

Sygn. akt: KIO 1012/18

WYROK
z dnia 11 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: City Security S.A., Agencja Ochrony Mienia MATPOL Sp. z o.o., MJK Sp. z o.o., ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa i:**

1/ zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2/ zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Nauki Kopernik, w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia Centrum Nauki Kopernik przez koncesjonowanego Wykonawcę w oparciu o postanowienia ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz.U.2017.2213) Nr. postępowania: PZP/ZP/4/2018/CNK/AMI

Odwołujący - Konsorcjum firm: Solid Security sp. z o.o., ul. Postępu 17,02-676 Warszawa (lider konsorcjum) Solid sp. z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu w postaci odrzucenia oferty Odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: City Security S.A. - Lider konsorcjum, Warszawa; Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. Warszawa; MJK sp. z o.o. Warszawa.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- a) Art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
- b) Art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- c) Art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybranie oferty, która w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wniósł o:

Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; Unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołania wskazał, co następuje.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w przypadku rażąco niskiej ceny.

W treści pisma Zamawiający wskazał, iż podane przez Odwołującego wartości (ceny ryczałtowe brutto jednej doby - poz. 1,2,3,4 oraz 6 i 7 tabeli formularza wydają się rażąco

niskie, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami i zakresem określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w przewidzianym terminie. Argumentację dla przyjętego stanowiska przedstawił w formie tabeli/zestawień oraz pisemnych wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 7 maja 2018 r. w braku uznania dla argumentacji przedstawionej przez Odwołującego ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień pozostając na stanowisku, iż wcześniej złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wyjaśniające.

Odwołujący ponownie, chcąc zadośćuczynić oczekiwaniu Zamawiającego kolejny raz złożył obszernie wyjaśnienia wskazując na sposób dokonanych kalkulacji. Odwołujący zaprezentował Zamawiającemu w sposób szczegółowy to w jaki sposób gotów jest zrealizować przedmiot zamówienia (kolejna bardziej rozbudowana prezentacja w formie wyjaśnień i załączonej tabeli kalkulacyjnej).

Odwołujący posiada bazę potencjalnych pracowników, których w każdej chwili może zatrudnić zgodnie z pojawiającymi się po jego stronie potrzebami. Odwołujący ma również możliwość „przeniesienia” pracowników z innych obiektów. W oparciu o gromadzone przez Odwołującego informacje dokonał on kalkulacji cen podanych później w ofercie.

Odwołujący w dniu 11.05.2018 r. został przez Zamawiającego poinformowany o odrzuceniu oferty Odwołującego przez przesłanie skanu pisma symbol CNK/PZP/ZP/4/2018/AMI/534.

Zamawiający odrzucił ofertę wskazując jako podstawę prawną art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią doręczonego Odwołującemu pisma „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”.

Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego oceniona jako zawierająca rażąco niską cenę, a udzielone wyjaśnienia nie przekonały Zamawiającego o jej prawidłowości.

Zamawiający uznał, iż nie jest możliwe przyjęcie, że istotne części składowe mające wpływ na cenę całkowitą oferty są rażąco niskie. Ponadto wyjaśnienia Odwołującego potraktowane zostały jako budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem i wymaganiami Zamawiającego z SIWZ.

Odwołujący nie mogąc zgodzić się z takim stanowiskiem kolejny raz przedstawia sposób w jaki dokonał kalkulacji cen do oferty, podtrzymując przy tym stanowisko, iż nie może ona być traktowana jako rażąco niska.

Odwołujący przedstawia kalkulację wraz z jej objaśnieniem.

Łączna całkowita oferta brutto: 5.546.121,39 zł

Cena ryczałtowa brutto 1 (jednej) doby zaproponowanej przez Odwołującego -2768,50 zł

Cena dla poszczególnych posterunków (przedmiotu zamówienia) została wyliczona następująco:

Cena ryczałtowa brutto 1 doby [kol. 9] jest to ilość dób na posterunku [kol. 8] razy koszt brutto [kol. 7] . Na koszt składają się koszty wynagrodzeń, potencjalne koszty utrzymania obiektu oraz potencjalna założona marża [kol. 3 + kol. 4 + kol. 5] i 23% vat [kol. 7],

Koszt wynagrodzeń wyliczony jako średni koszt POF pełnosprawnych i niepełnosprawnych (z st. niepełnosprawności). Liczba rbg wyrabianych przez poszczególnych POF w tabeli kol. 12 i 13.

Koszt wynagrodzeń zależy również od stawki netto dla pracowników oraz od tego czy pracownik posiada st. niepełnosprawności oraz czy pracuje w godzinach nocnych.

Szczegółowe rozbiecie kosztów wynagrodzeń:

a) Najniższa krajowa bez godzin nocnych:

Koszty wynagrodzeń: "Centrum Nauki Kopernik" Pracownicy

Wynagrodzenie brutto:	2100,00 zł	
Wynagrodzenie netto:	1 530,00 zł	
Wynagrodzenie netto:	1530.00	9.11
Wynagrodzenie brutto:	2100,00	12,50
ZUS Pracodawcy, w tym:	412.44	2.46
składka emerytalna (9,76%):	204,96	1,22
składka rentowa (6,50%):	136,50	0,81
składka wypadkowa (0,83%):	17,43	0,10 ^
składka no FP (2,45%):	51,45	0,31
składka na FGŚP (0,1%):	2,10	0,01
Razem koszty wynagrodzeń	2 512,44	rbg14,96

b) Najniższa krajowa z uwzględnieniem godzin nocnych:

Koszty wynagrodzeń:

Wynagrodzenie brutto:	2 100	
Dodatek za rbg nocne:	140	
Razem wynagrodzenie	2 240	
Wynagrodzenie netto:	1626,94 zł	
Ogółem:		Rbg:
Wynagrodzenie brutto:	2 240,00	13,33
ZUS Pracodawcy, w tym:	442,18	2.63
składka emerytalna (9,76%):	218,62	1,30
składka rentowa (6,50%):	145,60	0,87

składka wypadkowa (0,83%):	20,83	0,12
składka na FP (2,45%):	54,88	0,33
składka na FCŚP (0,X%):	2,24	0,01
Razem koszty wynagrodzeń	2 682,18	15,96

d) Stawka 10,50 zł netto dla pracownika z godzinami nocnymi (realna stawka netto 11,08 zł):

Koszty wynagrodzeń: "Centrum Nauki Kopernik" Pracownicy

Wynagrodzenie brutto:	2 436,00 zł
Dodatek za rbg nocne:	140,00 zł
Razem wynagrodzenie brutto:	2 576,00 zł
Wynagrodzenie netto:	1860,78 zł
Wynagrodzenie netto:	1860 78 / ? 11,08
Wynagrodzenie brutto:	2576,00;
ZUS Pracodawcy, w tym:	508.50 Z
składka emerytalna (9,76%):	251,42
składka rentowa (6,50%):	1,00
składka wypadkowa (0,83%):	23,96
składka na FP (2,45%):	63,11
składka na FGŚP (0,1%):	2,58

Szczegółowe rozbiecie poszczególnych przedmiotów zamówienia zostało zaprezentowano tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma.

Podsumowując:

1. Na każdym posterunku jest przewidziana marża do każdej roboczogodziny;
2. Każdy POF na posterunku przewiduje umowę o pracę w którą są wliczone rbg nocne zgodnie z Kodeksem Pracy;
3. Struktura zatrudnienia na posterunków zakłada odpowiedni udział osób POF z orzeczeniem; Zatrudniając pracowników z orzeczeniem, pracodawcy przysługuje zgodnie z przepisami odpowiednie dofinansowanie. Mając na uwadze realizację kontraktu oraz prestiż Zamawiającego, decyzją Wykonawcy było, iż uzyskane dofinansowanie PFRON zostanie przerzucone na Zamawiającego, czego efektem jest efektywnie niska stawka dla POF. Udział osób z orzeczeniem oraz stawkę dla POF kalkulowaliśmy na podobnym poziomie, dlatego też ryczałt na każdym z posterunku jest analogiczny i uśredniony;
4. Udział pracowników posiadających orzeczenie na każdym posterunku jest oszacowany na podstawie doświadczenia Wykonawcy oraz posiadany „zapasem” POF w strukturach Wykonawcy;

5. Każdy posterunek został przeliczony z uwzględnieniem obowiązujących przepisów kodeksu pracy, ustawy PFRON oraz zaakceptowanym przez Wykonawcę poziomem marży;

6. Dokładne wyliczenia matematyczne ponadto w załączonej tabeli.

W niniejszej sprawie podnieść należy ponadto następujące okoliczności:

I. Zamawiający w dość nieprecyzyjny sposób określił w treści kierowanych do Wykonawcy wezwań zakres nurtujących go kwestii. Wykonawca miał całkowite prawo udzielić odpowiedzi w opracowanym przez niego kształcie, dostosowując tym samym formę wyjaśnień oraz ich język do tych samych wartości po stronie Zamawiającego. Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z dnia 2 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 1954/16) „czynnością naruszającą art. 7 ust. 1 p.z.p. byłoby odrzucenie przez zamawiającego oferty wykonawcy z powodu niepodania informacji dotyczących ceny oferty, których zamawiający w jasny sposób nie żądał w wezwaniu”. A z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zamawiający wskazał jako bardzo istotne i uzasadniające jego wątpliwości koszty pracy, kalkulowane przez Wykonawcę do jego oferty. Oczywiście w przekonaniu Wykonawcy pozostaje, iż odniósł się on w kompleksowo wobec wszystkich kwestii mogących budzić jakiegokolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego i co najważniejsze wykazał, iż jest on w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób zgodny z literą prawa oraz wymogami określonymi w postępowaniu o jego udzielnie. Nie można w ocenie Odwołującego poczytywać jego działań jako przeniesienie odpowiedzialności w zakresie wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny na etap postępowania odwoławczego. Stanowisko Odwołującego pozostaje niezmienione od samego początku, a jedynie sposób jego przedstawienia ewoluował. Odwołujący wykazał, iż zaoferowana przez niego cena/ceny są prawidłowe, a problemem stało się w jego przekonaniu to, iż argumentacja ta z niewiadomych powodów nie została przez Zamawiającego zrozumiana.

II. Nie jest dopuszczalne by Zamawiający „przerzucił” na Wykonawcę obowiązki, które powinny być realizowane udziałem samego Zamawiającego. Nie jest obowiązkiem Wykonawcy przedstawianie Zamawiającemu sposobów kalkulacji oferty w zakresie innym niż wynikającym z przepisów prawa i zasad (czyli wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny) przyjętych w postępowaniu. Zamawiający winien dokonać analizy oferty przez pryzmat przyjętych w postępowaniu kryteriów oraz w tym szczególnym przypadku prawa pracy w zakresie możliwości zatrudniania pracowników. Tym większe znaczenie ma w tym przypadku treść wyroku KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1568/16), gdzie Izba jednoznacznie podkreśliła, iż „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie

Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego".

III. Poważne wątpliwości budzi okoliczność, iż Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonał wyboru przy jednoczesnym braku wątpliwości co do zaoferowanej ceny.

Zamawiający winien kierować się zasadą rozsądnego wydatkowania środków finansowych i dążyć do wybrania oferty możliwie najtańszej. Wskazać należy, iż kolejna oferta (wybrana w postępowaniu) jest o aż 8 % droższa od oferty Wykonawcy.

IV. Zakomunikowany Wykonawcy problem wpisania do umowy wartości poszczególnych kolumn formularza nie powinien być traktowany jako istotny. Zmiana sposobu rozliczeń (bez wpływu na jego wartość) nie jest zmianą istotną, a jako taka jest całkowicie dopuszczalna. W przypadku zaistnienia problemów (których Wykonawca nie dostrzega) w uzupełnieniu wzoru umowy możliwe jest dokonanie zmiany jej postanowień w zakresie sposobu rozliczeń między stronami.

V. Wykonawca gwarantuje, iż jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy, zgodny z wymogami Zamawiającego i obowiązującymi przepisami prawa.

W ocenie Odwołującego odrzucenie przez Zamawiającego jego oferty jest niedopuszczalne również z uwagi na wypracowane przez KIO stanowisko wyrażone w orzeczeniach zacytowanych w odwołaniu.

Zgodnie z wypracowaną definicją za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert.

O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne.

O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać.

Pomimo przedstawionej powyżej argumentacji Odwołujący zastrzegł sobie prawo do zaprezentowania dodatkowej lub rozbudowanej argumentacji na rozprawie.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że podstawą odrzucenia oferty był brak dostatecznych wyjaśnień wykonawcy w odpowiedzi na otrzymane wezwania z dnia 26 kwietnia i 7 maja 2018 r. i w związku z tym brak udowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Ze złożonych wyjaśnień, w ocenie zamawiającego, wynikało wprost, że cena w zakresie jej istotnych części składowych jest rażąco niska. Podkreślił swoje prawo do uzyskania wyjaśnień w sytuacji, jeśli oferta, w

szczegółności jej elementy składowe, budzą poważne wątpliwości odnośnie ich rynkowego charakteru, w tym czy uwzględnia zatrudnienie zgodnie z siwz pracowników na umowę o pracę oraz inne koszty realizacji zamówienia.

Wskazał, że w swojej działalności dysponuje dwoma budynkami w Warszawie, z czego w jednym (ul. Wybrzeże Kościuszkowskie) prowadzi główną działalność statutową, a w drugim (ul. Dobra) posiada działy administracyjne nie mające bezpośredniego kontaktu z publicznością.

Jak wynika z siwz i projektu umowy wszystkie posterunki, poza jednym, znajdują się w pierwszym obiekcie. Wskazał także, że jego potrzeby mogą być zmienne, w tym co do czasu prowadzenia działalności, w tym udostępnienia obiektu zainteresowanej publiczności.

Przewidując ewentualność zmian zawarł w treści umowy sposób rozliczania się z wykonawcą oparty na podstawie ryczałtowych stawek za dobowe świadczenie usługi w ramach ujętych w pakiety stanowisk oraz ryczałtowych stawek za roboczogodzinę świadczenia usług pracownika ochrony/dyżurnego strażaka. W związku z tym formularz ofertowy zawiera ryczałtowe stawki za realizację części składowych przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza § 8 ust. 1 umowy. Zatem każda pozycja formularza obejmuje odmienny od pozostałych pozycji zakres świadczenia usług i odnosi się do określonej liczby stanowisk pracy.

Wykonawca zaoferował w formularzu w pozycjach od 1 do 5 tę samą stawkę ryczałtową roboczo-doby i w opinii zamawiającego nie dostrzegł różnicy w zakresie obowiązków przy świadczeniu usługi obejmującej daną pozycję, pomimo że w opisie przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazano, co wchodzi w zakres świadczenia usługi na danym stanowisku.

Dla porównania poz. 1 i 2 formularza zawiera cenę ryczałtową jednej doby dla odpowiednio dwunastu (12 posterunków), a pkt 5 formularza oferty dla jednego (1) posterunku. Tymczasem odwołujący w ofercie wpisał te same wartości w kolejnych pięciu pozycjach pomimo, że ilość posterunków w ramach tych pozycji jest zróżnicowana, a przez to liczba niezbędnych zatrudnionych będzie różna. Biorąc pod uwagę zróżnicowaną liczbę stanowisk dla poszczególnych usług w odnośnych pozycjach formularza i różną liczbę dób roboczych w okresie trwania kontraktu (36 m-cy) zamawiający powziął wątpliwości co do cen brutto jednej doby dla poszczególnych pozycji w ofercie odwołującego.

W wezwaniach zwrócił się o przedstawienie szczegółowej kalkulacji z rozbiciem na poszczególne pozycje formularza, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów pracy.

Oczekiwano przedstawienia kalkulacji dla pozycji z rozbiciem na zysk, ryzyka, koszty pracy i inne koszty.

W ocenie zamawiającego odwołujący błędnie zrozumiał sposób kalkulowania ceny łącznej, co skutkowało zaoferowaniem w pozycjach 1 – 4 stawki ryczałtowej części składowej

wynagrodzenia na poziomie niższym o ponad 30% w stosunku do średniej pozostałych złożonych ofert. Różnica ta była podstawą do powstania wątpliwości, że oferta zawiera rażąco niskie ceny ryczałtowe części składowych oferty.

Pomimo dwukrotnego wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień i dowodów (w tym szczegółowych kalkulacji) potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskich stawek wynagrodzenia (tj. ceny i kosztu) za realizację części składowych przedmiotu zamówienia, odwołujący w sposób lakoniczny odnosił się jedynie do ceny łącznej oferty.

Treść i zakres wezwań do wyjaśnień nie budziła wątpliwości odwołującego, a mimo to nie odnosił się do poszczególnych pozycji cenowych formularza ofertowego osobno, tak jak chciał zamawiający. Odwołujący posługiwał się przy tym sformułowaniem „ceny ryczałtowej łącznej”, która w postępowaniu nie występuje. Jak wynika z opisów zawartych w formularzu oraz wzorcu umowy, ryczałtem jest cena jednej doby (poz. 1-5) oraz cena rbg (poz 6 i 7) a rozliczenie ma nastąpić na podstawie dób/godzin faktycznie przepracowanych. Z tego punktu widzenia istotną dla ustalenia rynkowości ceny jest informacja jak wykonawca skalkulował cenę w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, które będą podlegały rozliczeniom. Zamawiający zwraca uwagę, że składane wyjaśnienia dotyczyły pozycji, które nie były przedmiotem wezwania, co dotyczy pozycji nr 5. Sposób wyjaśniania ceny oferty przyjęty przez odwołującego uniemożliwił zamawiającemu weryfikację powziętych wątpliwości, ponieważ nie odnosiły się do treści wezwań i jako takie były niewystarczające. Otrzymał dwukrotnie ogólną odpowiedź bez odniesienia się do treści wezwań. Ponadto powoływane orzecznictwo dot. ceny ryczałtowej nie odnosiło się do nin. Postępowania.

Niezależnie od powyższego oba wyjaśnienia są wg zamawiającego niewiarygodne, gdyż tabele w nich zawarte za każdym razem wskazują inny sposób wyliczenia ceny oferty. Ponadto zawierają odmienne wartości od przedstawionych w ofercie.

Zamawiający zwraca uwagę na zawartą w formularzu oferty kolumnę wymagającą wskazania minimalnej stawki wynagrodzenia pracownika za roboczogodzinę świadczenia usługi dla każdej pozycji formularza.

Zgodnie z ofertą odwołującego min. stawka rbg pracownika winna wynosić min. 21,31 zł brutto. Tymczasem to oświadczenie nie znalazło odzwierciedlenia w przekazanych wyliczeniach. W drugich wyjaśnieniach wykonawca uzasadniał niemożność przedłożenia właściwych wyliczeń stwierdzeniem o toczącym się procesie wyboru najkorzystniejszej oferty, który uniemożliwia przedstawienie większej ilości dowodów wyjaśniających ofertę.

Tabela z wyliczeniami załączona do odwołania wskazuje w kolumnie 7 średni koszt brutto na jedną rbg pracownika na poziomie 11,54 zł. Stawka ta nie znajduje odniesienia w treści formularza ze stawką wskazaną wyżej.

Odwołujący nie wykazał, by jego oferta w ramach poszczególnych pozycji uwzględniała konieczność zachowania ustawowego minimalnego wynagrodzenia z pracą. Wg kalkulacji Polskiego Związku Pracowników Ochrony minimalne stawki przy umowie o pracę w usługach ochrony koszt roboczogodziny pracy wynosi 17,87 netto (21,98 zł brutto).

Zamawiający wskazał także na dopuszczalność ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnień. Zauważył też, że niedopuszczalny jest wniosek ujęty w odwołaniu polegający na zmianie sposobu rozliczania stron za realizację usługi ochrony. Zmiana taka jako istotna jest zabroniona. Wniosek taki wskazuje na przyznanie racji zamawiającemu w zakresie wątpliwości co do sposobu skalkulowania cen w ofercie, uniemożliwiających właściwe wyliczenie należnego wynagrodzenia za zrealizowaną usługę ochrony w comiesięcznym okresie rozliczeniowym.

Reasumując zarzuty odwołania zamawiający uznaje za niezasadne, gdyż:

- 1/ odrzucenie nie nastąpiło z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny i braku dowodu przeciwnego,
- 2/ wykonawca nie wykazał, że cena, w tym jej istotne części składowe, nie jest rażąco niska i w związku z tym stwierdzić trzeba, że nie umożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zakresem i wymogami siwz. Oferta jako odrzucona nie podlega badaniu,
- 3/ oferta nie brała udziału w punktacji, stąd brak jest podstaw do uznania, że była najkorzystniejsza.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że ceny istotnych części składowych oferty były rażąco niskie. Wykonawca przyjął do kalkulacji koszty niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów prawa. Mimo przejrzystej treści wezwania o udzielenie wyjaśnień wykonawca nie udzielił wyjaśnień w żądanym zakresie tj. co do pozycji 1-4 formularza ofertowego. Obliczenia i wyjaśnienia są sprzeczne ze złożoną ofertą i odnoszą się do całkowitej ceny brutto, która to cena nie była przedmiotem żądania wyjaśnień. Także kolejne wyjaśnienia nie dały odpowiedzi na zadane pytania, w szczególności przedstawił wyjaśnienia dotyczące kalkulacji z uwzględnieniem stanowiska pracy.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymały przedstawione stanowiska w toku rozprawy.

Odwołujący wskazał, że przedstawił w odwołaniu poprawnie naruszone przez Zamawiającego przepisy ustawy, w tym art. 90 ust. 3. Potwierdził kalkulację ponoszonych

kosztów. Wskazał na swój potencjał osobowy i doświadczenie. Oceniał, że udzielał Zamawiającemu poprawnych wyjaśnień, które nie ulegały zmianie lecz były doprecyzowywane. Podobnie w odwołaniu przedstawił szczegółową kalkulację. Zauważył, że Zamawiający w odpowiedzi na str. 6 wskazał, iż nie mógł zweryfikować podjętych wątpliwości, a jednocześnie uznał, że zaistniały przesłanki odrzucenia oferty. Potwierdza to, że w istocie miał wątpliwości co do podjętej decyzji. Stwierdził, że przedstawione w kalkulacji wartości mogą być uwzględnione w treści zawieranej umowy. Wskazał na tabelę stanowiącą załącznik do odwołania, gdzie uwzględniono m.in. stawki wynagrodzenia na poziomie płacy minimalnej, w tym także wynagrodzenia osób niepełnosprawnych stosowane w firmie. W wyliczeniu przyjęto średnią ważoną wynagrodzeń. Zauważył, że teoretyczne rozważania Zamawiającego zawarte w punkcie drugim końcowej części odpowiedzi co do rezygnacji z realizacji części umowy wydają się nieracjonalne w świetle zrozumiałego zakresu zamówienia, co do którego jest prowadzone postępowanie. Potwierdził realność zaoferowanej ceny w tych poszczególnych częściach co do których nie było przeszkód indywidualnej wyceny. Zauważył, że wykonawca Konsalnet również wpisał jednakowe kwoty w poszczególne kolumny formularza. Stwierdził, że nie ma rozbieżności w przedstawionych danych kalkulacyjnych w ofercie oraz kolejnych wyjaśnieniach i odwołaniu. Podkreślił że uwzględnił w ofercie wszelkie koszty które zna jako profesjonalista.

Zamawiający wskazał na treść formularza ofertowego i par. 8 wzoru umowy. W formularzu w pozycjach 1-7 należało podać cenę ryczałtową brutto jednej doby na stanowiska (posterunkach) zgodnie z opisem z tabeli 18.1 OPZ, z którego wynikała liczba stanowisk i godzin pracy. Z powyższego wynika, iż cena jednej doby dla poszczególnej pozycji powinna być różna ze względu na różnice w liczbie stanowisk i godzin. Odwołujący przyjął w pozycjach 1-5 tę samą kwotę, ceny jednej doby, tj. 2 768,50 w odróżnieniu od pozostałych wykonawców, którzy wielkość tę zróżnicowali. Przypomniał treść wyjaśnień pod formularzem oraz umowy, z czego wynika, iż rozliczenie następuje na podstawie ceny ryczałtowej jednej doby. Natomiast cena całkowita oferty służyła celom porównawczym i wskazaniu wartości nieprzekraczalnej zamówienia. Przypomniał, iż wykonawca był wzywany do złożenia wyjaśnień odnośnie pozycji 1-4, 6 i 7 dla których zachodziły przesłanki podejrzenia, iż ceny są rażąco niskie. Na tę okoliczność złożył zestawienie porównawcze cen 6 ofert dla pozycji 1-7. Wskazał, że wyjaśnienia z 30.04. zawierają kalkulacje ze zbiorczym zestawieniem dla wszystkich pozycji i całej ceny ofertowej bez odniesienia się do pozycji, których dotyczyło wezwanie. Również w odpowiedzi na wezwanie w wyjaśnieniu z 9.05. wykonawca nie przedstawił kalkulacji w zakresie żądanym lecz wyliczenia dla poszczególnych stanowisk. Powyższe uzasadniało zastosowanie wobec niego art. 90 ust. 3 przy uznaniu, że istotne składniki cenotwórcze zawierają rażąco niską cenę. W ocenie Zamawiającego zrównanie

kwoty dobowej we wszystkich pozycjach jest wynikiem błędu. Kalkulacje przedstawiane w toku postępowania odwoławczego uznał za spóźnione. Przypomniał, iż to Odwołującego obciąża ciężar dowodu co do ceny mającej znamiona rażąco niskiej. Zauważył, że minimalna stawka wskazana w odwołaniu jest odmienna od zaoferowanej podanej w formularzu ofertowym. Podtrzymał twierdzenia o niespójności kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego. Zauważył, że wykonawca Konsalnet istotnie podał w 4 pozycjach jednakową cenę brutto doby, lecz jest to wielkości 2krotnie wyższa od oferowanej przez Odwołującego. Natomiast wskazany wykonawca w pozycji 5 kwotę wycenił realnie.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego i przypomniał, że cena oferty nie jest ryczałtowa lecz ryczałtowa jest cena brutto za jedną dobę lub roboczogodzinę za część zamówienia. Podzielił stanowisko Zamawiającego co do oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uznając, że pisma wykonawcy nie zawierają wymaganych wyjaśnień. Zauważył brak dowodów po stronie Odwołującego, co do jego statusu jako zakładu pracy chronionej i uzyskiwania dofinansowań z PFRON na realizację przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia, treść formularza ofertowego i wzoru umowy, a także treść oferty odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy udzielone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści odwołania wynika, że wykonawca jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego, do czego zmierza przez kwestionowanie czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konkurenta – przystępującego.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę wysokość cen zaoferowanych przez wykonawcę w odniesieniu do znanych pozycji formularza ofertowego (poz. 1-4 oraz poz. 6 i 7) za niesporne należy uznać zaistnienie przesłanek przewidzianych w art. 90 ustawy pzp co do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dot. możliwości wykonania w tych częściach przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający zasadnie zatem skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień co do kalkulacji istotnych części składowych ceny, które wymienił w wezwaniach ze wskazaniem że ceny są o 30% niższe od średnich arytmetycznych wartości dla wskazanych pozycji, od pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Na potwierdzenie tej okoliczności wskazano treść wezwania z dnia 26 kwietnia 2018 r. /w dokumentacji postępowania/ oraz zestawienie porównawcze cen sześciu ofert z rozbiciem na wymagane pozycje (dokument złożony na rozprawie).

Wezwany wykonawca w wyniku dwóch wezwań przedstawił zamawiającemu kalkulacje zaoferowanej ceny odniesione do ceny całościowej przedmiotu zamówienia, a tym samym nie wskazał odrębnie kalkulacji dla pozycji, których dotyczyło wezwanie zamawiającego. W kalkulacji ujął zatem elementy cenotwórcze, co do których nie zachodziło podejrzenie, że zawierają rażąco niską cenę. Przeciwnie, co niesporne w sprawie, cena pozycji 5 formularza uwzględniając zakres i koszt usługi, została przedstawiona w wysokości kilkakrotnie przewyższającej średnią cenę dla tej pozycji skalkulowaną przez pozostałych pięciu wykonawców (vide zestawienie powołane wyżej). Można zauważyć, że zawyżenie ceny w stosunku do rynkowej, zwykle stosowanej, przez wykonawcę, tak całościowej, jak i dotyczącej istotnego elementu składowego nie skutkuje sankcją w polskim systemie zamówień publicznych. Z tego też powodu zamawiający nie ma podstaw do żądania w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy pzp. W konsekwencji zasadne było stanowisko zamawiającego, który dla wskazanej pozycji wyjaśnień nie żądał. Jednocześnie żądanie odnośnie do pozycji pozostałych żądanie, jak wyżej wskazano, miało podstawę prawną zawartą w art. 90 ustawy pzp w brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 93 lit. a tiret pierwsze ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 i 1920), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. W obowiązującym stanie prawnym, w ocenie składu orzekającego istotne części składowe ceny, a za takie uznać można poszczególne części zamówienia opisane w kolejnych pozycjach formularza ofertowego, mogą być przedmiotem badania pod kątem zaistnienia rażąco niskiej ceny odniesionej do tych części, które wydają się rażąco niskie. Potwierdzenie w wyniku postępowania wyjaśniającego, że rzeczywiście są rażąco niskie, lub brak wyjaśnień, które skutecznie zaprzeczałyby wstępnej ocenie, że są rażąco niskie, prowadzi do zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty.

W rozpatrywanej sprawie wykonawca nie przedstawił, pomimo dwukrotnych żądań, wyjaśnień dotyczących spornych pozycji cenowych, które de facto, zważywszy na przewidywany sposób rozliczeń, odnoszą się do części zamówienia, lecz przedstawiał argumenty mające wskazywać, że cena całościowa oferty nie ma przymiotu rażąco niskiej. Brak oczekiwanych wyjaśnień zasadnie został uznany przez zamawiającego za brak wyjaśnień, co na gruncie ustawy skutkuje zastosowaniem art. 90 ust. 3 ustawy pzp, który stanowi, że 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.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: