

Sygn. akt: KIO 1392/18

WYROK

z dnia 31 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Marii Zientary-Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn, Clean Service Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Marii Zientary-Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn, WPU Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Artyleryjska 3H, 10-165 Olsztyn, KMORDER Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Artyleryjska 3H, 10-165 Olsztyn**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku, ul. Bolesława Leśmiana 4, 21-040 Świdnik**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, Naprzód Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, Vendi Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **S4H Sp. z o.o., Clean Service Sp. z o.o., WPU Sp. z o.o., KMORDER Sp. z o.o.,**
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **S4H Sp. z o.o., Clean Service Sp. z o.o., WPU Sp. z o.o., KMORDER Sp. z o.o.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku, ul. Bolesława Leśmiana 4, 21-040 Świdnik** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **S4H Sp. z o.o., Clean Service Sp. z o.o., WPU Sp. z o.o., KMORDER Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku** na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **S4H Sp. z o.o., Clean Service Sp. z o.o., WPU Sp. z o.o., KMORDER Sp. z o.o.** kwotę **19 001 zł 75 gr** (dziewiętnaście tysięcy jeden złotych siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą Pzp” na: Usługi kompleksowe w zakresie utrzymania higieny szpitalnej w Szpitalu SP ZOZ w Świdniku - numer sprawy SPZOZ/ZP/271/06/04/2018. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 kwietnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 077-171947. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 6 lipca 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Clean Service Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, WPU Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie i KMODER Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, informację o odrzuceniu złożonej przez nich oferty (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum S4H”). Na czynność tę Odwołujący wniósł w dniu 16 lipca 2018 r. odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- 2) zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej: naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej mimo tego, że zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a nie zostać odrzucona;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum S4H z postępowania;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu;
- 3) nakazanie dokonania ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący podał, iż w wyniku podjętych przez Zamawiającego czynności doznał uszczerbku interesu faktycznego i prawnego, bowiem został pozbawiony możliwości realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, wówczas według kryteriów określonych w SIWZ, jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Pomimo braku racjonalnych podstaw do uznania ceny oferowanej Odwołującego za cenę rażąco niską oraz pomimo udzielenia przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę. W konsekwencji, oferta Odwołującego, pomimo tego, że jest najkorzystniejsza, nie została przez Zamawiającego wybrana. W efekcie, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości realizacji zamówienia i utracie możliwości osiągnięcia wynikających z tego korzyści oraz zysków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz której treść nie odpowiada treści SIWZ, nie zawiadamiając przy tym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. W związku z tym, działając na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp w dniu 19 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz sposobu jej obliczenia. Wezwanie Zamawiającego zawierało prośbę o przesłanie wyjaśnień dotyczących szczegółowej kalkulacji kosztów, zarówno osobowych jak i rzeczowych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 24 czerwca 2018 r., Odwołujący udzielił wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz wskazał szczegółową kalkulację ceny oferty z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego tj. kosztów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego. Jednakże tabela pn. Koszty związane z wynagrodzeniem wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa.

Odnosząc się do wezwania i wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny, Odwołujący zauważył, że Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 7 400 000,00 zł brutto, a oferta Odwołującego została skalkulowana na poziomie 7 142 364,00 zł brutto, co stanowi 96,52% wartości szacunkowej, 97,28 % drugiej w kolejności oferty i 89,74% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, przy czym cena jednej spośród czterech złożonych ofert jest dużo wyższa od pozostałych cen ofert, więc zawyża nieco średnią arytmetyczną. Nie występuje zatem przypadek zbliżenia się czy przekroczenia różnicy 30% pomiędzy szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, a ceną całkowitą oferty Odwołującego, która zobowiązywałaby Zamawiającego do wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wysokości ceny, ponieważ różnica jest niewielka, wynosi około 3%. Jednak Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, a Odwołujący ich udzielił w sposób szczegółowy, co Zamawiający potwierdził w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Pomimo udzielonych wyjaśnień, zgodnie z opracowaną przez Zamawiającego tabelą, wskazującą wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, cena oferty nadal budziła poważne wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ, obowiązującymi przepisami prawa, o czym poinformował w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zauważył, że to Zamawiający wzywając do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dołączył tabelę własnej konstrukcji i treści, na podstawie której dokonywał późniejszych czynności oceny. Odwołujący dostosowując się do treści wezwania uzupełnił tabelę o dane liczbowe oraz dokonał opisu poszczególnych pozycji tabeli. Zamawiający twórczo dokonał interpretacji danych z tabeli, co doprowadziło do niezgodnej z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty.

W ocenie Konsorcjum S4H skoro Zamawiający po udzielonych wyjaśnieniach miał nadal wątpliwości winien był wezwać ponownie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, aby je rozwiać, a nie odrzucać ofertę. Na potwierdzenie stanowiska w tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1143/15. Nadto wskazał także na wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 219/14, w którym Izba stwierdziła: *Zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy Pzp* i podniósł, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia wysokości ceny ofertowej w sytuacji, gdy różnica pomiędzy

ceną ofertową a szacunkową wartością zamówienia jest rzędu około 3%, stanowi przykład takiego nadużycia uprawnień.

W dalszej części pisma Odwołujący stwierdził, iż niedopuszczalne jest jedynie częściowe zastosowanie regulacji z art. 92 ust. 1 Pzp, tj. odrzucenie oferty bez dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przepis ten, w ocenie Odwołującego, wskazuje dwie odrębne czynności, które winny nastąpić po sobie, tj. wybór oferty i następujące po nim jednocześnie zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał czynności wyboru oferty, czym uchybił treści art. 92 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się szczegółowo do powodów odrzucenia jego oferty Odwołujący stwierdził m.in., iż Zamawiający wskazuje, że wypełniona tabela Odwołującego pn. *Koszty związane z wynagrodzeniem* - w pkt. 2 - pod poz. 2 „*Wynagrodzenia - personel sprawujący nadzór nad wykonywaną usługą*” zawiera średniomiesięczną liczbę godzin w wysokości 168 godzin, natomiast Zamawiający w odpowiedziach z dnia 18.05.2018 r., na zapytania do SIWZ (odpowiedź na pyt. 72 - tabela) potwierdził wymagania co do obsady osobowej, jaką ma zapewnić każdy Wykonawca w ilości minimalnej 305 godzin, tj. 1,82 etatu nadzoru. Zamawiający po dokonaniu wyliczeń uznał, że Odwołujący nie uwzględnił wymaganej średniomiesięcznej ilości godzin personelu sprawującego nadzór nad wykonywaną usługą. Zdaniem Odwołującego nie jest to zgodne ze stanem rzeczywistym ze względu na strukturę organizacyjną konsorcjum, reprezentowanego przez Odwołującego. Tabela przedstawiona do wyjaśnień - wiersz nr 2 zawiera jedynie informację o 1 etacie/168 godzinach - dla stanowiska „kierownik obiektu”. W konsorcjum, które reprezentuje Odwołujący za standard działania przyjęte jest przy tego rodzaju wielkości obiektach, że nadzór jest 2 stanowiskowy - 1 kierownik obiektu + 1 brygadzysta. Dodatkowy etat osoby nadzorującej, czyli tzw. brygadzysty, Odwołujący zawarł w godzinach pracy określonych przez Zamawiającego jako „personel sprzątający” - stanowisko brygadzisty należy do struktur pracowników liniowych, co zgodne jest z organizacją struktur kadrowych Odwołującego. Biorąc dane z tabeli dotyczące personelu sprzątającego Odwołujący przedstawił wyliczenie z którego wynika, iż przewidział 2 etaty nadzoru (7000h na miesiąc/168h (średnia ilość godzin na etat w miesiącu) - 41,67 et; 41,67 et, -1 etat brygadzisty = 40,67 et, dla pracowników sprzątających (Zamawiający wymagał zgodnie z odpowiedzią na pyt. nr 72 z dnia 18.05.2018 - 40,26 etat - różnica wynosi 0,41 et. - 69 h miesiąc); 1 etat kierownik obiektu +1 etat brygadzista = 2 etaty i 336 h miesiąc), co oznacza, że przewidział więcej o 0,18 etatu /31 h, niż wymagał Zamawiający. Rozbieżność w przedstawieniu informacji w tabeli wymaganej przez Zamawiającego związana jest zakresem pojęciowym stanowisk, gdyż jako samodzielny

nadzór traktowany jest zawsze kierownik obiektu, zaś brygadzysta z racji mniejszego zakresu odpowiedzialności wliczany jest do pracowników liniowych, pomimo, iż to stanowisko również jest odpowiedzialne za nadzór na obiekcie (w zakresie dostosowanym do potrzeb).

Następnie wykonawca Konsorcjum S4H wskazał, iż drugim zarzutem Zamawiającego jest przyjęcie przez Odwołującego niewłaściwego założenia, dotyczącego przewidzenia wystarczającej liczby godzin na zastępstwa, ponieważ przyjął 410 godzin, a zdaniem Zamawiającego winien przyjąć 580 godzin i dodatkowo 46 godzin, co łącznie daje minimum 626 godzin. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nadinterpretacji danych z tabeli, gdyż powołując się na art 154 § 1 i § 2 Kodeksu pracy i podając współczynnik urlopowy w wysokości nie mniejszej niż 7,94%, dokonał przeliczeń, wybiegających poza zakres danych podanych w wyjaśnieniach z dnia 24 czerwca 2018, a mianowicie: łączna ilość godzin pracy w miesiącu podana przez Odwołującego z uwzględnieniem nadzoru (suma poz. 1 i 2 tabeli) wynosi 7 168 roboczogodzin miesięcznie. Przy zastosowaniu współczynnika 7,94% powstaje wartość 570 godzin. Dodatkowo Zamawiający wyliczył urlop dla pracowników zastępczych w wysokości 46 godzin, co daje w sumie 616 roboczogodzin. W swoich wyliczeniach Zamawiający pominął pozycję 4 z tabeli, gdzie ujęto roboczogodziny na tzw. absencje chorobowe. W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej i zatrudniania pracowników trudno jest przewidzieć rzeczywistą ilość zdarzeń takich jak absencje chorobowe. Odwołujący podkreślił, że ma możliwość elastycznego przesuwania środków finansowych z absencji chorobowych na absencje urlopowe, gdyż środki przeznaczone na ich pokrycie nie są sztywno powiązane z paragrafami w budżecie, jest jak najbardziej możliwe przesuwanie środków pomiędzy kosztami, jakie wskazał w tabeli, co więcej koszty na poszczególne składniki płacowe są ponoszone, jeżeli wystąpią. Zsumowanie zatem poz. 4 i 5 tabeli, czyli kosztów zastępstwa, związanych z absencją chorobową i z urlopami, daje wynik 820 roboczogodzin. Odnosząc się do wyliczenia Zamawiającego, że Odwołujący winien był przyjąć w poz. 5 tabeli 626 godzin, a nie 410 godzin, Odwołujący stwierdził, że zapewnił wystarczającą ilość godzin na zastępstwa związane z urlopami, co wiąże się z przyjęciem założenia zmniejszenia ilości godzin na absencje chorobowe, czynnik trudny do przewidzenia, określony w ramach normalnego ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej. Zatem różnica pomiędzy sumą pozycji 4 i 5 z tabeli, a wyliczeniami Zamawiającego, to 194 godziny, które Wykonawca uwzględnił w wartości oferty.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dokonując daleko idącej analizy, przedstawił zaniżone wartości brzegowe, które bezpodstawnie przypisuje Odwołującemu, nie zważając, iż wartości podane w tabeli z wyjaśnień wyliczone są z pewnym buforem, który pozwala na poniesienie ryzyka związanego z wdrożeniem kontraktu bez ponoszenia

dotychczasowych kosztów operacyjnych. Kalkulacja ceny ofertowej zawsze niesie ze sobą ryzyko niedoszacowania, ale przy wartościach odbiegających od cen rynkowych rzędu 25 - 30% (zgodnie z przesłanką art. 90 stawy Pzp dotyczącą wystąpienia przestanek uznania ceny ofertowej za rażąco niską). W przypadku oferty Odwołującego jej wartość jest niższa zaledwie o 3,48% od wartości zamówienia i 1,52% od ceny oferty wykonawcy aktualnie świadczącego usługę sprzątnia.

W dalszej części wykonawca Konsorcjum S4H zauważył, iż trzecim i ostatnim zarzutem w zakresie nieprawidłowości wyliczenia ceny ofertowej są ogólne stwierdzenia, że Odwołujący przyjął „z punktu widzenia Zamawiającego - nierealne” założenia brzegowe dotyczące w szczególności wymiaru urlopów, braku obniżenia wymiaru czasu pracy z 8 do 7 (zgodnie z art. 15 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, skrócona norma czasu pracy dotyczy tylko osób zaliczonych do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, a w art. 16 ustawy znajdują się zapisy wyłączające stosowanie powyższych norm, co w przypadku pracy w jednostkach służby zdrowia jest normą) godzin oraz niewłaściwego przyjęcia liczby godzin na zastępstwa urlopowe. Odnosząc się do tego zarzutu Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wymogami SIWZ zatrudni pracowników do wykonywania przedmiotu usługi na zasadach opartych o Kodeks pracy, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Z przedstawionych ogólnikowo zarzutów wyłaniają się natomiast dwie kwestie dotyczące przedstawienia w tabeli niedoszacowania wymiaru godzin na nadzór i na zastępstwa urlopowe. KMORDER Sp. z o.o., odpowiedzialna w ramach konsorcjum za zatrudnienie osób niepełnosprawnych na potrzeby postępowania przyjęła średnie dofinansowanie do 1 etatu na poziomie 722 złotych. Spółka zatrudniająca kilkaset osób niepełnosprawnych, uzyskuje średnie dofinansowanie do 1 etatu przekraczające 1 tys. złotych. Wynika z tego, że kalkulując ofertę, konsorcjum zachowało daleko idącą ostrożność kosztorysową. Odwołujący podkreślił, że wycena oferty jest zawsze kwestią indywidualną, a ostateczna cena oferty jest wypadkową zarówno doświadczenia, wiedzy, jak i dostępnych danemu wykonawcy środków i czynników, które pozwalają obniżyć koszty wykonania zamówienia. Różnice pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejnymi ofertami złożonymi w postępowaniu są niewielkie, nie mówiąc już o przekroczeniu progu 30%. Nie sposób zatem stwierdzić, iż cena oferty Odwołującego może być uznana za rażąco niską. Cena oferty Odwołującego na tle szacunkowej wartości zamówienia i wykonawców, którzy złożyli oferty nawet nie jest niska, nie mówiąc już o rażąco niskiej. Różnice występujące pomiędzy ofertą Odwołującego a cenami ofert konkurencyjnych, czy wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego są, w ocenie Odwołującego, przejawem normalnego konkurowania wykonawców o uzyskanie zamówienia.

Odwołujący podał, iż w punkcie czwartym uzasadnienia odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że oferta winna być zgodna z Kodeksem pracy oraz z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847), a także z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 roku (Dz. U. z 2017 poz.1747) i powinna uwzględniać uprawnienia pracownicze, ponieważ Wykonawca wskazał, że personel wykonujący przedmiot usługi pozyska w oparciu o umowę o pracę. Odwołujący podkreślił, że w żadnym punkcie wyjaśnień ani oferty nie kwestionuje, że zatrudni pracowników do wykonywania przedmiotu usługi na zasadach opartych o Kodeks Pracy oraz zgodnie z przywołanymi przez Zamawiającego rozporządzeniami. Nie jest to jednak zarzut, więc doszukiwanie się intencji powyższego zapisu jest bezprzedmiotowe.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, iż przedstawione zarzuty doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i odrzucił ofertę na podstawie na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Dodatkowo wskazał, że oferta Odwołującego, jako nieobejmująca nadzoru w wymaganej przez Zamawiającego wielkości, podlega odrzuceniu, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ we wskazanym powyżej zakresie, czyli nie obejmuje godzin nadzoru w wymaganej przez Zamawiającego ilości i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Tymczasem Odwołujący wskazał prawidłowość odpowiedniej ilości godzin sprawowania nadzoru. Ponadto wyjaśnienia udzielane przy okazji wyjaśnień rażąco nisko ceny nie stanowią zmiany treści oferty. Wykonawca realizujący usługę winien stosować się do opisu przedmiotu zamówienia, w tym wypadku zapewnić odpowiednią ilość personelu obsługującego usługę sprzątania na rzecz Zamawiającego.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał szereg orzeczeń KIO wydanych w związku z odrzuceniem oferty na podstawie przestanki określonej w 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, korespondujących, w jego ocenie, z aktualnym stanem faktycznym, tj.: *„W obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje ciężar wskazania przez zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie popartych dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane), (wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt; KIO 436/15); „Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, (art. 90 ust. 3 Pzp - przypis własny) zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał, że dokonał oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast jako pierwszoplanową podstawę jej odrzucenia wskazał art 89 ust 1 pkt 4 ustawy, który*

zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał spełnienia tej przesłanki,” (wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2640/12); Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień) (KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15).

Nadto Odwołujący wskazał, iż złożona przez Odwołującego oferta jest niższa od oferty obecnego wykonawcy o 1,52 %, zatem domniemać należy, że oferta ta jest ze wszelkich miar poprawna. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby wykonawca obecnie realizujący usługę, za wynagrodzeniem miesięcznym na poziomie 150 tys. zł, kalkulował marżę na poziomie poniżej 2 %.

Pismem z dnia 18 lipca 2018 r., które zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Service sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Vendi Cleaning sp. z o.o. w Łodzi (dalej: „Konsorcjum Naprzód”), wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 30 lipca 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska, Zamawiający podał m.in., iż twierdzenia podniesione przez Odwołującego w treści odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na to, iż nie można zgodzić się z zarzutem, że Zamawiający zaniechał ponownego wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy - w mniemaniu Odwołującego - na skutek złożonych wyjaśnień cena oferty nadal budziła wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący zdaje się pomijać w swojej argumentacji brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp), zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie można zarzucać Zamawiającemu, że nie wezwał on ponownie Odwołującego do wyjaśnień, skoro to Odwołujący udzielił wyjaśnień, które interpretowane zgodnie z SIWZ, w sposób jednoznaczny prowadzą do wniosku, że wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. To na Odwołującym spoczywał ciężar przekonania Zamawiającego, że oferta złożona przez niego nie powinna zostać odrzucona, a Zamawiający nie ma obowiązku doszukiwania się w wyjaśnieniach

wykonawcy rozwiązań racjonalizatorskich czy organizacyjnych, które pozwalają Odwołującemu na realizowanie dwóch różnych rodzajowo zakresu prac przez tą samą osobę (w nawiązaniu do twierdzenia, jakoby brygadzysta jednocześnie wykonywał pracę liniową i nadzorował jej wykonanie przez pracowników liniowych) czy na bezpieczne finansowo przesunięcie absencji chorobowych na absencje urlopowe. Składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący miał szansę powołać się na istnienie takich okoliczności. Powinien to uczynić w terminie wskazanym przez Zamawiającego, albowiem późniejsze ich złożenie nie może konwalidować decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty (Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (w celu umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego - tak wyrok SO w Warszawie z 9.4.2010 r., IV Ca 1299/09, niepubl.].

Zamawiający stwierdził, iż argumentacja Odwołującego jest spóźniona. Zgodnie bowiem z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 27 grudnia 2017 r. (KIO 2509/17): *Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one 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 charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W podobnym tonie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 19 grudnia 2017 r., (KIO 2559/17): *Jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty. Jeszcze surowiej o roli wykonawcy w tym względzie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 19 grudnia 2017 r., (KIO 2586/17): *Wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.***

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy. Podobnie KIO w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 roku, (KIO 686/17): Powtórne wezwanie do wyjaśnień jest dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny, a także w wyroku KIO z 25 kwietnia 2017 r., (KIO 661/17): Wykonawca wezwany do wyjaśnień nie może tłumaczyć niewykazania realności ceny faktem, że zamawiający nie kierował do niego dodatkowych pytań i nie żądał podania szczegółów kalkulacji.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z treścią SIWZ, wyjaśnienia były bowiem, jego zdaniem, jednoznaczne. Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, a zatem brak było jakichkolwiek podstaw do kolejnego wzywania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Ponowne wezwanie Odwołującego - w tym przypadku - stanowiłoby niedozwolone negocjacje z Odwołującym, prowadzące w istocie do zmiany uprzednio złożonych wyjaśnień (oferty), a to z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Ponowne wezwanie jest możliwe wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, kiedy wyjaśnienia wymagają jedynie doprecyzowania (wyjaśnienia tego co już zostało wskazane), a nie dopisania nowej, uprzednio niewskazanej treści, która w dodatku pozostawałaby w sprzeczności z uprzednio złożonymi wyjaśnieniami. Zamawiający nie jest obowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień aż do czasu wykazania przez Odwołującego braku rażąco niskiej ceny oraz zgodności oferty z treścią SIWZ. Ponowne wezwanie nie może stanowić "ratowania" oferty, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 r., KIO 266/2018, w którym Izba orzekła: „*Żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na*

wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę "na pierwsze wezwanie". Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu." W ocenie Zamawiającego Odwołujący potwierdza ww. stanowisko, powołując w treści odwołania okoliczności, które nie były przedmiotem złożonych przez niego wyjaśnień. Odwołujący składając dodatkowe wyjaśnienia w odwołaniu, utwierdza jedynie w przekonaniu, że złożone przez niego wyjaśnienia nie pozwalały na przyjęcie, iż zaoferowała przez niego cena pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający podkreślił, że podnoszone przez Odwołującego w treści odwołania okoliczności, które nie były przedmiotem wyjaśnień, w ogóle nie powinny być brane pod uwagę. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny - tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2018 r. KIO 34/18, wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2010 r. sygn. KIO 2604/10. Izba winna ocenić treść wyjaśnień, jakimi dysponował Zamawiający oraz czynność ich oceny przez Zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu czy na rozprawie przed Izbą. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że składanie przez Odwołującego dopiero w odwołaniu i na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny i zgodności z SIWZ, nie może być wzięte pod uwagę przez KIO. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO (por.m.in. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2017 r. sygn. akt 1336/17 i wyrok KIO 28 lutego 2017 sygn. akt KIO 288/17).

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do orzeczeń KIO przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający podniósł, że nie mogą one mieć zastosowania w niniejszej sprawie, albowiem zostały one wydane na kanwie innych stanów faktycznych

a Odwołujący przywołał jedynie wyrwane z kontekstu fragmenty orzeczeń. Dotyczy to m.in. wyroku KIO z 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1143/15, wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. Zamawiający zauważył, że z orzecznictwa KIO wynika, iż ma on obowiązek dokładnie uzasadnić odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny. Z odwołania można wyprowadzić wniosek, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było wyczerpujące, wręcz drobiazgowo - nie można zatem zarzucać Zamawiającemu, że nie podał przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia Odwołującego za niedostateczne. Z tych m.in. względów, zdaniem Zamawiającego, także niezasadne jest przywołanie w odwołaniu treści uzasadnienia wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2011 r., KIO 2640/12.

Z ostrożności procesowej, Zamawiający zauważył, że argumentacja podniesiona w odwołaniu jest niezasadna nawet, gdyby uznać, że została zgłoszona we właściwym czasie. Wykonawca wskazuje bowiem, że miał prawo zadeklarować jedynie 168 godzin średniomiesięcznej liczby godzin pracy pracowników nadzorujących personel sprzątający w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, ponieważ rzekomo w konsorcjum, które reprezentuje Odwołujący za standard działania przyjęte jest przy tego rodzaju wielkości obiektach, że nadzór jest 2 stanowiskowy - 1 kierownik obiektu + 1 brygadzysta. Dodatkowy etat osoby nadzorującej, czyli tzw. brygadzysty, Odwołujący - jak twierdzi w odwołaniu - zawarł w godzinach pracy określonych przez Zamawiającego jako „personel sprzątający”. Dalej Odwołujący wywodzi, że odejmując od liczby etatów osób sprzątających (41,67) etat brygadzysty otrzymuje się liczbę 40,67 etatów osób sprzątających, co przewyższa minimalną liczbę etatów personelu sprzątającego (40,26). Dodając zaś etat brygadzysty do etatu kierownika obiektu, w pozycji nadzoru widnieją 2 etaty dające sumę 336 roboczogodzin na miesiąc. Tak sporządzony wykaz etatów jest jednak nieprawidłowy. Gdyby uznać twierdzenia Odwołującego podniesione w odwołaniu za prawidłowe, nic nie stało na przeszkodzie, aby znalazło to odzwierciedlenie w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego Zamawiającemu. W tym kontekście wyjaśnienia Odwołującego są całkowicie niezrozumiałe, nielogiczne i sugerują, że twierdzenia Odwołującego powołane dopiero w treści odwołania zostały „stworzone” wyłącznie na potrzeby obrony swojej oferty w postępowaniu. Z dostarczonych przez Odwołującego wyjaśnień, w ocenie Zamawiającego, nie wynika, aby zapewnił minimalną obsadę kadrową wymaganą SIWZ w zakresie nadzoru. Wypełniając tabelę konstrukcji Zamawiającego, w której należało wykazać odpowiednie zapewnienie etatów, wykonawca musiał mieć świadomość faktu, że zadeklarował w rubryce „personel nadzorujący” zbyt małą ilość roboczogodzin nadzoru miesięcznie (168 zamiast 305). Zamawiający nie mógł się domyślać zabiegów Odwołującego, polegających na rzekomym podziale obowiązków dwójakiego rodzaju w stosunku do jednej osoby - brygadzysty (zresztą niczym nie uzasadnionych). Otrzymując wyjaśnienia określonej treści, Zamawiający nie mógł

powziąć żadnych wątpliwości, co sugeruje Odwołujący. Nie ma także obowiązku wielokrotności wyjaśnień, jeżeli złożone wyjaśnienia są jednoznaczne i umożliwiają Zamawiającemu ocenę czy oferta zawiera rażąco niską cenę (sygn. akt KIO 189/15). Bezspornie bowiem z dokumentu tego wynikała okoliczność, że oszczędności wykonawcy wynikają z braku zapewnienia minimalnej obsady kadrowej. Żaden inny logiczny wniosek z pisma Odwołującego nie wynikał, stąd decyzja Zamawiającego mogła być tylko jedna - taką ofertę należało odrzucić, bez wzywania do złożenia dalszych wyjaśnień.

Zamawiający stwierdził, iż twierdzenia Odwołującego podniesione w odwołaniu jakoby wnioski Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ były „niezgodnie ze stanem faktycznym ze względu na strukturę organizacyjną konsorcjum reprezentowane przez Odwołującego”, są zgoła niezrozumiałe i wysoce abstrakcyjne. Zdaje się, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak wiedzy (niejako z urzędu) o strukturze organizacyjnej Odwołującego w sytuacji, gdy sam Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił Zamawiającemu mechanizmów tej struktury. Trudno wymagać od Zamawiającego „domyślenia się” znikąd niewynikających informacji. Dopiero w treści odwołania Odwołujący próbuje tłumaczyć swój „standard działania”, polegający na tym, że nadzór jest wykonywany dodatkowo przez tzw. brygadzystę - pracownika liniowego, „co jest zgodne z organizacją struktur kadrowych Odwołującego”. Warto zauważyć, że Odwołujący próbując „ratować” swoją ofertę posługuje się enigmatycznymi, niewiele znaczącymi sformułowaniami takimi jak: „struktura organizacyjna” czy „standard działania.” Abstrahując od tak tajemniczych wyjaśnień, zdaniem Zamawiającego nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący wpisał w odpowiedniej rubryce dotyczącej minimalnej ilości roboczogodzin w zakresie nadzoru, ilość roboczogodzin brygadzysty (który rzekomo również ma sprawować nadzór) lub chociażby złożył odrębnie, stosowne wyjaśnienia w tym zakresie. Twierdzenia Odwołującego składane w treści odwołania, w ocenie Zamawiającego, stoją w jaskrawej sprzeczności z treścią złożonych przez niego wyjaśnień i nie można im dać wiary. Trudno bowiem w logiczny sposób wytłumaczyć powód działań Odwołującego.

Zamawiający podniósł, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w treści odwołania są wysoce nieprzekonujące. Odwołujący nie wskazuje w jaki sposób ta sama osoba (brygadzysta) będzie mogła pogodzić ze sobą obowiązki pracownika liniowego z obowiązkami z zakresu nadzoru nad personelem sprzątającym ani czy nie będzie wykonywać obowiązków służbowych z naruszeniem przepisów prawa pracy, w szczególności przepisów dotyczących dopuszczalnego czasu pracy. Przypisanie jednej osoby do obowiązków różnego rodzaju byłoby dopuszczalne tylko wówczas, gdyby możliwe było ich wykonywanie jednocześnie. Z przyczyn natury faktycznej nie jest natomiast możliwe jednoczesne pełnienie nadzoru i wykonywanie czynności podlegających temu nadzorowi. W

takim wypadku któryś z tych obowiązków musi być zaniedbany, co sprawia, że nie można takiego sposobu realizacji usługi uznać za zgodny z SIWZ i sposobem wykonania zobowiązania (zgodnie z art. 355 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp, wykonawca zobowiązany jest dochować należytej staranności przy wykonaniu zamówienia, a zgodnie z art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego, zobowiązanie należy wykonać zgodnie z jego treścią i przyjętymi zwyczajami).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że obliczając koszt uzupełnienia ewentualnych absencji chorobowych i urlopowych ma możliwość elastycznego dofinansowania danych absencji, a ilość absencji chorobowych jest czynnikiem trudnym do przewidzenia, Zamawiający podkreślił, że wyjaśniając czynniki, które zdaniem Zamawiającego świadczą o rażąco niskiej cenie w ofercie, Odwołujący nie może ograniczyć się do pustych, niczym nieopartych stwierdzeń. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne i wyczerpujące ilekroć jest wzywany do rozwiania wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego o braku rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie świadczy fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest zbliżona do ceny wykonawcy obecnie realizującego zbliżoną usługę. To, że różni wykonawcy oferują zbliżone ceny (w różnych postępowaniach) a oferta cenowa jednego wykonawcy nie została uznana za rażąco niską, nie determinuje podobnej oceny w stosunku do drugiego wykonawcy. Każdy wykonawca dysponuje przecież innym potencjałem kadrowym, innymi metodami oszczędności, dofinansowaniami, zniżkami itp.

Zamawiający stwierdził również, że prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, w rubryce „personel nadzorujący” wskazał bowiem w sposób jednoznaczny i konkretny ilość deklarowanych przez niego roboczogodzin miesięcznie - 168. W treści załącznika nr 1 do SIWZ pkt 4 oraz w odpowiedzi na pytanie nr 72 do SIWZ z dnia 18 maja 2018 r., Zamawiający wymagał od wykonawców zapewnienia minimalnej ilości roboczogodzin miesięcznie w liczbie 305. Z treści wyjaśnień wynika, zdaniem Zamawiającego, w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości, iż Odwołujący nie zapewni wymaganej przez Zamawiającego minimalnej obsady osobowej w zakresie nadzoru. Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 Pzp), stąd oferta musi być bezwzględnie zgodna z treścią SIWZ, bowiem będzie miała przełożenie na treść umowy. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał niedostateczną ilość godzin nadzoru miesięcznie, realizowaną przez pracowników nadzoru, stąd dał on Zamawiającemu sygnał, że nie będzie realizował usługi w sposób odpowiedni. Treść oferty należy interpretować zgodnie z art. 65 §

1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, a zatem Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Z okoliczności, w których oferta została złożona, w szczególności z wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 Pzp, wynika zaś, że Odwołujący nie miał zamiaru realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem. Zamawiający miał zatem prawo do wyprowadzenia z treści oferty wniosku, że jest ona niezgodna z SIWZ, albowiem okoliczność ta istniała w chwili jej złożenia, a jedynie ujawniła się wraz ze złożeniem przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Jak wskazano w praktyce stosowania ustawy, stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ może nastąpić po analizie samej oferty. Czasami analiza oferty nie jest wystarczająca. Niekiedy dopiero wyjaśnienia wykonawcy składane w trakcie czynności badania ofert pozwalają na ustalanie szczegółów w zakresie ofertowanego przedmiotu zamówienia. Mogą to być wyjaśnienia składane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ZamPublU, ale również na skutek wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeśli w wyniku tych wyjaśnień zamawiający powziął informacje, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, ma obowiązek ofertę odrzucić (tak: Magdalena Fałkowska, Stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ po wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wyjaśnienie praktyczne w Legalis z 28.08.2017 r. do art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp). Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2257/17: Dokonywanie oceny zgodności oferty wykonawcy z SIWZ nie powinno być oparte wyłącznie na karcie katalogowej, bez weryfikacji jej treści w świetle innych dostępnych dokumentów lub wyjaśnień. Pojęcie oferty w Pzp należy rozumieć zatem szeroko. Jak wskazała KIO w wyroku z 15.10.2014 r. (KIO 2032/14, Legalis): *Ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie. Złożoną przez wykonawców ofertę należy czytać łącznie. Podobnie KIO w wyroku z 24 marca 2015 r., KIO 436/15: Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.* Tym samym, ocena zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie może być dokonana w oderwaniu od innych dostępnych dokumentów - wyjaśnień w zakresie ceny. Jeżeli na skutek wyjaśnień Odwołującego ujawnił się fakt, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, Zamawiający miał ustawowy obowiązek odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zamawiający nie może pominąć okoliczności, że Odwołujący nie zapewnia odpowiedniej, minimalnej obsady osobowej w zakresie nadzoru, nie dając tym samym gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Następnie Zamawiający podał, iż sprzeczność z SIWZ, która wynika z oferty Odwołującego (wykładanej wespół ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami), jest tego typu, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zgodnie bowiem z uchwałą KIO z dnia 18 września 2014 r., KIO/KD 79/14: *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 tej ustawy. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Podobnie w wyroku KIO z dnia 5 maja 2016 roku, KIO 585/16: *Ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości - zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb. Podobne stanowisko można odnaleźć także w wyroku z 24.5.2017 r. KIO 954/17, Legalis), w którym Izba wskazała: *Obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego, ale tylko w aspekcie przedmiotu zamówienia. Określenie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU). Skoro Odwołujący zaoferował realizację przedmiotowej usługi bez zachowania sposobu i warunków jego realizacji, które Zamawiający opisał w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 4 (minimalna obsada kadrowa), oferta ta stanowi ofertę niezgodną z SIWZ i podlega odrzuceniu.***

Następnie Zamawiający, przytaczając aktualne i poprzednie brzmienie przepisu, stwierdził, iż całkowicie niesłuszny jest także zarzut Odwołującego dokonania zawiadomienia o odrzuceniu oferty bez jednoczesnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem prawdopodobnie opiera się on na nieaktualnym brzmieniu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

przed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. Zamawiający dodał, iż w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r., KIO 1040/17, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do rozumienia art. 92 ust. 1 Pzp po wejściu w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r. stwierdziła, że *ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś w świetle nowelizacji Zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Analizując zmianę przepisu, zwrócić należy uwagę na usunięcie w art. 92 ust. 1 Pzp słowa "jednocześnie". Tym samym. Odwołujący błędnie interpretuje obecne brzmienie w/w przepisu, uznając, iż czynność wskazana w pkt 3 winna być poprzedzona czynnością wskazaną w pkt 1 - wyborem oferty najkorzystniejszej. Na marginesie Zamawiający zauważył brak jakiegokolwiek wpływu ww. rzekomego naruszenia Zamawiającego na wynik postępowania.*

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym treścią SIWZ oraz treścią oferty i wyjaśnień Odwołującego, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów i argumentów przedstawionych w odwołaniu, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

W ocenie Izby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Service sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Vendi Cleaning sp. z o.o. w Łodzi (dalej także: „Przystępujący” lub „Konsorcjum Naprzód”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania*

odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z tym wykonawca Konsorcjum Naprzód skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika ze zbiorczego zestawienia ofert zawartego w informacji Zamawiającego, złożonej wraz z dokumentacją postępowania, w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Dwie oferty tj. oferta Odwołującego z ceną 7 142 364,00 zł i Przystępującego (który, jak wynika z oświadczenia Odwołującego, przedstawionego na rozprawie, któremu Zamawiający i Przystępujący nie zaprzeczyli, aktualnie realizuje analogiczne usługi dla Zamawiającego) z ceną 7 348 708,80 zł, zawierają ceny poniżej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego, tj. kwoty 7 400 000,00 zł brutto, natomiast ceny dwóch pozostałych ofert są wyższe od tej kwoty.

Zamawiający i Przystępujący nie zakwestionowali ww. wyliczeń, przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu, w tym proporcji procentowych ceny jego oferty do cen pozostałych ofert oraz do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Umowa o zamówienie ma zostać zawarta na okres 48 miesięcy. Umowa przewiduje klauzulę waloryzacyjną wynagrodzenia.

Pismem z dnia 6 lipca 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie: art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp, stwierdzając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu zawiadomienia Zamawiający podał m.in., iż powziął wątpliwość, czy cena zaoferowana przez Konsorcjum S4H jest rażąco niska i dlatego, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 19 czerwca 2018 r., wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość jej ceny oraz sposobu jej obliczenia. Wezwanie zawierało prośbę o przesłanie wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów, zarówno osobowych jak i rzeczowych z uwzględnieniem kosztów:

- 1) wynagrodzenia personelu świadczącego usługę (zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na Zapytania do SiWZ z dnia 18.05.2018 r. - Pytanie 72, personel sprzątający w minimalnej obsadzie 40,26 etatów, osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę);
- 2) wynagrodzenia osób sprawujących nadzór nad wykonywaną usługą,
- 3) pozostałe wynagrodzenia pracownicze, podać jakie;

- 4) wynagrodzenia wynikające z zastępstw związanych z absencją chorobową,
- 5) wynagrodzenia wynikające z zastępstw związanych z udzielonymi urlopami;
- 6) pozostałe koszty pracownicze - koszt funduszu socjalnego (zgodnie z art. 5 i art. 5b ustawy z 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych);
- 7) pozostałe koszty pracownicze - koszt składki PFRON (zgodnie z art. 21 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych);
- 8) koszt obsługi pracowników - obsługa kadrowa, obsługa płacowa itp.;
- 9) koszt BHP - badania i szkolenia pracowników, zakup odzieży i obuwia ochronnego, pranie odzieży ochronnej (fartuchy), zakup rękawic itp.;
- 10) koszt zakupu materiałów i środków - środki czystościowe i higieniczne, środki dezynfekcyjne, materiały, sprzęt szybkozyszywający się, pozostałe materiały - wynikające z wymagań określonych w Załączniku Nr 1 do SIWZ;
- 11) koszt prania nakładek bawełnianych (mop) i ściereczek;
- 12) koszt dostarczenia i wymiany mat podłogowych,
- 13) koszt amortyzacji maszyn i sprzętu używanego do świadczenia usług kompleksowych;
- 14) inne – jakie.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż wykonawca Konsorcjum S4H w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 24 czerwca 2018 roku, udzielił wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz podał szczegółową kalkulację ceny oferty z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego, jednak przedstawiona kalkulacja kosztów związanych z wynagrodzeniem wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa, a mianowicie:

- 1) Tabela Wykonawcy Koszty związane z wynagrodzeniem - pkt. 2 - Wykonawca wskazał w w/w tabeli pod poz. 2 „Wynagrodzenia- personel sprawujący nadzór nad wykonywaną usługą;” średniomiesięczną liczbę godzin w wysokości 168 godzin, zaś Zamawiający w odpowiedziach z dnia 18.05.2018 roku na Zapytania do SIWZ (odpowiedź na pyt. 72 - tabela) potwierdził minimalne wymagania, co do obsady osobowej, jaką ma zapewnić każdy oferent. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pyt. 72, Wykonawca celem poprawnego zrealizowania zamówienia powinien zaoferować i uwzględnić w kalkulacji obsadę osób nadzorujących w ilości minimalnej 305 godzin tj. 1,82 etatu nadzoru oraz zatrudnienia personelu sprząającego w minimalnej obsadzie 40,26 etatów (etaty te nie obejmowały zastępstw urlopowych). Jest to warunek brzegowy, który każdy Wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji ceny, zatem, w ocenie Zamawiającego, Konsorcjum

S4H w kalkulacji ceny oferty nie uwzględniło wymaganej przez Zamawiającego średniomiesięcznej ilości godzin personelu sprawującego nadzór nad wykonywaną usługą,

- 2) Tabela Wykonawcy Koszty związane z wynagrodzeniem - poz. 5 - Wykonawca wskazał „Wynagrodzenia - personel zastępstwa związane z udzielonymi urlopami” średniomiesięczną liczbę godzin w wysokości 410 h. Wykonawca winien uwzględnić zastępstwa urlopowe zgodnie z art. 154 § 1 i § 2 Kodeksu pracy. Na podstawie tego przepisu oraz podanych przez Wykonawcę w kalkulacji ceny oferty liczby roboczogodzin, Wykonawca powinien uwzględnić średni współczynnik urlopowy w wysokości nie mniejszej niż 7,94 %. W ocenie Zamawiającego należy wskazać dla personelu zastępstw - w związku z udzielonymi urlopami dla pracowników „stałych” - liczbę co najmniej 580 h. Zamawiający skalkulował tę wartość, biorąc jako podstawę średniomiesięczną liczbę godzin dla personelu sprząającego określonego przez Wykonawcę na poziomie 7000 h i średniomiesięczną liczbę godzin dla personelu sprawującego nadzór - 305 h (brzegowa ilość wymagana przez Zamawiającego), co daje razem 7.305 h. Średniomiesięczna liczba godzin pracy dla pracowników personelu zastępującego, wyliczona przez Zamawiającego, w oparciu o takie założenia, powinna wynosić 580 h w skali miesiąca (a więc powinna równoważyć liczbę godzin urlopowych pracowników „stałych”). Następnie Zamawiający wskazał, iż w kalkulacji ceny oferty winna być ujęta średniomiesięczna liczba godzin (dla personelu przyjętego na zastępstwa urlopowe pracowników „stałych”) co najmniej w liczbie 46 h. Biorąc pod uwagę wskazane przez Zamawiającego wartości: tj. 580 godzin i dodatkowo 46 godzin, w Tabeli Wykonawcy Koszty związane z wynagrodzeniem w tym zakresie zamiast podania 410 godzin powinno być podane minimum 626 godzin. Zamawiający stwierdził również, iż podaną powyżej wartość skalkulował przy najbardziej korzystnych dla Wykonawcy (z punktu widzenia Zamawiającego - nierealnych) założeniach brzegowych:
- a) przyjęto, iż każdemu pracownikowi przysługuje tylko 20 dni urlopu wypoczynkowego w skali roku, tak więc wśród pracowników nie ma osób zatrudnionych co najmniej 10 lat (art. 154 §1 KP),
 - b) każdego pracownika obejmuje 8- godzinna dobową normę czasu pracy,
 - c) żadnemu pracownikowi nie obniżono dziennej normy czasu pracy (z 8 do 7 godzin) oraz nie uwzględniono dodatkowego urlopu wypoczynkowego (10 dni) związanego z niepełnosprawnością pomimo wskazania przez Wykonawcę dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, w wysokości 31.000,00 zł, co świadczyć może o tym, że przy wykonaniu przedmiotu umowy na rzecz Zamawiającego, usługi świadczyć będą osoby niepełnosprawne, którym przysługują w/w uprawnienia,

- d) Zamawiający przyjął miesięczny średni współczynnik urlopowy w wysokości 7,94 %, przy założeniu, że: 20 dni urlopu x 8 h, daje 160 h w skali roku; 251,75 dni robocze w roku x 8 h, daje 2014 h w skali roku, czyli $160/2014$ h wynosi 7,94 %,
- e) średniomiesięczna liczba godzin urlopu dla personelu „stałego” została obliczona przez Zamawiającego w następujący sposób : 7.305 godzin x 7,94 % = 580 godzin,
- f) średniomiesięczna liczba godzin urlopu dla personelu przyjętego na zastępstwa urlopowe pracowników „stałych” została obliczona przez Zamawiającego w następujący sposób: 580 godzin x 7,94 % = 46 godzin.

Zamawiający zauważył, że oferta złożona przez Wykonawcę winna być zgodna z Kodeksem pracy oraz z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847) oraz z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz. U.2017.1747), powinna uwzględniać uprawnienia pracownicze, ponieważ Wykonawca wskazał, że personel wykonujący przedmiot usługi pozyska w oparciu o umowę o pracę.

Na podstawie powyższego, Zamawiający stwierdził, iż cena podana przez Wykonawcę jest ceną rażąco niską, albowiem nie pokrywa wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. W konsekwencji Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie oferta tego Wykonawcy, jako nieobejmująca nadzoru w wymaganej przez Zamawiającego wielkości, podlega odrzuceniu, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ we wskazanym powyżej zakresie, czyli nie obejmuje godzin nadzoru w wymaganej przez Zamawiającego ilości.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że podtrzymał zasadność zastrzeżenia wyjaśnień oferty Wykonawcy z dnia 24 czerwca 2018r. w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie zostały przez Zamawiającego ujawnione do publicznej wiadomości i w związku z tym nie zostały udostępnione pozostałym uczestnikom postępowania przetargowego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ze względu na zastrzeżenie przez Odwołującego, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez niego wyjaśnień na wystąpienie Zamawiającego w związku z podejrzeniem w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty, które Odwołujący odtajnił jedynie w części, w zakresie związanym z odwołaniem, Izba nie może w uzasadnieniu wyroku w sposób szczegółowy i pełny odnieść się do

zastrzeżonych wyjaśnień. Nie wpływa to jednak na możliwość oceny zasadności zarzutów odwołania.

Następnie zauważenia wymaga, iż z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz uzasadnienia odwołania wynika, iż oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Jeden element stanu faktycznego przyjęty przez Zamawiającego, w wyniku dokonanej przez niego analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, na wystąpienie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, tj. uwzględnienie, w ocenie Zamawiającego, jednej zamiast dwóch osób nadzoru, jest wspólny dla obydwu ww. przesłanek odrzucenia oferty.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzeka co do zarzutów zawartych w odwołaniu. *Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej - o ile podstawę prawną można często wywieść z prawidłowo opisanego uzasadnienia faktycznego, to braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne - uzasadnienie faktyczne określa granice rozpoznania zarzutów odwołania.* (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 r. KIO 1102/17).

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, z którego wynika, iż odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast prezentuje stanowisko, podobnie jak Zamawiający, który odniósł się merytorycznie do wszystkich zarzutów odwołania, w tym do zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z SIWZ, że odwołanie zawiera zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający kładzie nacisk na przedstawienie argumentacji w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, wskazując, że otrzymana kalkulacja kosztów związanych w wynagrodzeniem (tabela wykonawcy Koszty związane z wynagrodzeniem) ma „*wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego*” co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa, a następnie stwierdzając, iż z uwagi na przedstawione w tabeli, złożonej w wyjaśnieniach, dane w zakresie osób nadzoru oraz zastępstwa chorobowego, oferta zawiera rażąco niską cenę. W odniesieniu do liczby osób nadzoru, Zamawiający dodatkowo wskazuje również na przesłankę, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia jego oferty. Wprawdzie w petitum odwołania Odwołujący nie wskazał zarzutu w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednak wskazał na naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, które jego zdaniem nastąpiło poprzez

zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Nadto treść uzasadnienia odwołania wskazuje na jego ściśle powiązanie ze sposobem uzasadnienia, przedstawionym przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Odwołujący w odwołaniu kwestionuje istnienie podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podaje obie przesłanki odrzucenia oraz kwestionuje ich zaistnienie w odniesieniu do jego oferty, wykazuje, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, że przewiduje zgodną z SIWZ ilość godzin sprawowania nadzoru.

W zawiązku z powyższym Izba rozpatrując odwołanie badała je z uwzględnieniem jego całej treści oraz wynikającego z niej kwestionowania przez Odwołującego istnienia, wskazanych przez Zamawiającego, podstaw do odrzucenia jego oferty.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Przepisy te wskazują, że ocena w zakresie rażąco niskiej ceny dokonywana jest z uwzględnieniem ceny oferty, a nie wyłącznie jednego czy dwóch spośród wielu elementów składowych kalkulacji ceny oferty i jest dokonywana w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i w doktrynie przyjmuje się, że *występuje ona m.in., gdy jest nierealistyczna, gdy nie budzi wątpliwości, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie za nią przedmiotu zamówienia byłoby nieopłacalne, gdy różnica cen nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi okolicznościami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne* (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 – LEX nr 552013). Chodzi w tym zakresie zatem o cenę rażąco niską, a nie jedynie niższą od ceny innych ofert.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, w tym naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach kognicji Izby mieści się ocena czynności zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów, stanowiących wzorce kontroli dla czynności podejmowanych w toku procedury. Wystąpienie o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które powinno być oparte na obiektywnych przesłankach powstania wątpliwości, co do realności ceny oferty, służy do uzyskania

konkretnych informacji celem rozwiania uzasadnionych wątpliwości zamawiającego czy zaoferowana cena umożliwi realizację zamówienia bez straty dla wykonawcy, czy została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, z zapewnieniem zysku dla wykonawcy z danego zadania. Izba w obecnym składzie podziela stanowisko zaprezentowane w ww. wyrokach przywołanych przez strony postępowania, z których wnika m.in., iż zamawiający przy ocenie wyjaśnień winien kierować się zasadami logiki, posiadaną wiedzą i znajomością rynku, w zakresie którego udziela zamówienia, a w wyniku ich negatywnej oceny, powinien wykazać przyczyny, dla których wyjaśnienia uznaje za niedostateczne, przy czym chodzi o obiektywnie powstałe zastrzeżenia. Izba podziela również stanowisko, iż nie ma przeszkód, aby zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, np. w sytuacji, gdy z otrzymanych wyjaśnień wynika ku temu podstawa. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba oceniła treść wyjaśnień, jakimi dysponował Zamawiający oraz czynność ich oceny przez Zamawiającego.

Jak wynika z oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego jego wystąpienie do Odwołującego o wyjaśnienia wynikało z tego, iż cena oferty Odwołującego jest o około 6 000,00 zł miesięcznie niższa niż cena aktualnie płacona przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy realizującego obecnie przedmiotowe usługi i może się okazać za małą na zakup niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, np. środków czystościowych, wymiany mat itd. Zamawiający zakładał, że elementy kosztotwórcze, dotyczące wynagrodzenia, są zgodne z wymogami SIWZ i z kodeksem pracy. Zauważenia wymaga, iż wystąpienie o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zawiera wskazania na istnienie wątpliwości Zamawiającego w powyższym zakresie. Treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty wskazuje natomiast, że wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie nie potwierdziły się, lecz pojawiły się wątpliwości w zakresie kosztów przyjętych w ofercie, związanych z zatrudnieniem.

W ocenie Izby złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie można uznać za lakoniczne i gołostowne. Zostały one sporządzone w sposób wymagany przez Zamawiającego, z wykorzystaniem wzoru tabeli opracowanej przez Zamawiającego, odnoszą się one do wszystkich składników w niej wymienionych. Dodatkowo, poza tabelą, zawierają szereg informacji w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Nie można także przyjąć, iż ich ocena prowadzi do wniosku, iż potwierdzają one wystąpienie w ofercie rażąco niskiej ceny. Wynika to także ze stwierdzenia Zamawiającego zawartego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający wskazał, iż treść wyjaśnień budzi jego poważne wątpliwości, nadto zastrzeżenia ma w odniesieniu do dwóch, z szeregu żądanych przez niego do wyspecyfikowania w tabeli, składników kosztotwórczych tj. ilości roboczogodzin osób nadzoru oraz kosztów przyjętego wynagrodzenia zastępstwa urlopowego. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż z wyjaśnień

złożonych przez Odwołującego, jego zdaniem, jednoznacznie wynika, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Ze stanowiska zaprezentowanego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz z pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wynika, że Zamawiający dokonał analizy jedynie wybranych pozycji tabeli, pomijając pozostałą treść wyjaśnień, w tym te, w których Odwołujący, odnosząc się do nadzoru, używał liczby mnogiej, jak również tych, w których w tabeli Odwołujący przewidział taką samą liczbę godzin na zastępstwo chorobowe jak na zastępstwo urlopowe. Zamawiający stwierdził na rozprawie, iż wprowadzając do tabeli pozycję dotyczącą zastępstwa chorobowego chciał jedynie mieć wiedzę, czy została ona przyjęta do kalkulacji ceny oferty. Z zaprezentowanego przez Zamawiającego stanowiska, wynika, że nie wykorzystał jej do dalszych analiz.

Zamawiający wymagał w opracowanej przez siebie tabeli podania średniomiesięcznej liczby godzin zatrudnienia i stawek godzinowych, przy czym w zakresie zatrudnienia, o którym mowa w poz. 1 była to liczba m.in. 6832 godzin (według wyliczeń Odwołującego, której Zamawiający ani Przystępujący nie zakwestionowali), zaś w poz. 2 – 305 godzin, odpowiadająca wymiarowi etatu 1,82 miesięcznie.

Jak wynika z zestawienia przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie: „*Badanie ofert – S4H Sp. z o.o.*” Zamawiający uznał, iż Odwołujący niedoszacował w swojej ofercie 137 średniomiesięcznej liczby godzin w zakresie wynagrodzenia personelu sprawującego nadzór nad wykonaniem usługi, bowiem w poz. 2 tabeli, zawartej w wyjaśnieniach, złożonych na wystąpienie w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, wstawił średniomiesięczną liczbę 168 godzin, zamiast wymaganej liczby 305 godzin, co przy przyjętej przez Odwołującego w poz. 2 stawce 17 zł brutto, po jej ubruttowaniu daje stawkę w kwocie 19,70 zł, zaś w skali miesiąca stanowi 2 698,90 zł netto, a w skali całej umowy, przewidzianej na okres 48 miesięcy, stanowi 129 547,20 zł. Jednocześnie w zestawieniu tym Zamawiający wskazał zgodnie z rzeczywistością, iż tabela w pozycji 1 zawiera średniomiesięczną liczbę 7000 godzin personelu zatrudnionego na umowę o pracę ze stawką 12,50 zł brutto, co po dokonanych przez Zamawiającego ubruttowaniu oznacza stawkę 15,07 zł, miesięczną wartość netto 105 490,00 zł i w skali całej umowy – wartość 5 063 520,00 zł, z zaznaczeniem, iż w zakresie tej pozycji nie ma zastrzeżeń. Liczba 7000 godzin podana przez Odwołującego o 168 godzin przekracza minimalną określoną przez Zamawiającego.

Analiza treści pisma z dnia 24 czerwca 2018 r., zawierającego wyjaśnienia Konsorcjum S4H, złożonego na wystąpienie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje, że zamieszczona w piśmie tabela, sporządzona według wzoru opracowanego przez

Zamawiającego, pn. Koszty związane z wynagrodzeniem, pod poz. 2 „Wynagrodzenia - personel sprawujący nadzór nad wykonywaną usługą” zawiera średniomiesięczną liczbę godzin w wysokości 168 godzin. Jednakże w części opisowej pisma zawarte jest w tym zakresie m.in. stwierdzenie, że „w zestawieniu uwzględniono stanowiska osób nadzorujących usługi, którzy są zatrudnieni na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu”, a więc, że Odwołujący przewidział do pełnienia nadzoru więcej niż jedną osobę, przy czym każda z nich ma być zatrudniona na umowę o pracę. Jak wynika z treści prezentowanego stanowiska, umknęło to uwadze Zamawiającego. Tymczasem wskazuje to, że treść wyjaśnień w tym zakresie, wbrew stanowisku Zamawiającego, zaprezentowanemu w toku postępowania odwoławczego, nie wskazuje jednoznacznie na to, iż Odwołujący przewidział tylko jedną osobę do pełnienia nadzoru zatrudnioną w pełnym wymiarze etatu. Przeciwnie, wskazuje, że tych osób jest więcej niż jedna.

Z uwagi na konstrukcję tabeli, w której podstawowe koszty związane z wynagrodzeniem zostały ujęte w pozycjach od 1 do 5 i odnoszą się do: wynagrodzenie – personel zatrudniony na umowę o pracę, wynagrodzenie – personel sprawujący nadzór nad wykonywaną usługą, pozostałe wynagrodzenie – podać jakie, dodatek za prace w nocy, wynagrodzenie – personel zastępstwa związanego z absencją chorobową, wynagrodzenie – personel zastępstwa związanego z udzielonymi urlopami, należy przyjąć, iż podstawowe zatrudnienie ujęte jest w pozycji 1 oraz – w zakresie nadzoru – w pozycji 2 tabeli. W każdej z pozycji wykonawca miał podać m.in. miesięczną wartość netto wynagrodzenia, która miała być obliczona z uwzględnieniem podanej w tabeli średniomiesięcznej liczby godzin i stawki roboczogodziny oraz podać sumę miesięcznych wartości netto z tych pięciu pozycji z uwzględnieniem dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób z orzeczeniem o niepełnosprawności.

Wobec konstrukcji tabeli i celu jej wprowadzenia tj. wyjaśnienia podejrzeń Zamawiającego, co do rażąco niskiej ceny oferty (a nie wyjaśnienia treści oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ), w ocenie Izby, sposób jej wypełnienia determinowany jest wielkością stawki personelu. Nie zostało wykazane, aby istniał wymóg, aby każda z osób nadzoru miała być wynagradzana według tej samej stawki. W związku z tym za wiarygodne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż jedna z osób przewidzianych do pełnienia nadzoru, została uwzględniona w poz. 1 tabeli.

W sytuacji, gdy jedna z osób wynagradzana jest według stawki podanej w pozycji 2 tabeli, zaś druga z tych osób, jest wynagradzana według stawki podanej w poz. 1 tabeli, taki sposób kalkulacji w zakresie wynagrodzenia należy uznać za właściwy. W konsekwencji wstawienie w poz. 2 liczby 168 godzin, przyporządkowanej do osoby wyżej opłacanej, zaś w poz. 1 liczby 168 godzin, przyporządkowanej do osoby opłacanej według niższej stawki

(uwzględnionej w liczbie 7000 godzin, która, jak wynika z wyżej przedstawionych wyliczeń Odwołującego, niezakwestionowanych przez Zamawiającego i Przystępującego, o 168 godzin przekracza minimalną liczę godzin), w zestawieniu z informacją podaną przez Odwołującego w części opisowej wyjaśnień, należy uznać za wzajemnie się uzupełniające.

Za wiarygodne w związku z tym należy również uznać wyliczenie, przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu, z którego wynika, iż uwzględnienie przez Odwołującego w kosztach złożonej oferty 2 etatów, tj. 336 h miesięcznie, oznacza przekroczenie minimalnego wymiaru etatu o 0,18 etatu/31 h, a nie brak części etatu, przy czym w tym zakresie tj. co do liczby etatu, a w konsekwencji w zakresie oceny zgodności z SIWZ, bez znaczenia już pozostaje wysokość stawki wynagrodzenia przysługująca poszczególnym osobom z nadzoru.

Tym samym, w ocenie Izby, nie potwierdza się stwierdzenie, iż Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie 137 godzin nadzoru i w związku z tym istnieje niedoszacowanie ceny oferty z tego tytułu o 129 547,20 zł. Nie występuje także niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ, która wynika, zdaniem Zamawiającego, z mniejszej niż wymagana przez niego, liczby godzin nadzoru. Jak zostało wyżej przedstawione, z pisemnych wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego, wynika, iż przewidział on większy a nie mniejszy, niż wymagany, wymiar zatrudnienia w zakresie nadzoru.

Izba nie podziela w tym zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do braku możliwości takiej kalkulacji w zakresie wynagrodzenia oraz możliwości pełnienia nadzoru przez osobę z personelu liniowego. Jak zostało wykazane, wyjaśnienia i tabela miały służyć wyjaśnieniu czy podejrzenia Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny oferty są uzasadnione, a ich celem było przedstawienie kalkulacji ceny oferty. Nie zostało wykazane w postępowaniu, aby osoba z personelu nadzoru wynagradzana jak personel liniowy, wykonywała pracę personelu liniowego, jak też, że stawka wynagrodzenia poszczególnych osób z personelu nadzoru musi być taka sama. Jak zostało wyżej zauważone, celem wyjaśnień składanych na wystąpienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest wykazanie braku lub potwierdzenie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, w tym wysokość kosztów związanych z zatrudnieniem personelu, a nie sposób organizacji pracy tego personelu oraz sposób jego wynagradzania przyjęty przez wykonawcę. Okoliczność, iż Odwołujący, z uwagi na stawkę wynagrodzenia, uwzględnił godziny jednej z osób w pozycji pierwszej tabeli, zamiast wprowadzenia modyfikacji w pozycji drugiej tej tabeli, polegającej na uwzględnieniu w niej dwóch stawek, wskazuje na formalny aspekt wypełnienia tabeli, a nie niezgodność oferty z SIWZ. Stosownie natomiast do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy*, który stanowi, iż *zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne*

omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie należy również przywołać ww. orzeczenia KIO wskazane przez strony, w tym te, z których wynika, iż oświadczenia woli należy interpretować z uwzględnieniem art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, tj. że należy je tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego oraz utrwalone zwyczaje oraz, że treść oferty należy oceniać z uwzględnieniem jej definicji zawartej w art. 66 k.c. czyli zgodności oświadczenia woli z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Tym samym w ocenie Izby potwierdziły się zarzuty dotyczące bezzasadnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący zamierza zapewnić nadzór tylko w wymiarze 168 godzin. Zamawiający bezrefleksyjnie ocenił treść otrzymanych wyjaśnień. Koncentrując się na treści wypełnionej tabeli nie dostrzegł informacji, zawartych w części opisowej wyjaśnień, gdzie zostało wskazane, iż nadzór stanowi więcej niż jedna osoba, że każda z tych osób jest zatrudniona w pełnym wymiarze w ramach stosunku pracy. Oznacza to, że z treści wyjaśnień w sposób nieuprawniony wywiódł podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, iż z okoliczności w których oferta została złożona, w szczególności z wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 Pzp wynika, że Odwołujący nie miał zamiaru realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem w tym zakresie tj. nie miał zamiaru wykonywania zamówienia przy zatrudnieniu osób nadzoru, co najmniej w wymaganym wymiarze etatu. Z treści wyjaśnień czytanych jako całość wynika bowiem, że Odwołujący przewidział do pełnienia nadzoru więcej niż jedną osobę, z których każda zatrudniona w pełnym wymiarze etatu.

Drugą z okoliczności, która zdaniem Zamawiającego, przemawiała za uznaniem istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, było zniżenie o 216 średniomiesięcznej liczby godzin wynagrodzenia zastępczego związanego z udzielonymi urlopami, co odpowiada kwocie 3 261,78 zł netto miesięcznie i kwocie 156 565,43 zł w skali 48 miesięcznej umowy.

Jak wynika z zestawienia przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie: „Badanie ofert – S4H Sp. z o.o.” Zamawiający uznał, iż Odwołujący niedoszacował w swojej ofercie 216 średniomiesięcznej liczby godzin w zakresie wynagrodzenia personelu sprawującego nadzór nad wykonaniem usługi, bowiem uwzględnił w kalkulacji ceny oferty 410 godzin, a zdaniem Zamawiającego, powinien przyjąć 580 godzin i dodatkowo 46 godzin, co łącznie dało 626 godzin. Jak wynika z twierdzeń Zamawiającego do wyliczenia tej wielkości, przyjął on zamiast wielkości z poz. 1 i 2 tabeli, tj. zamiast 7 168 wielkość 7 305 roboczogodzin miesięcznie. Przy zastosowaniu współczynnika 7,94%, powstała w związku z tym wyższa,

niż powinna zostać przyjęta, przy zastosowanym sposobie wyliczeń, wielkość godzin, a w konsekwencji powstaje mniejsza liczba niedoszacowania godzin zastępstwa urlopowego, niż wyliczona przez Zamawiającego.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego nie wynika, aby dokonywane przez siebie wyliczenia odnosił do ceny oferty i braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za podaną w ofercie cenę. Tymczasem Odwołujący na rozprawie wskazał, iż nawet gdyby przyjąć niedoszacowanie, co jednak nie występuje, to i tak przy zaoferowanej cenie oferty osiąga on zysk na zamówieniu. Odwołujący odnosząc się do jednej z kwot podanych przez Zamawiającego w ww. tabelarycznym ujęciu: Badanie ofert – S4H Sp. z o.o. tj. kwoty 288 408,00 zł, jako ewentualnego niedoszacowania, a więc zdecydowanie wyższej, niż podane w tej tabeli przez Zamawiającego niedoszacowanie z tytułu absencji urlopowej, podał, iż pozwala ona na osiągnięcie zysku wysokości około 6 600,00 zł miesięcznie, co oznacza marżę w wysokości 2%. Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali okoliczności przeciwnych.

Powyższe w ocenie Izby wskazuje, iż nie zostało wykazane aby cena oferty Odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie wynika aby Odwołujący nie mógł osiągnąć zysku na zamówieniu. Ceny świadczenia objętych przedmiotem zamówienia usług sprzątnięcia w dużej mierze różnicowane są z uwagi na wielkość przyjętej przez wykonawcę marży. Wykazana przez Odwołującego marża, nawet przy przyjęciu niedoszacowania w jednej z wielu pozycji tj. w zakresie wynagrodzenia związanego z absencją urlopową, pozwala na uzyskanie korzyści na tym zamówieniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej Odwołującego jako najkorzystniejszej, należy wskazać, iż przepis ten zawiera obowiązki informacyjne zamawiającego i przewiduje m.in. obowiązek poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie zostało ustalone, aby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji, nie zaktualizował się jeszcze obowiązek informacyjny w tym zakresie. Tym samym zarzut w tym zakresie należy uznać za niepotwierdzony.

Odwołujący stawiając w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, które stanowią, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* nie podał uzasadnienia faktycznego w tym zakresie.

Z tych względów zarzut ten należy uznać za niepotwierdzony. Stosownie bowiem do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący, w ocenie Izby, w odniesieniu do tego zarzutu, dowodów, w wymaganym od niego zakresie, nie przedstawił.

Wobec potwierdzenia się zarzutów bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów Odwołującego, w tym związanych z dojazdem na rozprawę i zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: