

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Firmę Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o., ul. Katowicka 115C, 41-500 Chorzów (lider), 2) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., ul. Buforowej 2, 52-121 Wrocław,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Narodowe Forum Muzyki, ul. Piłsudskiego 19, 50-044 Wrocław,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługa ochrony osób i mienia na potrzeby Narodowego Forum Muzyki”, znak: ZP/PN/15/2015/NFM.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 lipca 2015 r., nr: 109847-2015.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu złożonych ofert oraz o unieważnieniu postępowania.

W dniu 11 sierpnia 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o., ul. Katowicka 115C, 41-500 Chorzów (lider), 2) SILEZJAN SYSTEM SECURITY – Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., ul. Buforowej 2, 52-121 Wrocław – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez brak podania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego faktycznego uzasadnienia oferty Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że czynność ta nie została poprzedzona prawidłowo przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia potwierdzające, iż możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę, oraz mimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 4) art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, wskutek czego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności unieważnienia postępowania,
 - 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- oraz o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, jaka liczba osób ma być skierowana do realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał, by co najmniej 30% osób było zatrudnionych na podstawie umów o pracę (pkt 2.4 w załączniku nr 1, str. 21 SIWZ), nie wymagał jednak zatrudnienia tych osób na pełnych etatach (co potwierdził w wyjaśnieniach do SIWZ z 28 lipca 2015 r. - pytanie nr 11). W przypadku stałej ochrony obiektu, Zamawiający wymagał, by stanowiska ochrony były obsługiwane przez względnie stały skład osobowy, przy czym rotacja nie może być większa niż 30% (pkt. 2.5 w załączniku nr 1, str. 21 SIWZ). Zamawiający wymagał również, by co najmniej 1 osoba na zmianie była kwalifikowanym pracownikiem ochrony (wyjaśnienia do SIWZ z 28 lipca 2015 r. - pytanie nr 9). W punkcie III Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający zastrzegł sobie dodatkowo możliwość zamówienia dodatkowej usługi ochrony osób i mienia, dodatkowej usługi ochrony strefy VIP lub gości VIP oraz usługi konwoju walorów pieniężnych. W związku z powyższym w formularzu oferty (załącznik nr 4 do SIWZ) Wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania ceny za realizację przedmiotu zamówienia (poprzez podanie w punkcie 1 formularza ceny całkowitej, a w punkcie 1.1 - ceny za 1 miesiąc) oraz dodatkowo cen za 1 h dodatkowych usług ochrony osób i mienia, za 1 h dodatkowych usług ochrony VIP i za 1 h dodatkowych usług konwoju (odpowiednio punkty 2-4 formularza ofertowego). W rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił 4 kryteria oceny ofert: Cena za 1 miesiąc usług ochrony osób i mienia (waga 80%), cena za 1 h dodatkowych usług ochrony osób i mienia (waga 16%), cena za 1 h dodatkowych usług ochrony VIP (waga 2%) i cena za 1 h dodatkowych usług konwoju (2%). Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz konsorcjum: IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. i Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k. (zwane dalej również Konsorcjum Impel).

Odwołujący zaoferował następujące ceny: cena całkowita za realizację przedmiotu zamówienia w kwocie 420 217,20 zł brutto (w tym cena za 1 miesiąc usług ochrony osób i mienia w kwocie 35 018,10 zł brutto), cena za 1h dodatkowych usług ochrony osób i mienia w kwocie 22,14 zł brutto, cena za 1h dodatkowych usług ochrony VIP w kwocie 30,75 zł brutto i cena za 1h dodatkowych usług konwoju w kwocie 30,75 zł brutto. Konsorcjum Impel zaoferowało następujące ceny: cena całkowita za realizację przedmiotu zamówienia w kwocie 647 110,43 zł brutto (w tym cena za 1 miesiąc usług ochrony osób i mienia w kwocie 53 925,87 zł brutto), cena za 1h dodatkowych usług ochrony osób i mienia w kwocie 23,37 zł brutto, cena za 1h dodatkowych usług ochrony VIP w kwocie 30,75 zł brutto i cena za 1h dodatkowych usług konwoju w kwocie 6,15 zł brutto.

Odwołujący wskazał następnie, że pismem z 3 sierpnia 2015 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia: wysokości zaoferowanej ceny, wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np. oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Zamawiający poprosił ponadto o przedstawienie sposobu kalkulacji ceny poz. 1.1 Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, biorąc pod uwagę wymagane kwalifikacje personelu, wymóg zatrudnienia minimum 30% personelu realizującego usługi w formie umowy o pracę, informację, że minimalne wynagrodzenie wynosi 2 090 zł brutto oraz że średnia liczba godzin w miesiącu wynosi 2529 zł.

Powyższe wezwanie zostało doręczone Odwołującemu w dniu 3 sierpnia 2015 r. o godz. 15:43. Odwołujący został zobowiązany do przedstawienia wyjaśnień w terminie do 4 sierpnia 2015 r. do godz.: 14:30. Odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 4 sierpnia 2015 r., w którym wskazał elementy mające wpływ na wysokość ceny wraz z potwierdzającymi je dowodami oraz przedstawił kwotową kalkulację oferowanej ceny. Kolejnym pismem z 4 sierpnia 2015 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w jaki sposób Odwołujący zamierza spełnić wymagania Zamawiającego zgodnie z pkt 2 Wymagania ppkt 4 i 5 Załącznika nr 1 do SIWZ: 1. zatrudnienie minimum 30% personelu realizującego usługi w formie umowy o pracę; ze względu na miejsce i charakter wykonywanej pracy personel powinien wyróżniać się wysoką kulturą osobistą, nienaganną opinią, przyjemną powierzchownością, posiadać podstawową znajomością obsługi komputera oraz komunikatywną znajomością języka

angielskiego; 2. Zamawiający wymaga aby stanowiska stałej ochrony obiektu NFM były obsługiwane przez względnie stały skład osobowy, przy czym rotacja nie może być większa niż 30%, a każda zmiana pracownika powinna być uzgodniona z Zamawiającym. Zamawiający podał, że w kontekście wyjaśnień udzielonych w dniu 4 sierpnia 2015 r. dotyczących powodów zaoferowania danej ceny, jak również wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny poz. 1.1. Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, z treści udzielonych wyjaśnień wynika, iż przyjęte do kalkulacji ceny ofertowej rozwiązania nie pozwalają na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z opisanymi wyżej warunkami realizacji zamówienia ujętymi w Załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający nie podał jednak, na jakiej podstawie sformułował taką ocenę, w szczególności nie wskazał elementów kalkulacji Odwołującego prowadzących do takiego wniosku.

Powyższe pismo zostało doręczone Odwołującemu w dniu 4 sierpnia 2014 r. o godz. 16:33. Termin na złożenie wyjaśnień upływał w dniu następnym, 5 sierpnia 2015 r. o godz.: 10:00. Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakreślonym terminie.

Pismem z 6 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu obu ofert złożonych w przetargu i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Na uzasadnienie odrzucenia tej oferty Zamawiający podał, że w toku czynności badania ofert stwierdził, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Następnie opisał przebieg badania oferty, tj. kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień i ich treść oraz fakt udzielenia wyjaśnień i złożenia wymaganych dokumentów przez Odwołującego. Zamawiający jednakże uznał, iż dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, iż oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził również, co następuje: „Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę. Jest ona niższa od szacowanej wartości zamówienia o 25,51% oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu o 21,26%”.

Niezależnie od powyższego Zamawiający uznał, że Wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz z warunkami realizacji zawartymi w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP oraz ich prawidłową oceną przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odrzucenie oferty Odwołującego zostało poprzedzone przez Zamawiającego wezwaniem do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. Wezwanie to zostało jednakże dokonane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający wzywa w wyznaczonym przez

siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego. Procedura badania oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny została zatem zainicjowana z powołaniem błędnej podstawy prawnej (art. 26 ust. 4 ustawy PZP, zamiast art. 90 ust. 1 ustawy PZP). Okoliczność ta powinna być wzięta pod uwagę przy ocenie, czy Zamawiający prawidłowo ustalił, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. „Dopiero w oparciu o prawidłowe wezwanie Zamawiający powinien wywodzić wynikające z niego, a także z przepisów stanowiących podstawę jego sformułowania, konsekwencje” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2015 r. KIO 547/15). Dla oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego istotne jest, iż uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostało oparte na trzech elementach: 1. streszczenie przebiegu badania oferty Odwołującego, 2. wskazanie stosunku, w jakim cena oferowana przez Odwołującego pozostaje do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 3. stwierdzeniu, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, iż oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący za tę cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz z warunkami realizacji zawartymi w SIWZ. Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisów art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu. Stosunek, w jakim pozostaje cena oferowana przez Odwołującego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, nie może zatem stanowić podstawy odrzucenia jego oferty. Poza wskazaniem powyższego stosunku (który nie może automatycznie skutkować odrzuceniem oferty) Zamawiający ograniczył się wyłącznie do przedstawienia wyniku oceny wyjaśnień Odwołującego, tj. że Odwołujący nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, która jest rażąco niska. Zamawiający nie przedstawił jednak merytorycznej, zindywidualizowanej oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego nie ma zatem uzasadnienia faktycznego. W tym kontekście podkreślić należy, że Zamawiający potwierdził, iż Odwołujący złożył wyjaśnienia w terminie. Nie zarzucał również, by wyjaśnienia te były zbyt ogólnikowe lub nie pozwalały na ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Przyczyną odrzucenia oferty była zatem ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Zamawiający nie ujawnił jednak tej oceny w powiązaniu z treścią złożonych wyjaśnień, nie sprecyzował powodów, dla których uznał ofertę odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę i dlatego uznał, że wykonawca nie może wykonać za

tą cenę przedmiotu zamówienia, w szczególności wymagań z pkt 2 ppkt. 4 i 5 załącznika nr 1 do SIWZ. Okoliczność ta uniemożliwia, a co najmniej utrudnia wykonawcy podnoszenie zarzutów w celu obrony swojej oferty. Tym samym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jest uzasadniony.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego czyniły zadość żądaniu Zamawiającego oraz nie potwierdzają one, że cena oferowana przez Zamawiającego jest rażąco niska. W piśmie z 4 sierpnia 2015 r. Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na konkretne sprzyjające warunki wykonania zamówienia oraz udzielaną mu pomoc publiczną, które mają wpływ na korzystną cenę oferowaną przez Odwołującego (pkt 1.3 na stronie pierwszej pisma Odwołującego z 4 sierpnia 2015 r.). Odwołujący przedstawił również dokumenty potwierdzające jego twierdzenia w tym zakresie. Następnie, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferowanej w poz. 1.1 do formularza ofertowego. Kalkulacja została poprzedzona przyjętymi przez Odwołującego następującymi założeniami: co najmniej 30% osób skierowanych do realizacji zamówienia zostanie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, średniomiesięczna liczba godzin ochrony stałej przyjęta do kalkulacji wynosi 2529. Odwołujący wskazał ponadto: liczbę osób, jaką Odwołujący zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia, formy prawne, w oparciu o jakie nastąpi zatrudnienie poszczególnych osób (umowy o pracę, umowy zlecenia), oraz liczbę osób, które będą zatrudnione na podstawie poszczególnych rodzajów umów, wymiar czasu pracy osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę (pełny etat), zamiar zatrudnienia osób niepełnosprawnych, z podaniem ich liczby i stopnia niepełnosprawności. Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja ceny dla poz. 1.1. formularza ofertowego (str. 2 pisma z 4 sierpnia 2015 r.) obejmuje: 1) kalkulację wynagrodzeń dla osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (pkt 1 kalkulacji), 2) kalkulację wynagrodzeń dla pracowników ochrony zatrudnianych na podstawie umowy o pracę (pkt 2 kalkulacji), 3) kalkulację wynagrodzeń dla pracowników ochrony zatrudnianych na podstawie umów zlecenia podlegających składkom na ubezpieczenia (pkt 3 kalkulacji), 4) kalkulację wynagrodzeń dla pracowników ochrony zatrudnianych na podstawie umów zlecenia nie podlegających składkom na ubezpieczenia (pkt 4 kalkulacji), 5) stałe koszty kontraktu z wyszczególnieniem poszczególnych pozycji kosztów (punkt 5.2 kalkulacji), w tym m.in. nadzór centrum monitorowania i grup interwencyjnych, szkolenia i badania pracowników, ich wyposażenie i umundurowanie, 6) przewidziany zysk Odwołującego (pkt 5.3 kalkulacji), 7) wartość miesięczną kontraktu netto (pkt 5.4 kalkulacji), stanowiącą sumę punktów 1-5.3,8) podatek VAT 23% (pkt. 5.5 kalkulacji), 9) wartość miesięczną brutto (pkt 5.6 kalkulacji). Kalkulacje wynagrodzeń (pkt 1-4 kalkulacji) zawierały każdorazowo wskazanie liczby osób uwzględnionych w danym punkcie kalkulacji, przyjętą liczbę godzin w miesiącu - na osobę i

łącznie, stawkę wynagrodzenia brutto za 1 roboczogodzinę, wartości łącznego wynagrodzenia brutto dla tych osób, koszty pracy ponoszone przez pracodawcę w postaci składek ZUS (z wyjątkiem pkt 4 kalkulacji), a w punkcie 2 kalkulacji - dostępne dla Odwołującego dofinansowanie z PFRON do wynagrodzeń pracowników (pkt 2.4). W przypadku osób przewidzianych do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę uwzględniono również inne koszty pracodawcy w postaci urlopów i zwolnień lekarskich. Wynagrodzenia brutto ujęte w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji, bez względu na formę prawną zatrudnienia, nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ustawy z 10 października 2012 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wynagrodzenia te powiększone o koszty pracodawcy w postaci składek na ZUS nie są również niższe od kwoty podanej w wezwaniu Zamawiającego z 3 sierpnia 2015 r., tj. 2 090 zł. Porównanie liczby osób przewidzianych przez Odwołującego do realizacji kontraktu ogółem i liczby osób, które Odwołujący planuje zatrudnić na podstawie umowy o pracę, potwierdza, że spełniony będzie wymóg SIWZ zatrudnienia co najmniej 30% osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę. Kalkulacja przewiduje również godziwy zysk dla Odwołującego (pkt 5.3 kalkulacji). Podkreślić należy, że Odwołujący miał na przygotowanie wyjaśnień i kalkulacji niecałe 24 godziny (od godz. 15:43 w dniu 3 sierpnia 2015 r., kiedy to otrzymał wezwanie, do godz.: 14:30 w dniu następnym, kiedy upływał termin na składanie wyjaśnień). Wyjaśnienia zostały przesłane do Zamawiającego 4 sierpnia 2015 r. o godz.: 12:30. Już o godz. 16:33 w tym samym dniu Odwołujący otrzymał kolejne wezwanie do wyjaśnień. Tak szybka reakcja Zamawiającego może świadczyć o pobieżnej analizie złożonych wyjaśnień. Podstawą drugiego wezwania był przepis art. 26 ust. 4 ustawy PZP, a Zamawiający wzywał w nim do wyjaśnienia, w jaki sposób Odwołujący zamierza spełnić wskazane tam wymagania Zamawiającego. Wezwanie do wyjaśnień dotyczyło zatem spełniania przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego. Jednakże sposób ukształtowania SIWZ przesądzał, że wymagania te dotyczą przyszłych zobowiązań wykonawców, których wykonanie będzie egzekwowane na etapie realizacji zamówienia. Wymagania te nie były natomiast przedmiotem badania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca udzielił jednakże wyjaśnień i potwierdził, że wymagania w tym zakresie zostaną spełnione. Celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego Odwołujący powołał się na szerokie doświadczenie obu konsorcjantów w świadczeniu usług ochrony dotyczących obiektów użyteczności publicznej i imprez masowych. We wskazanym wezwaniu Zamawiający sformułował również wniosek, że przyjęte do kalkulacji ceny ofertowej rozwiązania nie pozwalają na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie ze wskazanymi w wezwaniu wymaganiami. Zamawiający nie wskazał jednak, na czym opiera swoją negatywną ocenę. Zamawiający nie wezwał również Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP do uszczegółowienia

konkretnych punktów kalkulacji czy też do przedstawienia konkretnych dokumentów, mimo utrwalonego już stanowiska KIO, że jeżeli udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że kwestia zatrudnienia co najmniej 30% osób na podstawie umowy o pracę została wykazana w pierwszych wyjaśnieniach Odwołującego z 4 sierpnia 2015 r. (spełnianie tego wymagania potwierdza proste porównanie liczby osób przewidzianych przez Odwołującego do realizacji kontraktu ogółem i liczby osób, które Odwołujący planuje zatrudnić na podstawie umowy o pracę). Z pisma Zamawiającego nie sposób wywieść, dlaczego, na jakiej podstawie Zamawiający doszedł do przekonania, że osoby skierowane do realizacji zamówienia przez Odwołującego nie będą wyróżniać się wysoką kulturą osobistą, nienaganną opinią, przyjemną powierzchownością, oraz nie będą posiadać podstawowej znajomości obsługi komputera oraz komunikatywnej znajomości języka angielskiego. W wyjaśnieniach z 5 sierpnia 2015 r. Odwołujący jednoznacznie zadeklarował, iż każdorazowo sprawdza możliwości wyznaczonych pracowników rzetelnego i fachowego wykonania zamówienia. Przypuszczając, że wątpliwości Zamawiającego może budzić zamiar zatrudniania osób niepełnosprawnych (choć Zamawiający nie wyraził tych wątpliwości wprost, a SIWZ nie zawierała zakazu zatrudniania takich osób), Odwołujący podkreślił, że zatrudnienie takich osób nie oznacza obniżenia jakości wykonywanych usług, a praktyka wykazuje, że pracownicy tacy wykonują swoje obowiązki na równi z pracownikami sprawnymi, a nierzadko z większym zaangażowaniem. Wymagania określone w SIWZ nie wykluczają możliwości zatrudniania osób niepełnosprawnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a dobór takich pracowników przez Odwołującego będzie każdorazowo sprawdzany uprzednim sprawdzeniem możliwości realizacji przez nich zamówienia. Ponadto niepełnosprawni będą stanowić tylko część osób skierowanych do realizacji umowy. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że ograniczenia dotyczące czasu pracy osób niepełnosprawnych nie znajdują zastosowania do osób zatrudnionych przy pilnowaniu (art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych). Również nieuzasadniony jest zarzut, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe spełnienie wymagania realizacji zamówienia przez względnie stały skład osobowy, z rotacją nie większą niż 30%. Przeważająca większość osób, które Odwołujący zamierza skierować do realizacji zatrudnienia, będzie zatrudniona na podstawie umów o pracę na pełnym etacie lub umów zlecenia z pełnymi składkami ZUS (pkt 1-3 kalkulacji), co sprzyja stabilizacji zatrudnienia. Przedmiotowy wymóg dotyczy wyłącznie ochrony stałej budynku Zamawiającego. Na podstawie umów zlecenia, które nie podlegają składkom ZUS, Odwołujący zamierza zatrudnić niewielką część osób (pkt 4 kalkulacji), które będą oddelegowane głównie do obsługi wydarzeń. Podkreślić należy, że wskazany w punkcie 4 kalkulacji przypadek nie podlegania ubezpieczeniom będzie obowiązywał również

po 1 stycznia 2016 r. Wskazać należy ponownie, że Zamawiający przestał drugie wezwanie o godz. 16:33, a odpowiedzi oczekiwał w dniu następnym do godz. 10:00. Zamawiający wyznaczył zatem Odwołującemu bardzo krótki termin na udzielenie wyjaśnień, co również powinno zostać uwzględnione przy ich ocenie. Ponadto z uwagi na podaną przez Zamawiającego podstawę prawną, wezwanie to dotyczyło badania zgodności oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ, a nie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i kalkulacja złożone przez Odwołującego potwierdzają, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Oferowana cena pokrywa bowiem koszty realizacji zamówienia i zapewnia Odwołującemu godziwy zysk. Zamawiający powinien dokonać wszechstronnej analizy powyższych wyjaśnień. Szybkość, z jaką Zamawiający przeprowadził ocenę wyjaśnień oraz brak uzasadnienia faktycznego zarówno w powtórnym wezwaniu z 4 sierpnia 2015 r., jak i w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z 6 sierpnia 2015 r., wskazują, że ocena wyjaśnień była pobieżna i doprowadziła Zamawiającego do niewłaściwych wniosków. Zamawiający nie uzasadnił swojej oceny, że Odwołujący nie będzie w stanie wykonać za oferowaną cenę zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w szczególności zgodnie z pkt 2 ppkt. 4 i 5 załącznika nr 1 do SIWZ, oraz nie wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP do doprecyzowania wyjaśnień co do ceny w tym zakresie. Utrudnia to Odwołującemu odniesienie się do tych zarzutów Zamawiającego. Okolicznością, którą powinien wziąć również pod uwagę, jest fakt, że różnica pomiędzy oferowaną ceną a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia czy średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert jest niższa niż 30%. Oczywiście, jeżeli Zamawiający ma wątpliwości co do realności ceny, ma prawo zwrócić się o wyjaśnienia również, gdy różnica ta jest niższa niż 30%. Przy ocenie wyjaśnień fakt, że różnica ta nie przekracza ustawowego progu obligującego do zainicjowania postępowania z art. 90 ust. 1, powinien mieć jednakże znaczenie i przemawiać na korzyść wykonawcy, który co najmniej uprawdopodobnił rzetelność oferowanej ceny. Zamawiający nie powinien również pomijać doświadczenia danego wykonawcy czy okresu jego obecności na rynku. Odwołujący nie jest podmiotem wchodzącym na rynek usług ochrony, lecz jego pozycja na rynku jest ugruntowana. Odwołujący ma bogate doświadczenie, co potwierdza załączony do oferty wykaz usług wraz z referencjami, oraz pismo Odwołującego z 4 sierpnia 2015 r. Dodatkowo Konsorcjum Odwołującego tworzą podmioty prywatne, których celem działania jest osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia. „Za wyjątkiem sytuacji działania w sposób nie odpowiadający mechanizmom uczciwej konkurencji, kwalifikowanego jako działania z zakresu nieuczciwej konkurencji np. poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów w celu wyeliminowania innych podmiotów z rynku, gdzie ten cel ekonomiczny realizowany jest w dłuższej perspektywie czasowej, zwykle wykonawca tak kalkuluje cenę swojej oferty, by realizacja zadania po prostu mu się opłacała. Jeśli więc doświadczony w realizacji

określonych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawniają do poprawnności tej kalkulacji, należy przyjąć, że zaofertowana cena jest ceną realną” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2015 r. KIO 547/15). Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 ustawy PZP są zatem uzasadnione.

Odwołujący wniósł końcowo o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z dokumentów powołanych w odwołaniu (SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, wezwania Zamawiającego z 3 sierpnia 2015 r. i z 4 sierpnia 2015 r. adresowane do Odwołującego, wyjaśnienia Odwołującego udzielone w dniach 4 sierpnia 2015 r. i 5 sierpnia 2015 r. wraz z załączonymi dokumentami oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z 6 sierpnia 2015 r.), na wskazane w odwołaniu okoliczności. Podkreślono także, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wobec wskazanych na wstępie czynności i zaniechań Zamawiającego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy PZP. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, oferta ta zostałaby poddana ocenie z zastosowaniem kryteriów oceny ofert i otrzymałaby najwyższą liczbę punktów (oferta Konsorcjum Impel jest bowiem korzystniejsza tylko w jednym kryterium - cena za 1h dodatkowych usług konwoju - o wadze 2%). W konsekwencji, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Czynności Zamawiającego, dokonane z naruszeniem wskazanych na wstępie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, pozbawiły zatem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba wskazuje w tym miejscu, że rozprawa była prowadzona w trybie niejawnym. Izba uwzględniła bowiem wniosek Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy z uwagi na to, że przedmiotem rozprawy mogły być kwestie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również z uwagi na zamiar utrzymania skuteczności tego zastrzeżenia, która to skuteczność mogłaby zostać podważona w przypadku prowadzenia rozprawy w trybie jawnym (brak podjęcia środków w celu nieujawniania informacji do publicznej wiadomości).

Z uwagi na wyłączenie jawności rozprawy siłą rzeczy przedstawiając uzasadnienie rozstrzygnięcia Izba zmuszona jest ograniczyć się do punktowego wskazania podstaw swojej decyzji oraz wniosków podjętych w oparciu o analizę niejawnej dokumentacji, bez przytaczania szczegółowej treści tej dokumentacji. Kierując się wskazanymi racjami Izba sformułowała uzasadnienie, którego treść jest taka sama dla wszystkich podmiotów

uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, jednak z poszanowaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Należy przy tym wskazać, że w sprawie oprócz Zamawiającego i Odwołującego nie występował inny uczestnik, tak więc informacje i kwestie omawiane w uzasadnieniu są stronom i tak całościowo znane. Sformułowanie – w celu poszanowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – uzasadnienia wyroku w sposób bardziej ogólny nie wpływa więc negatywnie na sytuację tych podmiotów, jak również nie pozbawia stron postępowania możliwości oceny rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym. Jednocześnie, w treści uzasadnienia Izba postanowiła przytoczyć stanowiska stron w możliwie najpełniejszym zakresie, który nie skutkuje ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający oparł swoją argumentację w znacznej mierze na wyliczeniu tego, czego zabrakło w wycenie Odwołującego lub co nie zostało przy tej kalkulacji uwzględnione. Słusznie argumentował Odwołujący, że wyliczenie „negatywne” – a więc tego, co zdaniem Zamawiającego zabrakło w wyjaśnieniach – nie skutkowałoby naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym wyliczenie to może zostać przytoczone także w treści uzasadnienia wyroku. Izba nie przytacza natomiast szczegółów dotyczących stawek podanych przez Odwołującego i pozostałej treści wyjaśnień, ponad to, co Odwołujący sam wskazał w treści odwołania.

Mając powyższe ograniczenia na względzie Izba wskazuje, że w swoim stanowisku Zamawiający wskazał na rozprawie następujące argumenty na rzecz swojego stanowiska.

Podniesiono, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający podał podstawy faktyczne swojej decyzji, m.in. to, że otrzymane wyjaśnienia nie potwierdziły, że cena jest realna. Wskazano, że z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający nie mógł szczegółowo odnieść się w zawiadomieniu do kalkulacji wykonawcy.

Następnie, Zamawiający argumentował, że w poz. 2 kalkulacji Odwołującego wartości przyjęte do wyliczenia całkowitych kosztów z tytułu wynagrodzenia są mniejsze niż będzie to wynikało ze stanu prawnego od stycznia 2016 r., gdyż wówczas minimalne wynagrodzenie za pracę będzie najprawdopodobniej na poziomie 1850 zł brutto co daje koszt roboczogodziny na poziomie 11,01 zł brutto. Podkreślono, że kontrakt będzie realizowany do 31 sierpnia 2016 r., a więc o od 1 stycznia 2016 r., po podwyżce płacy minimalnej, zwiększą się koszty wykonawcy. Jednocześnie, Zamawiający przyznał, że wyliczenia Odwołującego respektują obecny poziom płacy minimalnej.

Zamawiający argumentował także, że okoliczność zawarta w pkt 2.4 kalkulacji nie jest czynnikiem obiektywnym. Ma ona charakter miesięczny, a nie roczny i nie obniża całkowitych kosztów kontraktu. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że pomoc ta ma wpływ na zaferowanie tak niskiej ceny.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący skalkulował wynagrodzenie pracowników kwalifikowanych na równi z pracownikami niewykwalifikowanymi. Nie rozróżnił

stawki dla osób wykwalifikowanych i osób bez takich kwalifikacji. Natomiast stawka za pracownika wykwalifikowanego winna być realnie wyższa. Pracownik wykwalifikowany miałby więc otrzymywać niższe wynagrodzenie niż inna osoba, bez kwalifikacji, realizująca usługę ochrony. Argumentowano, że Odwołujący nie jest w stanie zapewnić warunku dotyczącego poziomu rotacji, który nie może być wyższy niż 30%. Osoba wpisana na listę pracowników wykwalifikowanych, przy takich stawkach, będzie bowiem na pewno poszukiwała zatrudnienia u innych pracodawców. Podkreślono także, że niespełnienie warunku rotacji wiąże się z karami umownymi. Wskazano ponadto, że warunek rotacji jest dla Zamawiającego bardzo ważny, gdyż sam obiekt, jak i jego funkcje są unikalne. Wymagania te są zaś adekwatne do funkcji i prestiżu obiektu.

Wskazano następnie, że Odwołujący nie uwzględnił tego, że jedna osoba na zmianie jest dowódcą, i także dla takiej osoby nie ma wyższej stawki, to samo dotyczy koordynatora imprez. Te wszystkie okoliczności wpływają zaś na niebezpieczeństwo realizacji kontraktu niezgodnie z wymogami Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, że w wyliczeniach złożonych przez Odwołującego jest mniejsza liczba roboczogodzin, która powinna wynosić 2529.

Odnosnie poz. 5.2. kalkulacji, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie uwzględnił kosztów wyposażenia apteczki na każdym posterunku stałym - około 450 zł rocznie, kosztów ogólnej logistyki, w tym sporządzenia grafiku, raportowania, przygotowania planu ochrony, nie uwzględniono kosztów zatrudniania osoby która miałaby realizować te usługi. Nie uwzględniono kosztów radiotelefonu (minimum 3 sztuki), kosztów łączności, kosztów zapewnienia środków przymusu bezpośredniego, kosztów realizacji czynności sprawdzających, kosztów nadzoru nad ochroną imprez bezpośrednio, niezależnie od posterunków stałych.

Zamawiający wskazał tym samym, że miał podstawy do uznania, że cena jest nierealistyczna, naraża wykonawcę na straty. Podkreślono, że wartość zamówienia została oszacowana z należytą starannością po rozpoznaniu w trybie zapytań e-mailowych rynku lokalnego. Podniesiono, że z otrzymanych od przedsiębiorców działających na tym rynku informacji wynika, że średni koszt jednej roboczogodziny dla obiektu Zamawiającego wynosi 15,67 zł netto. Jednocześnie wyjaśniono, że Zamawiający nie czynił rozeznania, co do minimalnej stawki, ale najniższa zaoferowana stawka wynosiła 12,5 zł netto.

Zamawiający podkreślił, że brak jest podstaw do skalkulowania tak niskiej ceny. Usługa świadczona byłaby poniżej kosztów jej wytworzenia. Wskazano jednocześnie, że usługa ochrony jest niewzruszalna dla funkcjonowania całego obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem i jej prawidłowa realizacja ma szczególne znaczenie dla Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że prawidłowo przeprowadził procedurę wyjaśnień, a podanie błędnej podstawy prawnej nie wpływa na to, że procedura została przeprowadzona prawidłowo. Odwołujący nie został bowiem wprowadzony w błąd.

Dodatkowo, Zamawiający odnosząc się do pkt 3 (str. 1 wyjaśnień) podniósł, że umowy obejmują krótki okres, a ponadto jest to okoliczność hipotetyczna, nie mogąca mieć wpływu na zaoferowanie ceny. Krótki okres tych umów potwierdza przy tym to, że nie zostanie zachowany warunek rotacji. Zamawiający podniósł również, że Odwołujący zaoferował wyższe stawki za usługę dodatkową niż za ryczałt miesięczny, gdzie w ryczałcie także znajduje się ochrona koncertów. Wskazano przy tym na zasady rozliczeń zawarte w SIWZ, zgodnie z którymi w przypadku mniejszej ilości godzin świadczenia usługi Zamawiający wystawi fakturę korygującą według stawki za dodatkową usługę, co także naraża Odwołującego na straty i hipotetycznie zmniejsza wysokość zakładanego zysku.

Ponadto, Zamawiający argumentował, że Odwołujący zadeklarował 19 osób do wykonania zamówienia, koszty 4 osób ponad wymagane 15 będą obciążały wykonawcę – przykładowo w sytuacji korzystania ze zwolnień lekarskich. Koszty tych dodatkowych osób nie zostały zaś wskazane w kalkulacji. Wskazano również, że odnośnie koordynatora i dowódcy Zamawiający wymagał by były to osoby spośród osób pełniących usługi na obiekcie i nie mogą to być osoby wyznaczane doraźnie.

Odwołujący wobec powyższej argumentacji Zamawiającego wskazał, że wykaz osób służył potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W kalkulacji przedstawiono wyliczenie dla 15 osób. Liczba godzin wskazana przez Zamawiającego w wezwaniu może być bowiem zrealizowana przez zaangażowanie 15 osób zatrudnionych na pełnych etatach wymiaru czasu pracy. Zamawiający wskazał, że miesięcznie jest to 2529 godzin. Do obsłużenia tej ilości godzin wystarczające jest 15 etatów. Jednocześnie argumentowano, że właśnie z uwagi na to, że rotacja dla Zamawiającego jest tak ważna Odwołujący zamierza przydzielić do ochrony obiektu 19 osób, ale realnie liczba godzin może być wypracowana przez 15 osób. Wskazano, że te dodatkowe osoby, ponad minimum Zamawiającego, będą zatrudnione na innych obiektach i będą zastępowały osoby z tego kontraktu, np. w przypadku zwolnień. Podniesiono przy tym, że zatrudnianie osób w pełnym wymiarze czasu pracy gwarantuje właśnie stabilność składu osobowego zespołu. Ponadto przytoczono, że w odpowiedzi na pytanie 12 w piśmie z 28 lipca 2015 r. Zamawiający potwierdził, że czym innym jest wykaz, a czym innym osoby faktycznie realizujące przedmiot zamówienia.

Odwołujący zgodził się, że w wyliczeniu brakuje godzin, ale jest to omyłka znikoma i rachunkowa, która była podyktowana krótkim czasem na udzielenie wyjaśnień. Omyłkę tą można natomiast sfinansować z przewidzianego zysku. Podkreślono także, że wymóg rotacji dotyczył tylko stanowiska stałej ochrony obiektu, w wezwaniu Zamawiający wskazał

natomiast na dwie kwestie. Pierwsze wyjaśnienia dotyczące ceny, co miało charakter ogólnego wezwania, a następnie Zamawiający ograniczył się tylko do pkt 1.1. formularza oferty. Odwołujący zrozumiał, że to ogólne wezwanie dotyczy całości zaoferowanej ceny, w tym poszczególnych cen jednostkowych, a więc także usług dodatkowych i w odniesieniu do tych usług dodatkowych odwołujący wskazał na możliwość wykorzystania rozwiązania, o którym mowa w pkt 3 (str. 1 wyjaśnień). Podniesiono przy tym, że odnośnie usług dodatkowych nie ma zastosowania wymóg dotyczący rotacji.

Odwołujący przytoczył także – w kwestii płacy minimalnej – treść wezwania Zamawiającego, gdzie sam Zamawiający podał kwotę 2090 zł i to jest 1750 zł brutto plus koszty pracodawcy. Odwołujący zastosował się do wytycznych otrzymanych od Zamawiającego, a ewentualna podwyżka płacy minimalnej będzie musiała zostać sfinansowana z zakładanego zysku, bo umowa nie przewiduje waloryzacji.

Odnosnie pkt 2.4. kalkulacji wskazano, że jest to czynnik obiektywny i w sytuacji, gdy Odwołujący spełni warunki formalne to będzie tą pomoc otrzymywał. Ma w tym praktykę i doświadczenie. Nie ma tym samym podstaw by uznać, że pomoc ta nie jest czynnikiem mogącym obiektywnie wpływać na koszty wykonawcy. Co do wysokości stawek Odwołujący podniósł, że Zamawiający zbyt daleko ingeruje w sposób kształtowania wynagrodzenia przez wykonawcę. Dla Odwołującego istotny jest charakter obiektu i pod tym kątem będzie dobierać zespół. Podkreślono także, że deregulacja rynku spowodowała obniżenie prestiżu zawodu pracownika ochrony, wskazano na poziom cen na rynku dla pracowników kwalifikowanych i to nawet ze znacznie szerszymi kwalifikacjami, niż te wymagane w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że wymóg rotacji dotyczy dopiero przyszłego zobowiązania. Odwołujący nie zamierza uchylać się od tego wymogu, ale właśnie przez zatrudnianie na cały etat chce zapewnić stałość zespołu.

Ponadto, w kwestii pkt 5.2 kalkulacji, Odwołujący ponownie podkreślił brak uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego oraz to, że w żaden sposób z decyzji o odrzuceniu nie da się wywieść, że wątpliwości Zamawiającego dotyczyły tego punktu kalkulacji. Argumentowano, że szereg kosztów, które wskazuje Zamawiający są to koszty ogólnozakładowe, które wykonawca i tak ponosi i nie da się ich przyporządkować do konkretnego zlecenia. Tego typu kosztów nie trzeba było uwzględniać, bo koszty te firma ponosi i nie musi zatrudniać dodatkowych osób, chociażby zatrudniać dodatkowo osobę do obsługi księgowej, czy do sporządzania grafików. Wskazano także na dysponowanie przez Odwołującego określonymi zasobami. Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zadawał dodatkowych pytań i pozycje, które teraz wskazuje mogłyby zostać wyjaśnione, jako ujęte np. w pozycji 5.2. tiret drugie kalkulacji. Argumentowano również że w kwestii koordynatora, to taka osoba kontroluje prace na wielu obiektach i nie jest to koszt przypisywany do konkretnego obiektu. Odwołujący przytoczył również przykład usług

świadczonych na obiekcie o charakterze i funkcji zbliżonej do obiektu Zamawiającego podając przy tym stawki za usługę ochrony tego obiektu. Ponadto, wskazano, że zróżnicowanie stawki za usługę dodatkową jest uzasadniona z punktu biznesowego.

Odwołujący podniósł końcowo, że w dniu 10 sierpnia 2015 r., Zamawiający ogłosił kolejny przetarg na usługę ochrony, gdzie w SIWZ zawarł zapis wyłączający możliwość realizowania zamówienia przez osoby niepełnosprawne. Odwołujący stwierdził, że trudno nie oprzeć się wrażeniu, że powodem odrzucenia jego oferty są *de facto* okoliczności właśnie z tym związane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony osób i mienia na potrzeby Narodowego Forum Muzyki. Specyfikacja usług została określona w Załączniku nr 1 do SIWZ.

W Załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający wskazał m.in., że obiekt dostosowany jest do osób niepełnosprawnych. W pkt 2 pkt 4 i 5 Specyfikacji usług Zamawiający wskazał na wymaganie zatrudnienia minimum 30% personelu realizującego usługi w formie umowy o pracę, ze względu na miejsce i charakter wykonywanej pracy personel powinien wyróżniać się wysoką kulturą osobistą, nienaganną opinią, przyjemną powierzchownością, posiadać podstawową znajomość obsługi komputera oraz komunikatywną znajomość języka angielskiego. Zamawiający wymaga, aby stanowiska stałej ochrony obiektu NFM były obsługiwane przez względnie stały skład osobowy, przy czym rotacja nie może być większa niż 30%, a każda zmiana pracownika powinna być uzgodniona z Zamawiającym.

W projekcie umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ), Zamawiający wskazał (§ 7) następujące zasady wynagrodzenia:

- wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne zgodnie z ofertą wykonawcy. Wynagrodzenie to zawiera ryczałt za ochronę stałą oraz ryczałt za świadczenie usług ochrony podczas wydarzeń, koszt dostawy i instalacji depozytora zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy;
- ponadto wykonawcy należne jest wynagrodzenie za pełnienie usług ochrony wydarzeń, ponad ww. ryczałt, rozliczone za każdą godzinę świadczenia tych usług, obliczone na podstawie cen jednostkowych za każdą roboczogodzinę świadczenia tych usług, według cen zgodnych z ofertą wykonawcy. Wynagrodzenie to płatne będzie w terminie, o którym mowa w ust. 6, po dokonanych ostatecznym rozliczeniu kwartalnym świadczeniu tych usług zgodnie z zasadami przewidzianymi w załączniku nr 1 do umowy.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą w wysokości 341.640,00 zł netto / 420.217,20 zł brutto, w tym:

Cenę za 1 miesiąc usług ochrony osób i mienia (poz. 1.1. Formularza oferty) w wysokości 28.470,00 zł netto / 35.018,10 zł brutto.

Cenę za 1 h dodatkowych usług ochrony osób i mienia (poz. 2 Formularza oferty) w wysokości 18,00 zł netto / 22,14 zł brutto.

Cenę za 1 h dodatkowych usług ochrony VIP (poz. 3 Formularza oferty) w wysokości 25,00 zł netto / 30,75 zł brutto.

Cenę za 1 h dodatkowych usług konwoju (poz. 4 Formularza oferty) w wysokości 25,00 zł netto / 30,75 zł brutto.

Do oferty Odwołujący dołączył Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym podał 19 osób, w tym 4 kwalifikowanych pracowników ochrony.

Oferta drugiego wykonawcy została wyceniona na kwotę 647.110,43 zł brutto.

Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 500.000,00 zł netto.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia:

1. wysokości zaoferowanej ceny, wyjaśnienia powodów zaoferowania ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego, np. oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r., Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Ponadto Zamawiający wezwał do:

2. przedstawienia sposobu kalkulacji ceny pozycji 1.1. Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, biorąc pod uwagę wymagane kwalifikacje personelu, wymóg zatrudnienia minimum 30% personelu realizującego usługi w formie umowy o pracę, informację że minimalne wynagrodzenie wynosi 2 090,00 zł brutto oraz, że średnia liczba godzin w miesiącu wynosi 2 529.
3. wskazania numerów zezwoleń pracowników kwalifikowanych wskazanych w wykazie osób.
4. wyjaśnienia, czy pracownicy kwalifikowani wskazani w wykazie osób posiadają co najmniej 2 letnie doświadczenie na stanowisku pracownika ochrony zgodnie z VII pkt 5 SIWZ.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w określonym terminie wraz z dowodami. Odwołujący złożył wyliczenie dla 15 osób, co odpowiada wymogom Zamawiającego (okoliczność przyznana na rozprawie).

Pismem z dnia 4 sierpnia 2015 r., Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez wskazanie, w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić wymaganie Zamawiającego zgodnie z pkt 2 ppkt 4 i 5 Specyfikacji usług.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w określonym terminie, w których potwierdził, że wymagania w tym zakresie zostaną spełnione. Celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego Odwołujący powołał się m.in. na szerokie doświadczenie obu konsorcjantów w świadczeniu usług ochrony dotyczących obiektów użyteczności publicznej i imprez masowych.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający streścił opis podjętych czynności, a następnie wskazał, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Wskazano, że Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę. Jest ona niższa od szacowanej wartości zamówienia o 25,51% oraz od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu o 21,26%. Niezależnie od powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zawartymi w SIWZ.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba przy rozstrzygnięciu sprawy uwzględniła również rozkład ciężaru dowodowego wynikający z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego, w tym te złożone na rozprawie. Izba uznała wartość dowodową umów o pracę złożonych przez Odwołującego na okoliczność wykazania wysokości stawek rynkowych, jak również wartość dowodową kalkulacji kosztów pracy ponoszonych przez pracodawcę, złożonej dla potwierdzenia tego, że w wyliczeniach uwzględnione zostały wszystkie koszty, także osób dodatkowo przewidzianych do realizacji zamówienia. W ocenie Izby brak było podstaw do odmówienia tym dowodom wiarygodności, a Zamawiający nie przedstawił Izbie rzeczowych argumentów, które mogłyby podważać ich rzetelność, wiarygodność i wartość dowodową.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający – w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy – ma obowiązek podać w zawiadomieniu uzasadnienie faktyczne i prawne, swojej decyzji.

Analizując treść zawiadomienia z dnia 6 sierpnia 2015 r., Izba stwierdza, że Zamawiający uchybił powyższej powinności. Należy wskazać, że Zamawiający ograniczył się w istocie do ogólnikowego stwierdzenia, że odrzuca ofertę, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę. Dla uzasadnienia swojej oceny Zamawiający wskazał jedynie to, że cena jest niższa od szacowanej wartości zamówienia o 25,51% oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu o 21,26% oraz równie ogólnikowo stwierdził, że niezależnie od tego wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia.

Sama okoliczność powyższej różnicy procentowej w stosunku, czy to do szacunkowej wartości zamówienia, czy średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, nie może świadczyć automatycznie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju uproszczenie nie uzasadnia zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należy przy tym wskazać, że ustawodawca, jako wartość progową przyjął w art. 90 ust. 1 Pzp różnicę w wysokości 30%, która w stosunku do oferty Odwołującego nie zaistniała zarówno, co do wartości zamówienia, jak i w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Warto w tym miejsc przytoczyć przykładowo stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 343/15, gdzie wskazano, że *„automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej”*.

Z treści zawiadomienia nie sposób także wywnioskować, z jakich to powodów Zamawiający uznał, że wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia. Podobnie rzecz przedstawia się w stosunku do stwierdzenia, że udzielone wyjaśnienia miały potwierdzić rażący charakter zaoferowanej ceny. Słusznie argumentował Odwołujący, że treść zawiadomienia stanowiła w istocie streszczenie podjętych czynności, co wypełniło praktycznie całą treść pisma, oraz końcowo, jedynie ogólnikową ocenę, nie popartą żadnymi argumentami, które ocenę tę by wspierały. Zamawiający nie wskazał, co miałyby świadczyć o braku możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, ani nie zarzucił złożonym wyjaśnieniom żadnych wad, przykładowo, że były ogólnikowe, niewiarygodne, sprzeczne, niekompletne, bądź by złożone wraz z nimi dowody nie mogły przekonywać o realności dokonanej wyceny oferty. Zamawiający skwitował swoje stanowisko jedynie arbitralnym stwierdzeniem, które Izba uznała dodatkowo za błędne w kontekście wniosków wynikających z analizy złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, które nie sposób uznać za wyjaśnienia, które faktycznie mogłyby potwierdzać rażący charakter ceny. Są to bowiem wyjaśnienia rzeczowe, rozbudowane i szczegółowe, zawierające realne stawki i przekonujące wyliczenia, wraz ze wskazaniem wiarygodnych rozwiązań, które pozwoliły wykonawcy na zaoferowanie ceny na takim, a nie innym poziomie – wsparte przy tym złożonymi wraz z nimi dowodami. Izba wskazuje w tym miejscu, że Zamawiający faktycznie wyznaczył dla wykonawcy bardzo krótki okres czasu na udzielenie wyjaśnień (dwukrotnie w zasadzie czas ten mógł sprowadzić się nawet do kilku godzin). Trudno uznać taki sposób procedowania za właściwy. W okolicznościach, jakie Zamawiający stworzył wykonawcy do udzielenia odpowiedzi, złożone wyjaśnienia, wsparte przy tym dowodami, dodatkowo jawią się jako rzetelny i przekonujący materiał dowodowy.

Izba nie uznała argumentacji Zamawiającego, że z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mógł w uzasadnieniu odnieść się szczegółowo do kalkulacji Odwołującego. Argumentacja Zamawiającego przedstawiona na rozprawie przyjęła w istocie postać wyliczenia, czego w ocenie Zamawiającego zabrakło w tych wyliczeniach, a co powinno – zdaniem Zamawiającego – znaleźć się w odpowiedzi wykonawcy. Pomijając w tym miejscu fakt, że Zamawiający nie pytał, ani nie dopytywał szczegółowo o kwestie, które następnie wypunktowywał przeciwko ofercie Odwołującego, to skoro przedstawiane na rozprawie brakujące elementy miały faktycznie stanowić powód odrzucenia oferty Odwołującego, to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wcale nie stało naprzeciw możliwości ich przedstawienia w uzasadnieniu zawiadomienia. Zamawiający miał możliwość rozbudowania uzasadnienia swojej decyzji, chociażby poprzez wskazanie, czego w wyjaśnieniach brakuje, co jawi się jako niewiarygodne, czy niedostosowane do zamówienia, bądź, jakie stawki – bez podawania ich wysokości – są w jego ocenie nierealistyczne i dlatego końcowo cena całej oferty zostaje uznana za rażąco niską. Zamawiający nie

naruszyłyby tutaj tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero na etapie rozprawy Zamawiający sprecyzował motywy swojej decyzji, co powinno znaleźć się już w zawiadomieniu, tak by wykonawca wiedział, z jakich to powodów cena jego oferty została uznana za rażąco niską i odpowiednio to tego, by mógł podjąć obronę swojej oferty.

Rzetelne przedstawienie podstaw, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, jawi się tym bardziej konieczne, gdy weźmie się pod uwagę rozkład ciężaru dowodowego w przypadku zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania. W niniejszej sprawie podstawy decyzji Zamawiającego zostały natomiast *de facto* przedstawione dopiero na rozprawie przed Izba. Należy przy tym wyrazić wątpliwość, czy wszystkie z przedstawianych w toku postępowania odwoławczego argumentów stanowiły rzeczywiście podstawy decyzji Zamawiającego na moment jej podjęcia, czy też nie zostały dopiero skonstruowane na potrzeb niniejszego sporu. W treści wezwania Zamawiający zastrzegł, że poziom wynagrodzenia musi uwzględniać wysokość obecnej płacy minimalnej, podając jednocześnie jej wysokość. Odwołujący zastosował się do wytycznych Zamawiającego. Tymczasem, Zamawiający stwierdził, że rażące zaniżenie ceny uzasadnia m.in. to, że wykonawca nie uwzględnił prawdopodobnej podwyżki płacy minimalnej od 1 stycznia 2016 r., argumentując jednocześnie, o ile zwiększą się koszty wykonawcy po tej zakładanej podwyżce. Zamawiający wskazał na rozprawie pewne hipotetyczne zdarzenie z przyszłości – co do którego nie wskazywał w wezwaniu na potrzebę jego uwzględnienia, przeciwnie, opierając się na obecnej płacy minimalnej – przez pryzmat, którego już teraz dyskwalifikował cenę. Oczywiście, poziom płacy minimalnej musi być przestrzegany bezwzględnie, a perspektywa jego podwyższenia, a tym samym zwiększenia się kosztów wykonawcy, może być brana pod uwagę przy ocenie oferty, jeżeli nie zostały przewidziane mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia. W niniejszej sprawie Zamawiający nie dopytywał jednak w ogóle o te kwestie, podnosząc je dopiero na rozprawie. Odwołujący w sposób przekonujący wskazał, że ewentualna podwyżka płacy minimalnej, będzie pokryta z zakładanego zysku, którego poziom został w wyliczeniach wskazany.

Za równie przekonujące Izba uznała pozostałe argumenty Odwołującego przedstawione wobec okoliczności, które Zamawiający wypunktował na rozprawie dla uzasadnienia swojej decyzji. Dofinansowanie wskazane w pkt 2.4 kalkulacji stanowiło czynnik, który wykonawca mógł niewątpliwie uwzględnić przy kalkulacji swojego wynagrodzenia. Odwołujący złożył dowody, że z takiego dofinansowania korzysta. Trudno przyjmować arbitralne założenie, że w ramach tego kontraktu wykonawca nie będzie mógł korzystać z tego rozwiązania, które w sposób realny pozwala na obniżenie kosztów realizacji kontraktu. Zamawiający ograniczył się w tym zakresie do ogólnikowego argumentu.

Konfrontując to z treścią wyliczeń, wskazanego w nich zamiaru zatrudnienia osób niepełnosprawnych, z podaniem ich liczby i stopnia niepełnosprawności oraz z dowodami wskazującymi na to, że Odwołujący z powodzeniem otrzymuje dofinansowanie z tego tytułu, Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że wykonawca nie mógł w ramach kalkulacji ceny swojej oferty uwzględnić możliwości redukcji kosztów z uwagi na dofinansowanie, które przysługuje w przypadku zatrudniania osób niepełnosprawnych.

Kolejny argument Zamawiającego – dotyczący zastosowania przez wykonawcę jednej stawki zarówno dla osób wykwalifikowanych, jak i bez kwalifikacji oraz zatrudnianych na podstawie różnych umów – także nie uzasadniał uznania ceny oferty za rażąco niską. Istotne jest to, że wyliczenia wykonawcy – w tym zastosowane stawki – nie naruszają poziomu płacy minimalnej. To, że wykonawca także innym osobom, które nie będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, oferuje te same stawki nie czyni ceny jego oferty ceną rażąco niską. Odwołujący przedstawił przy tym rzeczowe argumenty i dowody, które pozwalały na uznanie, że przyjęte stawki, jak również uwzględnione koszty, odpowiadają realiom rynkowym – także dla pracowników wykwalifikowanych. Izba uznała argument Odwołującego, że Zamawiający nie powinien oceniać oferty przez pryzmat tego, że dla różnych osób zaoferowano tą samą stawkę. Wykonawcom przysługuje niewątpliwie określony zakres swobody w strategii budowania ceny. Oczywiście swoboda ta nie jest nieograniczona. Może mieć na nią wpływ szereg czynników, w tym związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia. W tej sprawie brak było podstaw, by uznać, że zastosowanie jednakowej stawki wykracza poza przynależną wykonawcy swobodę kształtowania swojej polityki biznesowej i strategii budowania ceny końcowej, a przede wszystkim brak było podstaw, by okoliczność tą czynić przesłanką, która mogłaby potwierdzać rażące zniżenie ceny oferty. Należy podkreślić jednocześnie, że wynagrodzenie za świadczenie usług podstawowych ma w tym postępowaniu charakter ryczałtu miesięcznego. Zamawiający także w tym zakresie ograniczył się do ogólnikowego argumentu, że zastosowanie tych samych stawek dla osób wykwalifikowanych i bez kwalifikacji skutkować będzie tym, że pracownicy z kwalifikacjami będą poszukiwać zatrudnienia u innego pracodawcy, co z kolei miałyby nie pozwolić na zachowanie wymogu rotacji. Jest to przede wszystkim założenie czysto teoretyczne i nieweryfikowalne w tym momencie. Nie sposób na jego podstawie zarzucać wykonawcy rażącego zniżenia ceny oferty. Odwołujący oferując stawki odpowiadające realiom rynkowym, co zostało w tej sprawie potwierdzone m.in. złożonymi dowodami w postaci umów o pracę, zamierzając jednocześnie angażować pracowników lub inne osoby w pełnym wymiarze czasu pracy, może zakładać stabilność zespołu, którym zamierza realizować przedmiot zamówienia. Hipotetyczna możliwość odejścia pracownika, co może zdarzyć się przy każdym kontrakcie, nawet przy stosowaniu stawek wyższych, nie stanowi argumentu przemawiającego za zasadnością zarzutu rażącego zniżenia ceny oferty. Izba

wskazuje przy tym, że o nierynkowym charakterze stawek Odwołującego nie mogły świadczyć w tej sprawie jedynie twierdzenia o średnim poziomie stawek, które zostały przedstawione Zamawiającemu przez inne podmioty rynkowe wskutek zapytania Zamawiającego. Informacje te, niezależnie od tego, że bardzo ogólne i nie wsparte dowodami, odnoszące się jednocześnie do ceny średniej i mogące stanowić element gry rynkowej, między konkurującymi na rynku podmiotami, nie mogły same w sobie przesądzać o tym, że stawki przyjęte przez Odwołującego nie są stawkami rynkowymi, a całkowita cena oferty jest rażąco zaniżona.

Równie krytycznie Izba oceniała pozostałe argumenty Zamawiającego, które miały przesądzać o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący przedstawił w tym zakresie przekonujące i rzeczowe kontrargumenty. Jak wskazano wcześniej, Izba uznała wyjaśnienia Odwołującego za kompleksowe i rzetelne. Zamawiający zadał ogólne pytanie, co do wyceny całościowej, nie formułował pytań o szczegółowe składniki czy to cen całkowitej, czy szczegółowe składniki pozycji 1.1. formularza oferty, w tym składniki dotyczące kosztów stałych. Zamawiający miał ku temu możliwość, jeżeli faktycznie w tym kwestiach upatrywał źródło wątpliwości, co do ceny Odwołującego. Mógł wystosować kolejne wezwanie szczegółowo rozpytując o składniki, które dopiero na rozprawie wskazał, jako składniki brakujące w wycenie. „Należy wskazać, że nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień (art. 90 Pzp) objęte jest kontrolą w toku postępowania odwoławczego, a także skargowego. Obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie zapytania do wykonawców w taki sposób, aby treść wyjaśnienia czyniła zadość uwarunkowaniom danego postępowania” (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 269/15).

W niniejszej sprawie wyjaśnienia Odwołującego, pomimo ogólnego zapytania Zamawiającego, w sposób obszerny obrazują kalkulację przyjętą do wyceny oferty, zawierają wskazanie okoliczności i rozwiązań, które pozwoliły na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oferty. W takiej sytuacji, brak jest w ocenie Izby, podstaw aby te wyjaśnienia dyskwalifikować, w szczególności z uwagi na zarzucane obecnie przez Zamawiającego braki uwzględnienia pewnych elementów, o które Zamawiający w ogóle nie pytywał szczegółowo. Zamawiający nie może więc teraz dowodzić swoich racji w oparciu o twierdzenia, że pewnych składników zabrakło, skoro w ogóle nie żądał od wykonawcy takiego poziomu szczegółowości odpowiedzi. Treść odpowiedzi determinowana jest pytaniami Zamawiającego. Tutaj Zamawiający ograniczył się jedynie do powielenia treści art. 90 ust. 1

Pzp. W odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją i Izba nie znajduje podstaw do podzielenia stanowiska Zamawiającego, że wyjaśnienia te potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Należy następnie wskazać, że dla oceny czy Zamawiający miał podstawy do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zasadnicze znaczenie miała cena całkowita oferty. Zamawiający w treści wezwania skupił się w zasadzie tylko na jednym głównym elemencie wyceny i cenę całej oferty oceniał w istocie końcowo tylko przez pryzmat tego elementu, a nie wszystkich elementów ceny oferty. Cenie końcowej oferty, mając na uwadze charakter przyjętego wynagrodzenia, nie można zdaniem Izby przypisać rażącego zaniżenia. Izba uznała wartość dowodową zarówno złożonych wyjaśnień przed Zamawiającym, jak również dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Dowody te potwierdzają, że cena końcowa może być uznana za cenę realistyczną, za którą da się wykonać należycie przedmiot zamówienia.

W niniejszej sprawie Izba nie znalazła także podstaw do uznania oceny Zamawiającego, że wykonawca za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zawartymi w SIWZ. Stwierdzenie Zamawiającego cechuje się arbitralnością i nie zostały przedstawione Izbie rzeczowe podstawy, które mogłyby czynić powyższy wniosek uprawnionym. Celnie argumentował przy tym Odwołujący, że wymagania z pkt 2 ppkt 4 i 5 Załącznika nr 1 dotyczą przyszłych zobowiązań wykonawców, których wykonanie będzie egzekwowane na etapie realizacji zamówienia. Należy wyrazić wątpliwość, czy powyższe kwestie w ogóle mieszają się w ramach podstawy odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). W niniejszej sprawie Odwołujący zaoferował zatrudnienie na umowę o pracę takiej ilości osób, która uwzględniała wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie czynił zastrzeżeń, co do zatrudniania osób niepełnosprawnych. Należy przy tym wskazać, że obecnie kładzie się nawet nacisk na potrzebę szerszego wykorzystywania przepisów ustawy Pzp, przewidujących tzw. klauzulę społeczne, w tym te dotyczące zatrudniania osób niepełnosprawnych (vide: Zalecenia Rady Ministrów dotyczące stosowania klauzul społecznych przez administrację rządową przy udzielaniu zamówień publicznych). W treści specyfikacji Zamawiający nie zastrzegł także zapisów, które pozwalałyby wywieść wniosek, że specyfika przedmiotu zamówienia, czy charakter i funkcje obiektu, wyłączają możliwość wykonywania zamówienia m.in. poprzez zaangażowanie osób niepełnosprawnych. Żadne obiektywne przesłanki, które uzasadniałyby w sposób niedyskryminujący zastosowanie tego rodzaju ograniczeń, nie zostały w tym zakresie wyspecyfikowane i należałoby je uznać obecnie za niedopuszczalne.

Zamawiający wymagając ponadto określonego poziomu zatrudnienia na umowę o pracę dopuszczał także, że w pozostałym zakresie wykonawca może kształtować współpracę z zaangażowanymi osobami na podstawie innych tytułów, w tym umów cywilnoprawnych. Skorzystanie z tej możliwości nie mogło samo w sobie podważać spełniania wymogu dotyczącego rotacji. Teoretyczne założenia, co do możliwości odejścia pracowników do podmiotów ofertujących wyższe stawki, także nie mogły stanowić argumentu, który przemawiałby za tezą o braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Analizując niniejszą sprawę Izba nie znalazła żadnych obiektywnych przesłanek, które pozwalałyby na wyprowadzenie wniosku, że w przypadku oferty Odwołującego nie zostanie zachowany wymóg dotyczący rotacji, bądź nie zostaną spełnione inne wymogi, które zagrażałyby prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w treści specyfikacji.

Reasumując, w ocenie Izby za potwierdzone należało uznać zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Naruszenie tych przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a tym samym spełniona została przesłanka warunkująca uwzględnienie odwołania, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp. Jedynie zarzut z pkt 2 odwołania, dotyczący nieprawidłowo przeprowadzonej procedury wyjaśnień, nie zasługiwał na uwzględnienie o tyle, że sama okoliczność podania błędnej podstawy prawnej nie może być równoznaczna z tym, że procedura ta nie została przeprowadzona. Zamawiający wystosował wezwanie, odwołał się do treści art. 90 ust. 1 Pzp, a Odwołujący złożył na to wezwanie odpowiednie wyjaśnienia i załączył dowody.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: