka: $740 \times 4 = 2960,00$
- spodnie męskie: $740 \times 4,2 = 3108,00$

21. Podsumowując koszty dodatków, Odwołujący wskazuje, że ZPP Świt wyliczył nierzetelnie koszt dodatków na:

- żakiet: $3280 \times 5,75 = 18860,00 + 23 \% \text{ vat} = 23197,80$
- spódnica: $800 \times 2,67 = 2136 + 2627,28 !!!$
- spodnie do żakietu: $800 \times 4,64 = 3712,00 + 23 \% \text{ vat} = 4526,40$
- garnitur marynarka: $740 \times 4,0 = 2960 + 23 \% \text{ vat} = 3640,80$
- garnitur spodnie: $740 \times 4,20 = 3108,00 + 23 \% \text{ vat} = 3822,84 !!!$
-

W spodniach damskich i męskich policzono koszt dodatków jak w żakiecie i marynarce, mimo że nie występuje w nich haft logo. Należało więc policzyć tylko nici gumę suwak guzik i wszywkę rozmiarową z powodu powyższych pomyłek wyliczyła koszt dodatków nierzetelnie na kwotę 370.815,12

22. W odniesieniu do kosztu transportu, Odwołujący wskazuje, że ZPP Świt przewidział koszt 0,20 groszy dla każdej sztuki wykonanej odzieży. Obliczając zatem tę stawkę przez 6360 szt. garderoby dostarczanej w ramach realizacji zamówienia, widzimy, że niniejszy koszt został

obliczony na poziomie 1272,00 brutto. Powyższa kalkulacja nie jest właściwa, nawet gdyby przyjąć że dostawa odbędzie się jednorazowo. Odległość między Łodzią o Zieloną górą wynosi 606 km. w obie strony. Koszt transportu ciężarowego na tej trasie wynosi 1,40 za 1 km + wynagrodzenie kierowcy 12 godzi pracy + rozładunek. Obliczenie to byłoby właściwe gdyby możliwa była realizacja całego przetargu jednorazowo. Z naszego doświadczenia z realizacji zamówienia przetargowego dla szpitala Kopernika w Łodzi wynika że zamówienia są sukcesywne .w trakcie realizacji umowy nr.44/08/A na kwotę 157393,42 zawartej na 1 rok szpital złożył u Odwołującego 7 zamówień częściowych. Taka jest generalnie praktyka szpitali. Zatem ZPP Świt będzie musiał pokonać tę trasę co najmniej kilkakrotnie, zwłaszcza że w przetargu tym szpital przewiduje 2 letni okres realizacji. Wynika to z treści § 1 pkt. 2 projektu umowy załączonej do SIWZ wzoru umowy EZ.28.118.202, który brzmi: „*Realizacja nastąpi sukcesywnie w okresie 24 m-cy.*”

23. W odniesieniu do kosztu pracy, Odwołujący wskazuje, że koszt 4,50 zł za sztukę odzieży nie odzwierciedla realnych kosztów zatrudnienia pracownika. W szczególności Odwołujący wskazuje, że ZPP Świt nie może uzasadniać swoich niższych niż minimalne kosztów faktem, iż jako zakład pracy chronionej otrzymuje dofinansowanie na niepełnosprawnego pracownika, zarejestrowanego w PFRON. **Dofinansowanie** do osób niepełnosprawnych jest przez pracodawcę otrzymywane, **w celu wyrównania mniejszej efektywności pracowników niepełnosprawnych**. Osoby z niepełnosprawnościami wykonują swoje obowiązki wolniej, ostrożniej, dlatego też nie są w stanie uszyć tak wielu sztuk odzieży ochronnej na godzinę ile osoby pełno sprawne. Aby mimo to zachęcić pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych, państwo subsydiuje wynagrodzenia tych osób. Przez to, dany pracodawca zatrudnia wyższą ilość pracowników niepełnosprawnych dla wykonania tej samej ilości pracy, którą wykonywaliby pracownicy w pełni sprawni, lecz koszty pracodawcy dot. tej wyższej ilości osób pozostają takie same, jak w przypadku zatrudnienia mniejszej ilości osób pełnosprawnych.

24. Istotny jest również fakt, że dofinansowania do zatrudnienia osób z niepełnosprawnością nie mogą być wykorzystywane jako powód obniżenia kosztów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Stosowny dowód na tę okoliczność został Zamawiającemu przekazany w toku Postępowania, więc znajduje się w dokumentacji Postępowania.

25. W wyjaśnieniu z dnia 01,02,2021 ZPP Świt oświadcza, że otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych z tego wynika, że ZPP Świt zatrudnia pracowników posiadających 1 grupę inwalidzką, a więc osoby o najwyższe niepełnosprawności. Jednocześnie, brak informacji ile z tych osób będzie brało udział w realizacji tego konkretnego zamówienia. Brak też informacji o wynagrodzeniu 14 osób pełnosprawnych i wysokości ich wynagrodzeń i uczestnictwie w realizacji zamówienia. Fakt dopłaty z PFRON do kosztów pracy oznacza że instytucja ta ocenia wydajność pracowników na 25% wydajności pracownika pełnosprawnego. Mimo tak niskiej wydajności każdy pracownik niepełnosprawny musi otrzymać co najmniej najniższe ale nie wypracowane wynagrodzenie. Jednym słowem dopłaty otrzymywane z PFRON urealniają koszty produkcji wyrobów. W przeciwnym razie zbyt niska wydajność pracowników zniechęcałaby pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych. Jest to zgodnie z intencją przepisów o dofinansowaniu pracowników niepełnosprawnych. Opinia wyrażona w dołączonym piśmie pochodzi Departamentu PFRON i nie może być niewiarygodna. Dopłata z PFRON nie jest żadnym dodatkowym zyskiem uzasadniającym obniżenie rzeczywistych kosztów wykonania wyrobu bo musi być wypłacona pracownikowi.

26. Uwzględniając czasochłonność uszycia poszczególnych części garderoby, dla uszycia 3280 szt. żakietów, 800 szt. spódnic do żakietu, 800 szt. spodni damskich do żakietu, 740 szt. garnituru męskiego – marynarek, 740 szt. garnituru męskiego – spodni, niezbędny jest czas w wymiarze 4500 godzin, czyli 30 miesięcznych etatów. Powyższe oznacza, że koszt pracy pracowników wykonujących całe przedmiotowe zlecenie (bez względu na to, czy jest to osoba w pełni sprawna czy z orzeczoną niepełnosprawnością), w wymiarze 30 miesięcznych etatów, przy założeniu wynagrodzenia na poziomie ustawowej minimalnej pensji, wynosi 3352,72 zł brutto + 23% VAT czyli 10.0581,60 zł brutto. W celu wykazania realnych kosztów ZPP Świt, do powyższego należałoby doliczyć 30 % w/w kosztów pracy w związku z mniejszą wydajnością osób niepełnosprawnych.

27. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że same koszty tkanin, koszty dodatków krawieckich, koszty transportu oraz koszty pracy pracowników wynoszą:

- Tkaniny: 134237,60
- Dodatki: 22900,40
- koszty 30 pracowników szwaczek w kwocie: 100581,60 zł brutto

- razem: 257719,60
- do jednorazowej dostawy całego co nie jest zgodne z § 1 pkt2 umowy: 1272.00 w ZPP Świt.

Powyższe koszty szcztatkowe stanowi aż 90% ceny wskazanej przez ZPP Świt.

28. Odwołujący podkreśla jednak, że ww. koszty nie są wszystkimi kosztami wykonawcy realizującego niniejsze zamówienie. Mianowicie, w obu wyjaśnieniach ZPP Świt kalkulacji brakuje następujących elementów kosztotwórczych:

- sporządzenie planów krojenia + wydruki trafaretów:
1 pracownik 2800,00 + koszty po stronie pracodawcy 552,72 = 3352,72
- praca krojowni krojenie elementów ,kompletowanie i oznakowanie strony tkaniny
2 pracowników x 30 dni 2 x 2800 = 5600 + 1105,44 = 6705,44
- prasowanie
- podklejanie kołnierzyków i pasków spódnic i spodni
- zaprasowanie kieszonek, przodów innych elementów
2 pracowników x 30 dni = 2 x 2800 = 5600 + 1105,44 = 6705,44
- prasowanie po uszyciu
2 pracowników x 30 dni 2 x 2800 = 5600 + 1105,44 = 6705,44
- dziurki i guziki w spodniach i spódnicy i napy w zakładkach i marynarkach 1
- napy 20100 kompletów
- guziki i dziurki 2340 kompletów
1 pracownik 30 dni 2800 + 552,72 = 3352,72
- brakowanie, pakowanie w torebki foliowe, pakowanie zbiorcze
1 pracownik 2 tyg ½ x = 1400 + 276,1 = 1676,1

Łącznie nieuwzględnione koszty pracy bezpośredniej – 28497,86

- NIEREFUNDOWANE KOSZTY STAŁE ZAKŁADU
- koszty 14 pracowników pełnosprawnych pracujących przy realizacji zlecenia przez 2 tygodnie 14x 1400= 19600+ koszty po stronie pracodawcy 14 x 276,10=3865,40 to razem 23465,40
- koszty zakładowe :
 - energia ELEKTRYCZNA
 - koszt certyfikatów
 - koszt ubezpieczeń firmy i samochodów

- koszt serwisu napraw maszyn i urządzeń
- koszty materiałów biurowych
- środki czystości bhp i ochrony osobistej
- koszty łączności telefony i Internet
- woda i śmieci oraz opłaty środowiskowe
- koszt papieru do plotera materiałów eksploatacyjnych
- koszty amortyzacji
- KOSZTY OPAKOWAŃ JEDNOSTKOWYCH I ZBIORCZYCH +
- usługi obce

Koszty powyższe kształtują się na podobnym poziomie i wynoszą około 10-15 % od obrotu, t.j.

zestawienie kosztów i prawidłowa cena oferty

koszt tkanin, dodatków, szycia:	257719,60
koszt transportu:	1272,00
koszty pracowników nierefundowane:	23465,40
koszty zakładowe za 1 m-c 15 %:	43368,55
razem koszty:	325825,55
zakładany zysk 15 %:	48873,83
cena oferty:	374699,38

dofinansowanie wg m-ca 12.2020 r. 39618,87

cena oferty pomniejszona o zadeklarowane dofinansowanie: 335.080,51

przy wydajności liczonych z pracowników pełnosprawnych.

Zaniechanie wykazanie kosztów w zakresie wszystkich ww. elementów **świadczy o tym, że wyjaśnienia złożone przez ZPP Świt wręcz potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej, gdyż wycena ZPP Świt nie uwzględnia szeregu kosztów mających wpływ na cenę. O ile Wykonawcy są uprawnieni do agregowania pewnych kosztów w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, to nie są uprawnieni do ich pominięcia.**

29. Odwołujący podkreśla, że w dniu 10 lutego 2021r., tj. w toku badania oferty ZPP Świt, złożył Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia, dlaczego kalkulacja ZPP Świt nie jest

wiarygodna i nie obala domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. **Z uwagi na fakt, że argumentacja ta pozostaje adekwatna oraz stanowi część dokumentacji Postępowania, zaś Odwołujący nie chce powtarzać twierdzeń już raz przedłożonych Zamawiającemu, Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że rzeczona część dokumentacji Postępowania ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu.**

30. Odwołujący wskazuje, że w podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż wykazując realność ceny wykonawca powinien konkretnie wskazywać, jakie szczególne okoliczności pozwalają mu na zaoferowanie ceny na niższym poziomie niż poziom kosztów rynkowych. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2185/14, Izba odnosząc się do złożonych wyjaśnień orzekła: *„zdaniem Izby, cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za **cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości.** (...) Biorąc pod uwagę różnice między ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. (...) Reasumując, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego **Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp**”.*

31. Mając na uwadze ustalony w Postępowaniu stan faktyczno-prawny, stwierdzić należy, że z uwagi na ogólnikowe wyjaśnienia, częściowe zestawienie kosztów i brak istotnych dowodów, ZPP Świt nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym Zamawiający powinien był odrzucić ofertę ZPP Świt z Postępowania. Złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie jest wystarczające dla przyjęcia, że cena ZPP Świt jest rzetelna. Zaś prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z ZPP Świt w tym zakresie nie konwaliduje błędów, których skutkiem ustawowym jest odrzucenie oferty wykonawcy. Zatem, w toku badania i oceny oferty ZPP Świt, Zamawiający dopuścił się nielegalnych negocjacji z ZPP Świt, a następnie z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 89 ust.

1 pkt 4 ustawy Pzp zaniechał odrzucenia tej oferty, choć zawiera ona cenę rażąco niską.

B. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I 3 USTAWY Pzp W ZWIĄZKU Z ART. 24 UST. 1 PKT 16 LUB 17 USTAWY Pzp – ZANIECHANIE WYKLUCZENIA ZPP ŚWIT Z POSTĘPOWANIA, POMIMO ŻE WYKONAWCA TEN ZŁOŻYŁ NIEPRAWDZIWE INFORMACJE W ZAKRESIE UZYSKIWANYCH UPUSTÓW CENOWYCH OD PRODUCENTA TKANIN ANDROPOL, CO MIAŁO WPŁYW NA WYNIK POSTĘPOWANIA

32. Niniejszy spór dotyczy legalności zaniechania wykluczenia ZPP Świt z Postępowania z uwagi na oświadczenie, że ZPP Świt otrzymuje poza 10 % rabatem od producenta tkaniny RADUS 1 firmy ANDROPOL udzielanym wszystkim kluczowym klientom także Odwołującemu, dodatkowe rabaty za płatność gotówką., co nie jest zgodne z prawdą. Firma ANDROPOL w przekazanym Zamawiającemu piśmie poświadcza, że nawet KLUCZOWI KLINCI nie otrzymują żadnych dodatkowych upustów za płatność gotówką. W wyjaśnieniu z dnia 01.02.2021 na str.3 ZPP Świt pisze, że poza 10 % dla kluczowych klientów ze względu na duże zakupy otrzymuje dodatkowe rabaty w wys. 5% za płatność gotówką. Nie chodzi więc o te 10% rabatu, ale o rzekome dodatkowe 5 % upusty za płatność gotówką. Wykonawca ZPP Świt zapytana o dodatkowe rabaty w drugim wyjaśnieniu przyznaje, że otrzymuje rabat 10% dla kluczowych klientów i pomija całkowitym milczeniem oświadczenie o dodatkowych 5 % rabatach za płatność gotówką z pierwszego wyjaśnienia.

33. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że ZPP Świt wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do rzekomej rzetelności ceny, przez co Zamawiający uznał, że oferta ZPP Świt nie podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę. Mając na względzie jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie ZPP Świt oraz treść oświadczenia Andropol S.A., powyższe ocenić należy jako **umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie rzetelności ceny ofertowej**. Wobec tego, uznać należy, że działanie ZPP Świt wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

34. Odwołujący wskazuje, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli dokonuje nadinterpretacji faktów albo potwierdza nieistnienie okoliczności. Zaś art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazuje z kolei na konieczność ziszczenia się (choćby potencjalnie)

skutku w postaci „przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego”. Istotą „błędu”, o którym mowa w tym przepisie jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż wskazana okoliczność miała miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. **Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest zatem podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. W ten sposób należy zakwalifikować przedstawienie nieprawdziwych informacji o rzekomych upustach, które nie zostały ZPP Świt przyznane.**

35. Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i 17 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp niezbędne jest zaistnienie stanu domniemanego, tj. wywołanie sytuacji, w której wykonawca wywołuje w świadomości zamawiającego fałszywy obraz rzeczywistości. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”. Potwierdza to orzecznictwo KIO, która przykładowo w wyroku z dnia 02 listopada 2017r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17, ustała, że: *„Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. posługuje się zwrotem w formie dokonanej – „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. – dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że postronnie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, **wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.**”*

36. Odwołujący wskazuje, że ZPP Świt oświadczyło w pierwszych wyjaśnieniach, że otrzymuje dodatkowe upusty w wys. 5% za dokonywanie płatności gotówką ze względu na duże ilości zakupywanej tkaniny od Andropol S.A. czym dowodziło realności i rzetelności własnej kalkulacji cenowej. Wykonawca ZPP Świt w sposób niebudzący wątpliwości przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacji, czym SZPP Świt doprowadził do przekonania Zamawiającego, że Jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. **Doszło zatem do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.**

37. Wykonawca, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do zachowania należytej staranności. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć zaś w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Jak wskazała KIO w wyroku z 13 lutego 2018r., sygn. akt KIO 185/18, *„Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.”* W analizowanym przypadku, stopień naganności działania ZPP Świt potęgowany jest przez fakt, że wykonawca ten miał świadomość, iż przedstawia w wyjaśnienia dotyczących ceny nieprawdziwe informacje o rzekomych upustach cenowych, których faktycznie nie uzyskuje.

38. Biorąc pod uwagę, że ZPP Świt przedstawiło Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował ceny rażąco niskiej, bezspornym jest, że ZPP Świt, jako profesjonalny wykonawca, nie sprostał obowiązkowi spoczywającym na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. W analizowanym stanie faktycznym ziściły się zatem wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17, co przekłada się na konieczność uznania, że ZPP Świt podlega wykluczeniu z Postępowania.

C. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 90 UST. 2 I 3 USTAWY PZP ORAZ Z ART. 89 UST. 1 PKT 4 USTAWY PZP – ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY REDAR Z UWAGI NA ZAOFEROWANIE OFERTY Z RAŻĄCO NISKĄ CENĄ

39. Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności zaniechania odrzucenia z Postępowania oferty Redar, pomimo że na wezwanie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, Redar nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Mianowicie, w dniu 29 stycznia 2021r., Zamawiający zwrócił się do Redar z wnioskiem o wyjaśnienie ceny pod kątem obalenia domniemania, że jest ona rażąco niska, oraz o przedstawienie wiarygodnych dowodów, potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach:

W związku z powyższym Zamawiający w celu ustalenia, czy Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, niniejszym zwraca się o **udzielenie jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z przedstawieniem wiarygodnych dowodów** (umowy, rachunki, faktury itp.) dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, potwierdzających w sposób obiektywny złożone wyjaśnienia, na podstawie których można będzie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określić:

- czy całkowita cena oferty jest czy też nie rażąco niska tj. skalkulowana poniżej czy też powyżej rzeczywistych kosztów jakie poniosą (ponieśli) Państwo jako wykonawca w celu realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia w/w postępowania o zamówienie publiczne;
- czy zaoferowany przez Państwa przedmiot zamówienia odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego w treści SIWZ.

40. Dalej Zamawiający w wezwaniu wskazał:

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, **spoczywa na wykonawcy**. Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił stosownych wyjaśnień w wyznaczonym do tego terminie lub jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień **wraz ze złożonymi dowodami** potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zatem, nawet w przypadku nieznajomości sankcji wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z bardzo precyzyjnym wezwaniem Zamawiającego, Redadr był świadomy, że konsekwencją prawną zaniechania przedstawienia dowodów, jest wykluczenie z Postępowania.

41. Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że **celem art. 90 Pzp jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia**. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania (por. wyrok KIO 1844/14). Jednakże, dla zakwalifikowania oferty do dalszego

Postępowania nie jest zatem wystarczające złożenie przez Redar jakichkolwiek wyjaśnień – konieczne jest złożenie wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna, zaś zaistnienie po stronie Redar obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty **powinno być zostać udowodnione**.

42. W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., KIO 2712/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że *„celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”*.

43. Redar, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny powinien był **wskazać i udowodnić**, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. **Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia**. Zatem, z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień to na Radar spoczął ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez Niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza, że to Redar obowiązany był wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty (np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy). W przypadku kosztów pracy, ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być jednak niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy MW. Tymczasem, **wyjaśnienia Redar są bardzo ogólnikowe, lapidarne, wycinkowe (sic!), nie pokrywają pełnego zakresu kosztów związanych z realizacją zamówienia, a nade wszystko, nie zostały w żaden sposób poparte dowodami**. Wykonawca Redar ograniczyła podobnie jak ZPP SWIT cenę oferty do kosztów pracy, natomiast pominęła także koszty stałe działalności przedsiębiorstwa, a mianowicie:

- energia ELEKTRYCZNA

- koszt certyfikatów
- koszt ubezpieczeń firmy i samochodów
- koszt serwisu napraw maszyn i urządzeń
- koszty materiałów biurowych
- środki czystości bhp i ochrony osobistej
- koszty łączności telefony i Internet
- woda i śmieci
- koszt papieru do plotera materiałów eksploatacyjnych
- koszty amortyzacji

44. Zamawiający zobowiązany jest odrzucić zarówno ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, jak również zostały złożone wyjaśnienia, jednakże nie zostały one poparte dowodami, jak również jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Redar udzielił odpowiedzi na wezwanie bez dochowania należytej staranności, choć obowiązany był złożyć **wyczerpujące i kompletne wyjaśnienia**, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz **poprzec swoje twierdzenia i kalkulacje wiarygodnymi dowodami**. Takie stanowisko zostało wyrażone w m.in. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09, w którym Sąd orzekł: „Wyjaśnienia powinny być **jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską**”.

45. Zaś w wyroku z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 262/09, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, „że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania **nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalne wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w**

stosunku do przedmiotu zamówienia, **co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej niezakwestionowane w terminie przez odwołującego **ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej****".

46. Mając na uwadze ustalony w Postępowaniu stan faktyczno-prawny, stwierdzić należy, że z uwagi na lakoniczne wyjaśnienia, częściowe zestawienie kosztów i brak jakichkolwiek dowodów, Redar nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Redar z Postępowania. Złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie jest wystarczające dla przyjęcia, że cena Redar jest rzetelna. Zatem, oceniając ofertę Redar i przyznając jej 85,06 pkt, zamiast odrzucenie jej, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

D. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I 3 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 89 UST. 1 PKT 2 USTAWY PZP LUB ART. 89 UST. 1 PKT 1 USTAWY PZP, W ZWIĄZKU Z ART. 2 UST. 5 USTAWY MW, W ZWIĄZKU Z §1 ROZPMW – ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY ZPP ŚWIT Z UWAGI NA ZAOFEROWANIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA NIEWYSTARCZAJĄCĄ ILOŚCIĄ OSÓB ALBO Z UWAGI NA NIE PRZESTRZEGANIE PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH PŁACY MINIMALNEJ

47. Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności zaniechania uwzględnienia uchybień w zakresie kalkulacji osobowo-wynagrodzeniowej w ofercie ZPP Świt. Mianowicie, z kalkulacji złożonej przez ZPP Świt wynika, że ZPP Świt zatrudnia ok. ¼ osób niezbędnych do realizacji zamówienia, albo alternatywnie, że zatrudnia wystarczającą ilość osób, lecz osoby te otrzymują wynagrodzenie na poziomie ok. ¼ ustawowego, minimalnego wynagrodzenia.

48. Odwołujący wskazuje, że ma świadomość, że w cz. V SIWZ, Zamawiający oświadczył: „Zamawiający nie przewiduje wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3A ustawy PZP (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę)”. Mimo tak sformułowanej treści SIWZ, rozważania dot. naruszenia przepisów o minimalnej podstawie wynagrodzenia są zasadne, gdyż ZPP Świt sam oświadczył, że zatrudnia własny personel na podstawie umowy o pracę:

Jednocześnie informuje, iż wszyscy pracownicy zatrudnieni na dzień dzisiejszy w naszym zakładzie pracują w pełnym wymiarze czasu pracy (1 etat) i otrzymują wynagrodzenie nie niższe niż wynagrodzenie minimalne obowiązujące w danym roku. Wynagrodzenie minimalne zgodnie z rozporządzeniem z 2019 roku sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. wynosi brutto 2600 zł, netto 1920,62 zł i każdy pracownik otrzymuje wynagrodzenie co najmniej w kwocie wskazanej w rozporządzeniu. Dodatkowo pracownicy zgodnie z obowiązującym w zakładzie regulaminem wynagradzania otrzymują premię uznaniową, o której decyduje właściciel zakładu.

49. Pomimo że ZPP Świt przywołało w powyższym oświadczeniu stawkę minimalną z 2020 roku, oczywistym jest, że z uwagi na fakt, że oferta była składana w 2021r., konieczne jest przyjęcie do kalkulacji stawek minimalnych obowiązujących w roku 2021r. Zgodnie zaś z przepisami rozmMW, w 2021r. najniższe wynagrodzenie (etat 168 godzin, 21 dni roboczych) wynosi **2800,00 zł**. Pracodawca do kwoty 2800,00zł musi doliczyć następujące pochodne (składki):

9,76% emerytalna	273,28zł
6,50% rentowa	182,00zł
0,93% wypadkowa	26,04zł
2,45% FP	68,60zł
0,10% FGŚP	2,80zł
Razem składki	552,72zł
Suma wynagrodzenie + składki	3352,72zł
URLOP	346,45zł (2,17 dnia /miesiąc, tj. 21 dni robocze)
RAZEM	3699,17zł

W związku z powyższym minimalna stawka za dzień pracy (dniówka) winna wynosić: **176,15zł + 23% VAT.**

50. Zgodnie z wyjaśnieniami ZPP Świt, w wykonanie zamówienia zostaną zaangażowane osoby niepełnosprawne:

Zakład zatrudnia na dzień dzisiejszy 47 osoby w tym 33 osoby, to pracownicy niepełnosprawni. W ramach refundacji (pomocy publicznej) poniesionych kosztów płacy osób niepełnosprawnych, zakład otrzymuje miesięcznie dofinansowanie do wynagrodzeń w wysokości 75% kosztów płacy. Zgodnie z art. 2 pkt. 4a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.

Wykonawca ZPP Świt nigdzie jednak nie oświadczył, ile z tych osób pełnosprawnych i z niepełnosprawnościami stanowią szwaczki. Nie sposób zatem ustalić, jaka jest wydajność personelu ZPP Świt, przeznaczonego do wykonania tego zamówienia, lub potencjalnie mogącego być zaangażowanych w realizację tego zamówienia, bo nie wiemy, **jaka ilość osób z orzeczeniem o niepełnosprawności i bez takiego orzeczenia jest uwzględniona w kalkulacji cenowej.**

51. Osoba niepełnosprawna wolniej wykonuje pracę niż osoba pełnosprawna. Mianowicie, o ile osoba pełnosprawna uszyje 10 szt. żakietów o stopniu skomplikowania wskazanym w SIWZ, o tyle osoba niepełnosprawna uszyje 6 - 7szt. żakietów o stopniu skomplikowania wskazanym w SIWZ. Poniższa obniżona wydajność pracy dotyczy również pozostałych części garderoby opisanych w SIWZ, tj. spódnicy do żakietu, spodni damskich do żakietu, garnituru męskiego – marynarka, garnituru męskiego – spodnie. Wydajność pracowników może wynikać zaś np. z chronometrażu rzeczoznawcy.

52. Tymczasem, zgodnie z oświadczeniem ZPP Świt, osoba niepełnosprawna pracująca w tym zakładzie jest w stanie uszyć dużo większe ilości garderoby niż osoba w pełni sprawna w innych zakładach. Powyższe wynika z oświadczenia ZPP Świt, który stwierdził, że biorąc pod uwagę uśredniony czas szycia żakietu damskiego, spódnicy do żakietu, spodni damskich do żakietu, garnituru męskiego – marynarki oraz garnituru męskiego – spodni, ich szwaczka jest w stanie uszyć 24 odzieży w ciągu dnia pracy:

- nie zgadzamy się z Państwa sugestią, iż koszt samego szycia stanowi 50% wszystkich pozostałych kosztów wykonania; ustaliliśmy, że jest to koszt 4,5 netto. Nie jest dla nas zrozumiałe skąd przyjęli Państwo wartość 2,25 netto jako wynagrodzenie pracownika szwalni. Twierdzimy, że jest to 4,5 netto. Zakładając, iż krawcowa uszyje w 8 godzinnym czasie pracy średnio 24 sztuki odzieży to

53. Nieprawdziwa jest informacja, że szwaczki w ZPP Świt pracują 8 godzin jak w oświadczeniu z dnia 01.03.2021 r., ponieważ osoby niepełnosprawne obowiązują 7 godzinny dzień pracy w tym półgodzinna przerwa na posiłek i wypoczynek. Ponadto, koszty pracy osoby niepełnosprawnej powiększa urlop dłuższy o 2 tygodnie.

54. Z uwagi na fakt, że fizycznie nie jest możliwe uszycie przez osobę niepełnosprawną w czasie dniówki wskazanych w oświadczeniu 24 szt. garderoby, alternatywnym sposobem wykonania zamówienia jest zatrudnienie większej ilości osób, które są w stanie uszyć wymagane ilości w czasie 1 dniówki. Wówczas jednak, zakładana minimalna dniówka, w wysokości 176,15zł + 23% VAT nie będzie utrzymana.

55. Dla wykonania 24 szt. odzieży na dzień pracy ZPP Świt musi zatrudnić 2 dodatkowe osoby szyjące w zakładzie lub poza zakładem, dla których koszt pracy nier refundowanej wyniesie 176,15 + 23% VAT stawki dziennej co dodatkowo podnosi znacznie koszt wykonania zamówienia. Powyższe wynikać może np. z chronometrażu rzeczoznawcy – **Zamawiający**

powinien być otrzymać taki dowód w ramach wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Prawdliwość kalkulacji Odwołującego potwierdzają również wyjaśnienia Redar. Z oświadczenia ZPP Świt z dnia 01.03.2021 wynika także, że występująca w kalkulacji kwota 4,50 zł w całości dotyczy wynagrodzenia szwaczki co jasno dowodzi, że ZPP Świt pominął koszty pozostałych operacji, niezbędnych do wykonania odzieży (przygotowanie, produkcja, krojenie prasowanie, dziurki, guziki, brakowanie, pakowanie odzieży).

E. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I UST 3 USTAWY Pzp, ZWIĄZKU Z ART. 89 UST. 1 PKT 3 USTAWY Pzp – ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY ZPP ŚWIT ORAZ REDAR Z UWAGI NA ZAOFEROWANIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA NIEWYSTARCZAJĄCĄ ILOŚCIĄ OSÓB ALBO Z UWAGI NA ZŁOŻENIE OFERTY PRZEZ TYCH WYKONAWCÓW, STANOWI CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

56. Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności zaniechania odrzucenia ofert ZPP Świt oraz Redar, pomimo że oferty te zawierają cenę rażąco niską, co zostało wykazane powyżej. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez ZPP Świt oraz Redar ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży zarówno przez ZPP Świt oraz Redar towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK. Jednocześnie jest też oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za dostawę środków ochrony indywidualnej ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

57. Z powyższego wynika, że zachowanie ZPP Świt oraz Redar wprost godzi w uczciwą konkurencję, która powinna być zachowana w każdym przetargu publicznym. Na straży tego stoi właśnie norma z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący za swoje przyjmuje stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2014r., sygn. akt: KIO 2936/13, gdzie Izba orzekła: „*Zamawiający w ramach odrzucenia oferty Odwołującego argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu*

nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu. Według Izby, **katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego.** Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, **w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.** Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący **naruszył dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.** Prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. **Nawet bowiem jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji.** Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania”.

58. Wykonawcy ZPP Świt oraz Redar, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą zysku dopuścili się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, zarówno oferta ZPP Świt jak i oferta Redar podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

F. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I 3 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 8 UST. 1 I 3 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 11 UST. 2 USTAWY USTAWA ZNK – ZANIECHANIE UJAWNIECIA INFORMACJI, KTÓRE NIE

STANOWIĄ TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA ZPP ŚWIT

59. Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności utrzymania w poufności dokumentów przesłanych przez ZPP Świt do Zamawiającego w dniu 02 lutego 2021r., w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Wykonawca podzielił swoje wyjaśnienia na dwie (2) części:

DZP WWCOiT im. M. Kopernika w Łodzi

Od: "Sylwia Świt" <allegro@swit.home.pl>
Data: 1 lutego 2021 13:31
Do: <przetargi@kopernik.lodz.pl>
Dołącz: skan20210201133333.pdf; skan20210201133232.pdf
Temat: Dotyczy nr.spr. EZ.28.119.2020 " Dostawa środków ochrony indywidualnej (odzieży medycznej i obuwia medycznego)

Dzień dobry.

W załączniku przesyłam wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczy w/w postępowania Pakiet nr. 1. Przesyłam dokumenty w dwóch plikach. Jeden plik dokumenty jawne, drugi plik dokumenty zastrzeżone. Informuję, iż oryginał dokumentów został wysłany w dniu dzisiejszym za pośrednictwem kuriera DPD. Proszę o potwierdzenie otrzymania wiadomości.

60. Równocześnie, wyjaśnienie w zakresie waloru zastrzeżonych informacji zostały dostarczone Zamawiającemu cztery (4) dni później:

DZP WWCOiT im. M. Kopernika w Łodzi

Od: "Sylwia Świt" <allegro@swit.home.pl>
Data: 5 lutego 2021 10:08
Do: <przetargi@kopernik.lodz.pl>
Dołącz: skan20210205095539.pdf
Temat: Dotyczy nr.spr. EZ.28.119.2020 " Dostawa środków ochrony indywidualnej (odzieży medycznej i obuwia medycznego)

Dzień dobry.

W załączniku przesyłam wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Proszę o potwierdzenie otrzymania wiadomości.

61. Ustawodawca stanowiąc w ustawie Pzp, zasadę jawności, przewidział od niej wyjątek, określając w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne,

technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o **ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.**

62. Przywołany art. 11 ust. 2 ustawy ZNK stanowi implementację definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. W świetle założeń dyrektywy, ma ona służyć ustanowieniu minimalnego standardu w zakresie zasad ochrony informacji poufnych przedsiębiorstwa, jako narzędzia zarządzania konkurencyjnością oraz innowacyjnością. Zarówno zatem w świetle regulacji polskiej, jak i unijnej, można stwierdzić, że aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać warunki odnoszące się do:

- charakteru informacji,
- **braku możliwości zapoznania się osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (albo braku możliwości uzyskania łatwo dostępu do nich),**
- **odpowiedniego zabezpieczenia informacji.**

63. Bliższa analiza wskazanych powyżej elementów uprawnia do twierdzenia, że w zasadzie wszystkie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. **poufności**. Jeżeli bowiem charakter informacji stanowi dla przedsiębiorcy określoną wartość gospodarczą, **w związku z czym wykonawca ten, przy zachowaniu należytej staranności, podejmuje działania w celu jej zabezpieczenia, to dana informacja niewątpliwie jest poufna.** Każda osoba, zwykle zajmująca się tym rodzajem informacji, **nie może też mieć do niej dostępu lub nie może takiego dostępu łatwo uzyskać.** Informację można zatem uznać za chronioną na podstawie przepisów ustawy ZNK wówczas, jeśli spełnione są **wszystkie trzy ww. warunki łącznie.** Jest to warunek konieczny dla skutecznego zastrzeżenia jej na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

64. Rozwijając powyższe, stwierdzić należy, że w celu zachowania poufności informacji

zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa ZPP Świt powinien być – w dniu 02 lutego 2021 r. – podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności. Po pierwsze, ZPP Świt powinien był zidentyfikować, jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wyrazić wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności. Po drugie, ZPP Świt powinien był wykazać, że informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej. Po trzecie, ZPP Świt powinien był podjąć szereg działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, że oznajmienie w mail'u, że drugi plik jest „zastrzeżony” nie wypełnia pierwszej przesłanki, dot. wyrażenia woli zachowania przedmiotowych informacji w poufności. O ile w treści pliku nie pojawia się nagłówek, wstęp lub jakkolwiek informacja zawierająca wyrażenie „tajemnica przedsiębiorstwa”, to trudno mówić, aby ZPP Świt w należyty sposób wyartykułował fakt, że dane informacje mają poufny charakter. Tym bardziej więc nie można mówić o jakimkolwiek spełnieniu warunku drugiego (wykazanie, że informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej) i trzeciego (wykazanie działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, dla celów ochrony informacji).

65. Już w dniu 02 lutego 2021r. ZPP Świt powinien był wykazać, jakie działania o charakterze fizycznym są wprowadzone przez Wykonawcę – np. wewnętrznych regułach obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, czy technologii zabezpieczającej bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. ZPP Świt, w dniu 02 lutego 2021r., powinien był wykazać, że nie było możliwe uzyskanie wglądu do rzeczonych informacji przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę. Tymczasem, od **godz. 13:31 w dniu 02.02.2021 do 10:08 w dniu 05.02.2021** każda osoba (sic!) miała nieograniczony dostęp do informacji przekazanych przez ZPP Świt, gdyż nie zostały zastrzeżone w sposób wymagany art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Skoro, przez blisko cztery (4) doby ZPP Świt nie podjął się jakichkolwiek działań zabezpieczających, to Zamawiający bezprawnie utrzymał te informacje w poufności.

66. Prawdłowość interpretacji powyższych działań, do celów uznania, iż ZPP Świt nie podjął we właściwym czasie i trybie stosownych kroków w celu zachowania w poufności przedmiotowych informacji, potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r., KIO 532/19, w którym Izba uznała zastrzeżenie tajemnicy za niezasadne: „W przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu wykonawca oprócz zacytowania fragmentów orzeczeń KIO wskazał jedynie w sposób ogólny, że zastrzega ceny

*jednostkowe oraz oferty handlowe i dowody zakupów, bowiem są to oferty kontrahentów z którymi współpracuje od wielu lat i są to wyceny indywidualne pod konkretnego klienta. Nie podał przy tym, żadnych bliższych konkretnych powodów poczynionego zastrzeżenia czy też ewentualnych negatywnych skutków, jakie mógłby ponieść wykonawca na skutek ujawnienia tych informacji. **Brak także wskazania konkretnych działań, jakie podjął wykonawca w celu zachowania tych danych w poufności. Sama informacja o klauzulach zachowania poufności zawarta w umowach z pracownikami jest, zdaniem Izby, niewystarczającym środkiem jaki podjął wykonawca celem zachowania w poufności tych danych. Okoliczności te sprawiają, że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i nie wykazano, że przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk zostały spełnione***". O ile w sprawie, w której zapadł cytowany wyrok zostały przedstawione wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to w Postępowaniu ZPP Świt nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień aż do 05 lutego 2021r. Tym bardziej więc nie można mówić o skuteczności zastrzeżenia informacji przekazanych w dniu 02 lutego 2021r.

67. Z ostrożności jedynie więc Odwołujący wskazuje, że choć w orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do zasady, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO 1021/18 z 8 czerwca 2018 r.), to jednak informacje wskazane w dniu 05.02.2021r. przez ZPP Świt wychodzą poza zakres danych, które potencjalnie mogą stanowić informacje poufne. Mianowicie, poszczególne elementy tych wyjaśnień mogą zasługiwać na ochronę, ale zastrzeganie całych dokumentów nie jest zasadne. Potwierdzenie powyższego znajdujemy np. w wyroku z 10 października 2019 r. KIO 1878/19, w którym Izba uznała, że *„Trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w postępowaniu – chociażby cenę dotyczącą roboczogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy. Zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu (dotyczące rażąco niskiej ceny) zostało dokonane dla całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Nawet gdyby uznać, że istnieją jakiekolwiek fragmenty wyjaśnień, które mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to Przystępujący miał możliwość anonimizacji części tych wyjaśnień*".

68. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że Zamawiający bezpodstawnie utrzymał w poufności informacje, co do których ZPP Świt nie podjął działań wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, a zatem nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania, czym utrudnił Odwołującemu wykazywanie, że zaoferowana cena przez ZPP Świt jest ceną rażąco niską.

Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie

Z poważaniem,
r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) kopie wpisanych do Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej dla obu wspólników spółki cywilnej,
- 4) pełnomocnictwo z dnia 02 kwietnia 2021r.