

Sygn. akt: KIO 1670/12

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider Konsorcjum) i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy ZP ZOZ w Otwocku, ul. Batorego 44, 05-400 Otwock**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Szpitalowi Powiatowemu ZP ZOZ w Otwocku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider Konsorcjum) i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Krakowie oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Powiatowy ZP ZOZ w Otwocku, ul. Batorego 44, 05-400 Otwock** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider Konsorcjum) i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Szpitala Powiatowego ZP ZOZ w Otwocku, ul. Batorego 44, 05-400 Otwock** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider Konsorcjum) i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** kwotę: **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Powiatowy ZP ZOZ w Otwocku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług porządkowo-czystościowych w obiektach ZP ZOZ oraz usług pomocniczych: opiekuńczo-higienicznych przy pacjentach”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 4 lutego 2012 r. pod nr 2012/S 24-039342.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (Lider Konsorcjum) i Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 sierpnia 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informacja o powyższych czynnościach została przekazana Odwołującemu w dniu 27 lipca 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 3 sierpnia 2012 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 14 sierpnia 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

w sytuacji gdy oferta ta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta ta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
- 4) art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na czynności poprzedzające czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Podniósł, że dniu 28 czerwca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Jako przyczynę unieważnienia postępowania Zamawiający podał brak zapewnienia przez wykonawców gwarancji zatrudnienia przejmowanych w trybie art. 23¹ k.p. pracowników Zamawiającego przez cały okres realizacji zamówienia, co według Zamawiającego stanowi istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Podkreślił, że na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego na powyższą czynność, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt KIO 1411/12 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie unieważnienia postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy, po przeprowadzeniu badania i oceny ofert. Następnie w dniu 27 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował, iż w wyniku przeprowadzenia badania i oceny ofert oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z dokonaną przez Zamawiającego czynnością w zakresie odrzucenia jego oferty i podniósł, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ według Zamawiającego polega na niezapewnieniu gwarancji zatrudnienia przejętych w trybie art. 23¹ k.p. pracowników Zamawiającego przez cały okres realizacji zamówienia, tj. okres 36 miesięcy. Tym samym Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy Pzp, nie uwzględnił rozstrzygnięcia zawartego w/w

wyroku, w którym KIO orzekła jednoznacznie, iż w treści SIWZ zawarty jest jedynie wymóg przejęcia pracowników Zamawiającego, natomiast brak jest zapisu obligującego wykonawców do zapewnienia gwarancji zatrudnienia przez cały okres realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Izba w swoim wyroku wskazała, iż: „Zamawiający zawarł w SIWZ wymóg przejęcia pracowników obecnego wykonawcy, lecz nie zawarł żadnego wymogu co do czasu zatrudnienia tychże osób. Nie wynika to, wbrew twierdzeniom Zamawiającego z odpowiedzi na pytania wykonawców - w odpowiedziach podano poszczególne elementy mogące mieć wpływ na ustalenie wyceny zobowiązania z pkt 5.1.6 SIWZ, jednak nigdzie nie wskazano na czasu trwania zatrudnienia. Jeżeli Zamawiający oczekiwał od wykonawcy realizacji określonego zobowiązania w określonym czasie, powinien taką intencję wyraźnie w SIWZ wyartykułować”. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie można takiej intencji wywodzić z interpretacji odpowiedzi na pytanie do SIWZ, w której Zamawiający potwierdził, że w przypadku zakończenia realizacji zamówienia przejęci pracownicy staną się pracownikami kolejnego wykonawcy. Oczywistym dla Odwołującego był fakt, że w sytuacji, gdy wybrany wykonawca zdecyduje się zatrudniać przejętych pracowników przez cały okres realizacji zamówienia, to po zakończeniu przez niego wykonywania usługi pracownicy ci przejdą do kolejnego wykonawcy. Niedopuszczalne – według Odwołującego - jest jednak domniemanie na tej podstawie oczekiwań Zamawiającego, które w sposób wyraźny winny być wyartykułowane w treści SIWZ. Podkreślił, że wykonawcy przygotowują oferty na podstawie wymagań zawartych w treści SIWZ i tylko na podstawie tych zapisów powinna być oceniana ich oferta, a nie na podstawie ukrytych oczekiwań Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający oczekiwał, aby przejęci pracownicy byli zatrudnieni przez wykonawcę przez cały okres realizacji zamówienia winien na etapie przygotowywania postępowania sformułować taki wymóg. Od Zamawiającego jako profesjonalisty wymaga się dołożenia należytej staranności w przygotowywaniu i prowadzeniu postępowania. Wskazał, że wykonawcy przygotowują oferty na podstawie zapisów SIWZ, które to dokumenty wiążą również Zamawiającego i który obowiązany jest dokonywać oceny ofert na podstawie wymogów wskazanych w SIWZ. Wykonawcy zaś nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niestaranności Zamawiającego w sformułowaniu oczekiwanych wymagań. Z powyższego – według niego - wynika, iż Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niezgodny z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w sposób niegodny z rozstrzygnięciem zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2012 roku. sygn. akt: KIO 1411/12.

Odwołujący podkreślił również, że sprzeczna z przepisami ustawy Pzp jest także czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska.

Wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z treści niniejszego przepisu punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez Zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez Zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego i powiększona o podatek VAT. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT na kwotę 7 921 200,00 złotych. Cena, którą zaoferował Odwołujący za realizację zamówienia wynosi zaś 5 935 825.80 złotych. Dokonanie porównania niniejszych wartości – według Odwołującego - nie pozwala na stwierdzenie istnienia znacznej różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego a wartością zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska co do rażąco niskiej ceny Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO z 10 maja 2010 roku, sygn. KIO/UZP 704/10, wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2011 roku, sygn. KIO 1131/11) oraz orzecznictwo sądowe (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt: XIX Ga 3/07). Stwierdził też, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie mogła być uznana za rażąco niską, gdyż jest to realna, uwzględnia ceny rynkowe, która pozwala na osiągnięcie zysku oraz zapewnia gwarancję należytego wykonania usługi. Odwołujący podkreślił, że w pismach z dnia 5 czerwca oraz 14 czerwca 2012 r., stanowiących odpowiedź na wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji kosztów, podał poszczególne elementy składające się na zaoferowaną cenę oraz wyjaśnił zasadność ich zastosowania. Podkreślił, że ujął w cenie oferty koszty pracownicze, koszty materiałów, koszty sprzętu, koszty ogólne takie jak czynsze inne usługi, a także zysk. Koszty wynagrodzeń dla pracowników zostały wyliczone przez niego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tj. w oparciu o przepisy kodeksu pracy, ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ustawy o zatrudnieniu i rehabilitacji osób niepełnosprawnych, rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie sposobu ustalania wynagrodzenia w okresie nie wykonywania pracy oraz wynagrodzenia stanowiącego podstawę obliczania odszkodowań, od praw, dodatków wyrównawczych do wynagrodzenia oraz innych należności przewidzianych w kodeksie pracy. Odwołujący podkreślił, że w kalkulacji kosztów ujął odprawy emerytalne, odprawy pracowników zwalnianych wyłącznie z przyczyn leżących po stronie pracodawcy. Wyjaśnił też, iż ze względu na dużą ilość obsługiwanych na rynku podmiotów - obiektów służby zdrowia uzyskuje sprzyjające warunki zakupu środków czystościowych, środków dezynfekcyjnych i sprzętu, co obniża koszt wykonania zamówienia w stosunku do firm konkurencyjnych. Nadto Odwołujący wyjaśnił

Zamawiającemu, że jako zakład pracy chronionej korzysta zgodnie z prawem z pomocy publicznej w ramach aktywizacji rynku pracy osób niepełnosprawnych, jego charakter i status pozwalają na uzyskanie obniżonych kosztów zgodnie z obowiązującymi przepisami. Samo stwierdzenie, iż cena Odwołującego jest niższa od ofert innych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające do wykazania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w sposób niezasadny odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem Zamawiającego „nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, iż określenie w SIWZ kosztów w zakresie przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ k.p. (36 x 171.000,00) stanowiło element sposobu obliczenia ceny oferty, który winien był zostać ujęty przez każdego z wykonawców”. Odwołujący wskazał natomiast, że błąd w obliczeniu ceny to błąd w oświadczeniu woli, a zatem taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami Zamawiającego, określonymi w SIWZ lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Podkreślił, że z wyroku KIO z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt 1411/12, wynika, że Zamawiający nigdzie w treści SIWZ nie zawarł wymogu zapewnienia gwarancji zatrudnienia przejętych pracowników, a jedynie wymóg ich przejęcie, tym samym wyższej podana przez Zamawiającego wartość nie znajduje uzasadnienia w świetle wymogów zawartych w treści SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz przyjętą tam argumentację.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Powołał się na odpowiedź na pytanie nr 13 do SIWZ z dnia 29 lutego 2012 r., gdzie - według niego - Zamawiający wyraźnie wskazał, iż pracownicy przejęci w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia w przypadku kolejnego postępowania, przejdą do kolejnego wykonawcy. Wskazał, iż takie było założenie Zamawiającego, że jego byli pracownicy, którzy zostali przyjęci przez wykonawcę świadczącego aktualnie usługi na rzecz szpitala, będą przejmowani przez kolejnych wykonawców, wyłanianych w trybie zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, że z oferty Odwołującego wynika, że oferta ta nie spełnia tych wymogów SIWZ, bowiem wyjaśnienia udzielane do SIWZ także stanowią o wymogach SIWZ. Wskazał, że oferta ta jest także poniżej kosztów gwarancji zatrudnienia byłych pracowników Zamawiającego, co stanowi o błędzie w obliczeniu ceny i rażąco niskiej cenie. Według niego kalkulacja

przedstawiona przez Odwołującego uniemożliwia zatrudnienie pracowników przy dotychczasowym, gwarantowanym dla nich wynagrodzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności odrzucenia jego oferty. Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 4 lutego 2012 r. Ustalona wartość szacunkowa zamówienia przez Zamawiającego to wartość: 6 440 000 zł netto, tj. 1 602 150 euro.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w pkt 5.1.6 SIWZ wprowadził wobec wykonawców wymóg: *„przejęcia na podstawie art. 23¹ kodeksu pracy pracowników dotychczasowego Wykonawcy świadczącego usługi będące przedmiotem zamówienia (72 osoby – wysokość wynagrodzenia brutto ogółem, łącznie z pochodnymi pracodawcy – ZUS – w skali miesiąca wynosi: 171 000 PLN)”. Zamawiający w szczegółowych odpowiedziach na zapytania do SIWZ określił także konkretne*

wynagrodzenia wszystkich pracowników, ich płęć i inne dane niezbędne do realizacji przywołanego wymogu SIWZ.

W odpowiedzi na zapytanie do SIWZ nr 13 o treści: „*czy po upływie terminu realizacji umowy na usługi sprzątania pracownicy Ci przejdą do kolejnego Wykonawcy, który zostanie wybrany do wykonywania usługi czy zostają pracownikami firmy, która teraz wygra przetarg?*” Zamawiający w piśmie z dnia 29 lutego 2012 r. udzielił odpowiedzi: „*Pracownicy przejdą do kolejnego Wykonawcy*”.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia, tj. kwotę: 6 444 000,00 zł netto + podatek VAT, co daje kwotę 7 921 200 zł brutto. W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 1 czerwca 2012 r., do Zamawiającego wpłynęły cztery oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną ofertową: 5 935 825,80 PLN brutto. Pozostałe ceny ofertowe kształtowały się na poziomie: 9 029 908,80 PLN, 7 134 689,52 PLN, 6 828 480,00 PLN.

Zamawiający pismem z dnia 4 czerwca 2012 r. wezwał wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny swojej oferty. Odwołujący odpowiedzi na to zapytanie udzielił w piśmie z dnia 5 czerwca 2012 r.

Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2012 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższa czynność została zaskarżona przez aktualnego Odwołującego w trybie odwoławczym. W przedmiotowej sprawie Izba wydała wyrok w dniu 18 lipca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1411/12), w którym uwzględniła odwołanie tego wykonawcy i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 27 czerwca 2012 r. i nakazała mu wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2012 r. wezwał Odwołującego ponownie do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia ceny ofertowej na rażąco niskim poziomie. Odwołujący w piśmie z dnia 14 czerwca 2012 r. udzielił w tym zakresie Zamawiającemu odpowiedzi.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 lipca 2012 r. poinformował Odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp. Czynność ta została zaskarżona w trybie złożonego odwołania przez Odwołującego do Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła, aby oferta Odwołującego była sprzeczna z treścią SIWZ, zawierała cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, bądź zawierała błąd w obliczeniu ceny. Wszystkie wskazane powyżej zarzuty Zamawiającego wobec oferty Odwołującego osadzają się na jednej okoliczności, tj. nie ujęciu przez tego wykonawcę w ramach swojej oferty całości kosztów związanych z zatrudnieniem osób przejętych przez wykonawcę w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy przez cały czas trwania umowy (36 miesięcy). Powyższe zdaniem Zamawiającego prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący nie dochował wymogów SIWZ związanych z opisem przedmiotu zamówienia, a także popełnił błąd w obliczeniu ceny oraz zastosował w ofercie cenę rażąco niską.

Izba po analizie postanowień SIWZ, a przede wszystkim opierając się na ustaleniach dokonanych w tym zakresie przez skład orzekający Izby wydający rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. akt: KIO 1411/12, dotyczącej tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdziła, że powyższe okoliczności stwierdzone przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania z dnia 27 lipca 2012 r. nie znalazły wypełnienia w przedmiotowej sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyroku z dnia 18 lipca 2012 r. stwierdziła, że nigdzie w zapisach SIWZ nie zawarto wymogu, że pracownicy musieli być zatrudnieni przez cały okres realizacji zamówienia, tj. przez 36 miesięcy. Powyższe – zdaniem składu orzekającego wydającego wyrok w sprawie o sygn. akt; KIO 1411/12 - nie wynika także z odpowiedzi na zapytania do SIWZ zgłoszone przez wykonawców: *„w odpowiedziach podano poszczególne elementy mogące mieć wpływ na ustalenie ceny zobowiązania z pkt 5.1.6 SIWZ, jednak nigdzie nie wskazano na czas trwania zatrudnienia. Nie można takiej intencji domniemywać z faktu podania powyższych elementów. Jeżeli Zamawiający oczekiwał od wykonawców realizacji określonego zobowiązania w określonym czasie, powinien taką intencję wyraźnie w SIWZ wyartykułować”* (tak wyrok KIO z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie KIO 1411/12). Powyższe rozstrzygnięcie w sprawie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako prawomocne (niezaskarżone w trybie instancyjnym) Izba uznała za wiążące także w przedmiotowej sprawie. Tym samym zatem, idąc za składem orzekającym Izby w sprawie KIO 1411/12, nie można uznać, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poza deklaracją ze strony wykonawców przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy, wymagał ujęcia w ofercie zobowiązania do utrzymywania wszystkich przejmowanych pracowników przez cały okres realizacji zamówienia (36 miesięcy). Skoro zatem takiego

merytorycznego wymogu SIWZ nie zawierała nie można uznać, że nie ujęcie takiego zobowiązania w ofercie Odwołującego, także pod kątem wyceny tego elementu ceny ofertowej, stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ czy też o błędzie w obliczeniu ceny. Izba nie stwierdziła również, aby powyższa okoliczność stanowiła o zaoferowaniu przez Odwołującego rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Zarzut wobec oferty Odwołującego w tym zakresie również opiera się na okoliczności nieuwzględnienia w wycenie oferty kosztów związanych z przejściem i utrzymywaniem przez okres 36 miesięcy wszystkich przejmowanych przez wykonawcę pracowników. Zamawiający przeprowadził co do tego aspektu sprawy badanie oferty Odwołującego dwukrotnie, poprzez żądanie wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący udzielił takich wyjaśnień Zamawiającemu, wskazując na poszczególne elementy, które podlegały wycenie w ramach jego ceny ofertowej, wskazując także na koszty osobowe. W ocenie Izby udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób wystarczający uzasadniają ustalenie ceny na określonym w ofercie Odwołującego poziomie, tymczasem Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, jedynie z uwagi na nie objęcie wyceną wszystkich kosztów osobowych związanych z przejściem i zatrudnieniem pracowników przez wykonawcę przez okres 36 miesięcy. Powyższa okoliczność - jak wskazano powyżej - jako nieprzewidziana w SIWZ zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 lipca 2012 r. - nie może być brana przez Zamawiającego pod uwagę.

W związku z powyższym - zdaniem Izby - nie była zasadna decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 4 i 6 ustawy Pzp. Tym samym w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp a w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp i uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł.

Przewodniczący: