Sygn. akt: KIO 1782/17

WYROK
z dnia 13 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MM SERVICE MONITORING sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY sp. z o. o., MAXUS sp. z o. o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-448 Łódź,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
   1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
   2) powtórzenia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez odwołującego, tj. Konsorcjum MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., MAXUS sp. z o.o.,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-448 Łódź,** 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: **MM SERVICE MONITORING sp. z o.**

---

o., MM SERVICE SECURITY sp. z o. o., MAXUS sp. z o. o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-448 Łódź** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MM SERVICE MONITORING sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY sp. z o. o., MAXUS sp. z o. o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Łodzi.**

……

Sygn. akt: KIO 1782/17

Uzasadnienie

Zamawiający Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Ochrona obiektów i mienia GOŚ- Łódź sp. z o.o.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

pod nr 2017/S 110-221460 w dniu 10 czerwca 2017 r.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., MAXUS sp. z o.o. z siedzibą lidera w Kruszowie o odrzuceniu złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" oraz o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony „Magnum" J. S., jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, że z kalkulacji cenowej załączonej do oferty wynika, że Odwołujący przewidział obsługę każdego stanowiska ochrony przez 21 godzin, podczas, gdy zgodnie z treścią SIWZ należało zapewnić 24 godzinną obsługę stanowisk ochrony, a ponadto, Zamawiający wskazał na zamiar realizacji usługi przez Odwołującego przy pomocy osób o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, co stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Konsorcjum: MM SERVICE MONITORING sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY sp. z o. o., MAXUS sp. z o. o., wniosło odwołanie wobec:
1. czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp,
2. zaniechania czynności podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ustalenie

- na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności oceny ofert oraz udzielenia zamówienia Odwołującemu,

---

4. obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego

i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego

jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 z dnia 6 lipca 2017 r. należało załączyć do oferty szczegółową kalkulację stawki za 1 roboczogodzinę pracy pracownika ochrony kwalifikowanego, nie kwalifikowanego oraz usługi dodatkowej. Zamawiający nie ustalił żadnych wytycznych co do treści kalkulacji, nie wskazał jakie elementy mają być w niej ujęte, a tym samym pozostawił w gestii wykonawcy wybór sposobu jej przygotowania.

Odwołujący załączył do oferty kalkulację cenową dla każdej stawki godzinowej określonej w ofercie, z której jednoznacznie wynika, że usługa będzie realizowana poprzez obsadę posterunków całodobowych. Ta informacja została wprost zawarta w rubryce 8 tabelki kalkulacji dla pracownika kwalifikowanego, w rubryce 9 tabeli kalkulacji dla pracownika niekwalifikowanego oraz w rubryce 6 tabeli kalkulacji dla usługi dodatkowej.

Kalkulacja cenowa przedstawia w sposób szczegółowy koszty w ujęciu 1 roboczogodziny pracownika ochrony, jakie Odwołujący poniesie w związku z realizacją usługi, tj.: wynagrodzenie podstawowe w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie, składki dodatek za pracę w koszty ZUS, godzinach nocnych, umundurowania i inne niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Ponadto, w treści kalkulacji Odwołujący wskazał, że do obsługi każdego całodobowego posterunku deleguje 5 pracowników w wymiarze pełnego etatu, co pozwoli na zapewnienie zastępstw na czas urlopów i zwolnień lekarskich. Dodatkowo, w treści kalkulacji ceny dla pracownika nie kwalifikowanego Odwołujący ujął dofinansowanie z PFRON-u do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych.

Przedłożona kalkulacja została sporządzona zgodnie z wytycznymi Polskiego Związku Pracodawców Ochrona w zakresie wyceny ofert, w których to wytycznych przedstawiono wszystkie elementy cenotwórcze związane z zatrudnieniem pracowników ochrony na umowę o pracę, a które mają wpływ na ostateczną cenę oferty. Dla porównania koszt 1 rbh wyliczony przez Odwołującego wyniósł 17,68 zł, zaś koszt wyliczony przez Polski Związek Pracodawców Ochrona 17,66 zł. Stanowi to potwierdzenie poprawności dokonanych przez Odwołującego obliczeń.

Podane przez Zamawiającego uzasadnienie w części dotyczącej ilości godzin obsady stanowisk ochrony jest lakoniczne i nie pozwala na odniesienie się do stawianego zarzutu. W uzasadnieniu Zamawiający nie wskazał skąd wywiódł, że w kalkulacji została przedstawiona

wycena dla obsady posterunków w ujęciu 21 godzinnym. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnośnie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ ze względu na zamiar obsadzenia stanowisk ochrony przeznaczonych dla pracowników niekwalifikowanych osobami o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności w rozumieniu ustawy o rehabilitacji zawodowej i oraz zatrudnianiu Odwołujący podniósł, społecznej osób niepełnosprawnych. że Zamawiający wykluczył udział osób niepełnosprawnych jedynie na obiekcie położonym przy ul. Sanitariuszek 70/72 w Łodzi, zgodnie z treścią Załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt 1 (dotyczącym obiektu przy ul. Sanitariuszek). W pkt 2 Załącznika nr 1, który dotyczy obiektu „Składowisko odpadów GOŚ- Laguna" Zamawiający nie zawęził możliwości realizacji usługi do osób bez orzeczonej niepełnosprawności.

W odpowiedzi na zadane pytanie: „czy Zamawiający dopuści wykonywanie przedmiotu zamówienia przez pracownika ochrony ze stwierdzoną grupą inwalidzką ale posiadającego aktualne badania lekarskie potwierdzające brak ograniczeń psychofizycznych, lub przedmiotu uniemożliwiających utrudniających wykonywanie zamówienia" z dnia 06.07.2017 r. (pytanie nr 15), Zamawiający udzielił odpowiedzi „nie, zgodnie z SIWZ". Pytanie odnosiło się do realizacji usługi na obiekcie położonym przy ul. Sanitariuszek 70/72, bowiem dotyczyło jedynie wymagań określonych dla pracowników pełniących ochronę na tym obiekcie. Zamawiający w ten sposób podtrzymał dotychczasowe zapisy specyfikacji. Biorąc więc pod uwagę treść zapytania, odpowiedź Zamawiającego oraz opis przedmiotu zamówienia, dla Odwołującego było oczywiste, że może realizować usługę na obiekcie wskazanym w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy pracowników o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją, że ze względu na zakres obowiązków pracowników ochrony wskazany w Opisie przedmiotu zamówienia oraz że „Zamawiający nie jest zakładem pracy chronionej w rozumieniu ustawy {...)", a jednocześnie „jest obiektem podlegającym obowiązkowej ochronie na podstawie art. 5 ust. 2 pkt 3 lit. a Ustawy o ochronie osób i mienia (...)", czynności ochrony nie mogą być wykonywane przez pracowników ochrony z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, obiektem podlegającym obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje obronne jest obiekt położony przy ul. Sanitariuszek 70/72, a nie wszystkie obiekty Zamawiającego. Opis charakterystyki obiektu „Składowisko odpadów GOŚ" nie zawiera wzmianki o zaliczeniu do obiektów podlegającej obowiązkowej ochronie, lecz informację „obiekt ten nie jest objęty planem ochrony", co przesądza ostatecznie o tym, że nie podlega obowiązkowej ochronie. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 w z związku z art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1432 z późn. zm.) „Kierownik Jednostki, który bezpośrednio

zarządza obszarami, obiektami i urządzeniami umieszczonymi w ewidencji, o której mowa w art, 5 ust. 5 (ewidencja obiektów podlegających obowiązkowej ochronie), albo upoważniona przez niego osoba są obowiązani uzgadniać plan ochrony tych obszarów, obiektów i urządzeń z właściwym terytorialnie komendantem wojewódzkim Policji, a w zakresie zagrożeń o charakterze terrorystycznym, z właściwym terytorialnie dyrektorem delegatury Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego".

Ponadto, zakres obowiązków pracowników ochrony określony na potrzeby

przedmiotowego postępowania, tj. patrolowanie terenu; obsługa bramy wjazdowej z jednoczesnym kontrolowaniem ruchu osobowego, materiałowego i pojazdów oraz prowadzenie ewidencji w tym zakresie zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi instrukcjami; opieka nad psami (inwentarz żywy Spółki); utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń zajmowanych przez pracowników ochrony, nie odbiega od standardowych wymagań dotyczących realizacji usług ochrony na rynku zamówień publicznych, a wskazane czynności z powodzeniem mogą być wykonywane przez osoby o orzeczonym stopniu niepełnosprawności. Powyższy fakt jest powszechnie znany, a zatem nie wymaga dowodzenia.

Zamawiający nie musi być zakładem pracy chronionej w rozumieniu ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych żeby móc korzystać z usług wykonawcy zatrudniającego, czy też posługującego się pracownikami z orzeczonym stopniem niepełnosprawności. W obowiązującym w Polsce systemie prawa brak jest przepisów regulujących wymagania stawiane dla odbiorców usługi realizowanej przez podmioty zatrudniające osoby niepełnosprawne.

Co więcej, w art. 16 ww. ustawy ustawodawca wprost dopuścił zatrudnienie osób niepełnosprawnych przy pilnowaniu, wskazując, że przy wykonywaniu tego rodzaju pracy nie stosuje się przepisów art. 15 tej ustawy, dotyczących ograniczenia czasu pracy, zakazu zatrudniania w godzinach nocnych, nadliczbowych itp. W doktrynie prawa natomiast wyjaśniono mogący budzić wątpliwości interpretacyjne zwrot „zatrudnienie przy pilnowaniu". W komentarzu do ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych pod redakcją Mirosława Włodarczyka wyjaśniono, że zgodnie z wykładnią celowościową, pilnowanie odnosi się zarówno do ochrony osób, jak i mienia. Nie ma więc przeciwskazań prawnych, aby pracownicy o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności świadczyli pracę we wskazanym obiekcie.

Zamawiający w sposób rozszerzający zinterpretował zatem zawarty w SIWZ Opis przedmiotu zamówieniu. Przyjął bowiem, że zakaz skierowania do realizacji usługi osób niepełnosprawnych dotyczy całego zamówienia mimo, że takie ograniczenie zostało wyraźnie ustanowione tylko dla jednego obiektu, co stanowi naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp. Z korelacji art. 7 z art. 29

---

ust. 1 Pzp nasuwa się oczywisty wniosek, że nie można w sposób rozszerzający, na niekorzyść wykonawcy interpretować postanowień SIWZ, w tym również opisu przedmiotu zamówienia, gdyż prowadziłoby to zmiany reguł postępowania na etapie oceny ofert, co oczywiście godzi w zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości interpretacyjne odnośnie postanowień

OPZ, to powinien je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający w sposób lakoniczny wskazał na rzekome zaoferowanie usługi ochrony przez 21 godzin, a nie całodobowo. Nie przedstawił skąd wywiódł tezę o 21- godzinnym posterunku. W związku z powyższym nie jest możliwe odnieść się merytorycznie do stawianego przez Zamawiającego zarzutu, tym bardziej, że wszystkie złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty, w tym formularz oferty wraz ze szczegółową kalkulacją oferty, wyjaśnienia treści złożonej oferty wskazują na zamiar realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ, tzn. całodobowo.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO w zakresie interpretacji art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, potwierdzające, że zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, a powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Po stronie wykonawcy kształtuje to prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia (wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1429/15, wyrok z dnia 6 marca 2017 r. KIO 351/17).

Wykonawca J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane

Biuro Ochrony „Magnum" J. S. w dniu 1 września 2017 r. (data wpływu do Prezesa KIO) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 11 września 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że treść kalkulacji cenowej stanowiącej element formularza oferty Odwołującego jasno wskazuje, że wykonawca zaoferował świadczenie obsługi posterunku całodobowego wyłącznie przez 21h na dobę, co nie wymagało dodatkowego wyjaśnienia ze strony wykonawcy. Zamawiający przewidywał 4 etaty na terenie podstawowym i 1 etat na lagunach. Odwołujący w ofercie przyjął do kalkulacji 5

---

etatów na posterunek całodobowy. Jeden etat stanowi przeciętnie 160 h miesięcznie (20 dni). Przemnożenie 5 etatów x160h i x 17,96 zł (stawka za roboczogodzinę Odwołującego) daje kwotę 14 368,00 zł. Tymczasem Odwołujący podał w kalkulacji kwotę 12 906,00zł. Obliczenie to prowadzi do wniosku, że brak jest zapewnienia przez Odwołującego obsługi przez 100h w każdym miesiącu, tj. średnio dziennie –

3,3h.

Zamawiający wyjaśnił również, że w pkt 2 OPZ wymagał zapewnienia ochrony na terenie składowiska odpadów GOŚ-Laguny w Łodzi przy drodze Okołowidzkiej. Zgodnie z treścią OPZ do zadań służby ochrony obiektu należy m.in.: patrolowanie terenu, obsługa bramy wjazdowej z jednoczesnym kontrolowaniem ruchu osobowego, materiałowego i pojazdów oraz prowadzenia ewidencji w tym zakresie zgodnie z wewnętrznymi instrukcjami, opieka nad psami (inwentarz żywy Spółki), utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń zajmowanych przez pracowników ochrony. W ocenie Zamawiającego, skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia w pkt 2, tj. na terenie składowiska odpadów, osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem wskazane czynności nie mogą być skutecznie wykonywane przez osoby niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym.

Zamawiający podkreślił, że spośród czterech wykonawców tylko Odwołujący zdecydował się skierować do realizacji przedmiotu zamówienia osoby niepełnosprawne. W ten sposób wykonawca zyskał nieuprawnioną przewagę nad innymi konkurentami w zakresie ceny. Powołane przez Odwołującego pytanie nr 15 do SIWZ dotyczyło „wykonywania przedmiotu zamówienia", a zatem dotyczyło całości przedmiotu zamówienia. Zatem negatywna odpowiedź udzielona przez Zamawiającego również mogła dotyczyć tylko całości przedmiotu zamówienia – nie została bowiem zawężona do jakiejś jego części.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z instrukcją BHP, stanowiącą załącznik nr 6 do SIWZ pkt 2.1, składowisko odpadów jest terenem prac szczególnie niebezpiecznych z uwagi na pracę przy zbiornikach ze ściekami i osadami. Jest to teren grząski, bagnisty o powierzchni blisko 20ha, odległy od zabudowań mieszkalnych o ok. 1 km. Teren ten stanowi siedlisko dzikiej zwierzyny. Pracownicy wykonawcy będą zabezpieczać ten teren przed dostępem osób nieuprawnionych. Trudno sobie wyobrazić, żeby osoba z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, skutkującym zawsze ograniczeniami psychoruchowymi, wykluczającymi pracę w nocy i poruszanie się po niestabilnym, rozległym terenie, była w stanie wykonywać czynności zastrzeżone w pkt 2 OPZ. Zamawiający załączył do pisma notatkę służbową Kierownika Składowiska Odpadów GOŚ-Laguny w Łodzi na okoliczność stanu istniejącego na terenie składowiska odpadów i wymogu sprawności fizycznej do patrolowania tego terenu. Zamawiający załączył też opinię lekarza NZOZ Remedium – p. G. D. na okoliczność rodzajów chorób zaliczanych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, które wykluczają pracę w obsadzie jednoosobowej, w nocy, w

---

długotrwałym ruchu, przy maszynach w ruchu, przy otwartych źródłach ognia. Patrolowanie dużych powierzchniowo obiektów wymaga pełnej sprawności psychoruchowej, podczas gdy osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności zawsze posiadają ograniczenia psychoruchowe, wykluczające pracę w nocy i poruszanie się po rozległym, niestabilnym terenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę: J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Koncesjonowane Biuro Ochrony „Magnum" J. S.. Stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 Pzp, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosi się do Prezesa KIO w formie pisemnej w terminie 3 dni od dnia przekazania wykonawcy przez zamawiającego kopii odwołania. W niniejszej sprawie Zamawiający przekazał ww. wykonawcy kopię odwołania w dniu 28 sierpnia 2017 r., co sam wykonawca potwierdził w treści odwołania oraz na posiedzeniu. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 1 września 2017 r., co oznacza, że nastąpiło po upływie ustawowego 3-dniowego terminu.

Izba rozpoznała odwołanie, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, tj. w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 Pzp oraz naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wskazał jako zakres rzeczowy zamówienia obiekty objęte przedmiotem zamówienia, tj. bezpośrednią ochroną fizyczną obiektów i mienia. Zamawiający w pkt 1 OPZ opisał „teren podstawowy GOŚ w Łodzi przy ul. Sanitariuszek 70/72". W tym opisie Zamawiający zawarł wprost postanowienie, że ww. obiekt jest objęty planem ochrony, a „Pracownik ochrony powinien posiadać aktualne badania lekarskie, nie posiadać ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupa inwalidzką, uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie przedmiotu zamówienia". W pkt 2 OPZ, dotyczącym obiektu „Składowisko odpadów GOŚ-Laguny w Łodzi przy drodze Okołowickiej" Zamawiający podał informację, że obiekt nie jest objęty planem ochrony, określił wyposażenie pracowników oraz zakres zadań: patrolowanie terenu, obsługa bramy wjazdowej z jednoczesnym kontrolowaniem ruchu osobowego, materiałowego i pojazdów oraz prowadzenia ewidencji w tym zakresie zgodnie z wewnętrznymi instrukcjami, opieka nad psami (inwentarz żywy Spółki), utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń zajmowanych przez pracowników ochrony. W powyższym opisie Zamawiający nie zawarł zastrzeżenia odnośnie braku możliwości zatrudnienia osób z orzeczoną niepełnosprawnością, podobnie jak w pozostałych punktach OPZ, tj. w pkt 3 OPZ „Budynek nr 23 – Łódź ul. Sanitariuszek 66" i pkt 4 OPZ „Pracownicy ochrony na Portierni Głównej …".

Zamawiający, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 z dnia 6 lipca 2017 r., wymagał załączenia przez wykonawców do oferty szczegółowej kalkulacji stawki za 1 roboczogodzinę pracy pracownika ochrony kwalifikowanego, nie kwalifikowanego oraz usługi dodatkowej. Zamawiający nie podał w SIWZ żadnych wytycznych co do treści tej kalkulacji, nie wskazał też jakie elementy mają być w niej ujęte.

Odwołujący załączył do oferty kalkulację cenową dla każdej stawki godzinowej określonej w ofercie. Z treści kalkulacji wynika, że wykonawca zamierza realizować usługę, poprzez obsadę posterunków całodobowych. Informacja ta została zawarta w tabeli kalkulacji dla pracownika kwalifikowanego, w tabeli kalkulacji dla pracownika niekwalifikowanego oraz w tabeli kalkulacji dla usługi dodatkowej wraz ze wskazaniem liczby pracowników do obsługi posterunku całodobowego.

Zatem, zgodnie z wymaganiami SIWZ, Odwołujący przedłożył w ofercie w załączeniu do formularza ofertowego „Kalkulację ceny za 1 RBH pracownika kwalifikowanego".
W kalkulacji tej Odwołujący wyliczył koszt za 1 RBH w wysokości - 17,68 zł, łączne koszty w skali miesiąca w wysokości – 12 906,00 zł, łączny koszt brutto 1 wynagrodzenia w

wysokości – 2512,20 zł, koszt wynagrodzenia w skali miesiąca w wysokości – 12561,00 zł, pozostałe koszty w skali 1 miesiąca (umundurowanie, wyposażenie w art. biurowe, i inne niezbędne do należytej realizacji usługi), łączne koszty w skali miesiąca – 12 906, 00 zł, zysk na 1 RBH oraz cenę za 1 RBH w wysokości - 17.96 zł. Cena ta została przeniesiona przez

wykonawcę do formularza oferty w pkt 1.1. Kalkulacja cenowa przedstawia w sposób szczegółowy koszty w ujęciu 1 roboczogodziny pracy pracownika ochrony, jakie Odwołujący poniesie w związku z realizacją usługi, tj.: wynagrodzenie podstawowe w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie, składki ZUS, dodatek za pracę w godzinach nocnych, koszty umundurowania i inne niezbędne do należytej realizacji zamówienia.

W treści ww. kalkulacji Odwołujący wskazał, że do obsługi każdego całodobowego posterunku deleguje 5 pracowników, co pozwoli na zapewnienie zastępstw na czas urlopów i zwolnień lekarskich. Odwołujący wyjaśnił, że przedłożona kalkulacja została sporządzona zgodnie z wytycznymi Polskiego Związku Pracodawców Ochrona w zakresie wyceny ofert, w których to wytycznych przedstawiono wszystkie elementy cenotwórcze związane z zatrudnieniem pracowników ochrony na umowę o pracę, a które mają wpływ na ostateczną cenę oferty i załączył taką kalkulację do odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba zważył, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. SIWZ jest dokumentem, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, z drugiej zaś strony - w przypadku braku należytej staranności po stronie zamawiającego - obciąża go odpowiedzialnością za niejednoznaczne, niekonkretne, niewyczerpujące określenie w SIWZ wymagań, w tym między innymi wymagań, dotyczących parametrów i cech samego przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania.

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć miejsce wówczas, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do spełnienia wymagań zawartych w SIWZ, Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w celu wyeliminowania jakichkolwiek niejasności co do treści oferty. Odrzucenie oferty nie może nastąpić w przypadku, gdy Zamawiający nie uzyska pewności co do faktu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W danym stanie faktycznym, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że z kalkulacji cenowej załączonej do jego oferty wynika, że Odwołujący przewidział obsługę każdego stanowiska ochrony przez 21 godzin, podczas gdy zgodnie z

treścią SIWZ, należało zapewnić 24 godzinną obsługę ww. stanowisk. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym, na jakiej podstawie doszedł do takiej oceny. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu, Zamawiający wyjaśnił, w jaki sposób ustalił, że treść oferty nie spełnia wymogu zapewnienia 24 godzinnej obsługi stanowisk ochrony. Na podstawie złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień, Izba stwierdziła, że
Zamawiający błędnie przyjął, że koszt obsługi posterunku całodobowego wynika z pomnożenia kosztu 1 RGH przez czas pracy 5 pracowników (5X160h = 800h/miesiąc), podczas gdy liczba godzin w miesiącu potrzebna do całodobowej obsługi posterunku wynosi średnio 730 h. Zatem, koszt obsługi posterunku powinien być wyliczony dla 730 roboczogodzin w miesiącu, które w przypadku oferty Odwołującego będą zrealizowane łącznie przez 5 pracowników. Nie można zatem przyjąć, że koszt ten powinien wynosić tyle samo co czas pracy 5 pracowników (na pełnym etacie) pomnożony przez koszt 1 RGH 17,96 zł. Koszt 1 godziny czasu pracy (wynagrodzenie pracownika) nie jest tożsamy z kosztem 1 RGH przy całodobowej obsłudze posterunku.

Na etapie badania oferty Odwołującego, wobec powzięcia wątpliwości w powyższym zakresie Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Tymczasem Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wątpliwości i przedwcześnie odrzucił ofertę, uznając arbitralnie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Nie potwierdziła się również niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji stanowiąca podstawę do uznania przez Zamawiającego, ze oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. zamiar realizacji usługi przez Odwołującego przy pomocy osób o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, co zdaniem Zamawiającego, nie zostało dopuszczone w SIWZ w odniesieniu do obiektu opisanego w pkt 2 OPZ.

Jak wynika z treści SIWZ, Zamawiający wykluczył udział osób niepełnosprawnych jedynie na obiekcie położonym przy ul. Sanitariuszek 70/72 w Łodzi. Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt 1 (dotyczącym obiektu przy ul. Sanitariuszek), Zamawiający wskazał wprost: „pracownik ochrony powinien posiadać aktualne badania lekarskie, nie powinien posiadać ograniczeń psychofizycznych stwierdzonych grupą inwalidzką, uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie przedmiotu zamówienia". W pkt 2 Załącznika nr 1, który dotyczy obiektu „Składowisko odpadów GOŚ- Laguna" Zamawiający nie zawęził możliwości realizacji usługi do osób bez orzeczonej niepełnosprawności. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców do treści SIWZ: „Czy Zamawiający dopuści wykonywanie przedmiotu zamówienia przez pracownika ochrony ze stwierdzoną grupą inwalidzką ale posiadającego aktualne badania lekarskie potwierdzające brak ograniczeń psychofizycznych, uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie przedmiotu zamówienia" z dnia 6 lipca 2017 r. (pytanie nr 15),

Zamawiający odpowiedział „Nie, zgodnie z SIWZ", co oznacza, że Zamawiający faktycznie odesłał wykonawców do treści SIWZ, a ta wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający nie dopuścił zatrudnienia osób niepełnosprawnych tylko w zakresie pkt 1 OPZ, a w zakresie pkt 2 OPZ takiego wyłączenia nie ma. Zamawiający w powyższej odpowiedzi podtrzymał zatem bez zmian dotychczasowe postanowienia specyfikacji.

Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że ze względu na zakres obowiązków pracowników ochrony wskazany w Opisie przedmiotu zamówienia, wymagane czynności ochrony nie mogą być wykonywane przez pracowników ochrony z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Odwołujący złożył na rozprawie przykładowe orzeczenia o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, z których wynika, że przy zaliczeniu osoby do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności jest możliwe wykonywanie pracy bez wskazań do „odpowiedniego zatrudnienia” i bez „konieczności korzystania ze stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji”.

Zakres obowiązków pracowników ochrony określony na potrzeby przedmiotowego postępowania, tj. patrolowanie terenu; obsługa bramy wjazdowej z jednoczesnym kontrolowaniem ruchu osobowego, materiałowego i pojazdów oraz prowadzenie ewidencji w tym zakresie zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi instrukcjami; opieka nad psami (inwentarz żywy Spółki); utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń zajmowanych przez pracowników ochrony, nie obejmuje prac, które nie mogą być wykonywane przez osoby o orzeczonym stopniu niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na tej podstawie, nie przedstawił dowodu na fakt, że przepisy prawa uniemożliwiają zatrudnienie osób niepełnosprawnych przy wykonywaniu tych usług. Z treści SIWZ wynika natomiast wprost, że zastrzeżenie co do możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych nie zostało sformułowane w zakresie wykonywania usług ochrony na terenie obiektu składowiska odpadów. Izba uznała za nieistotną dla rozstrzygnięcia tego zarzutu notatkę służbową Kierownika Składowiska Odpadów GOŚ-Laguny w Łodzi na okoliczność stanu istniejącego na terenie składowiska odpadów i wymogu sprawności fizycznej do patrolowania tego terenu oraz opinię lekarza NZOZ Remedium – p. G. D. na okoliczność jedynie przykładowych rodzajów chorób zaliczanych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, które wykluczają pracę w obsadzie jednoosobowej, w nocy, w długotrwałym ruchu, przy maszynach w ruchu, przy otwartych źródłach ognia. Instrukcja BHP obowiązująca na składowisku odpadów, na którą powoływał się Zamawiający na rozprawie, nie została przez Zamawiającego przedłożona jako dowód w sprawie. Wobec powyższego należało przyjąć, że Zamawiający nie wykluczył w

przedmiotowym postępowaniu możliwości zatrudnienia osób z orzeczonym umiarkowanym stopniem niepełnosprawności w ochronie obiektu składowiska odpadów Laguna,

w przypadku gdy określona osoba zostanie dopuszczona do pracy w ochronie takiego obiektu przez lekarza medycyny pracy.

Jak wskazano powyżej, zarówno wykonawców, jak i zamawiającego wiążą postanowienia specyfikacji, które nie mogą być interpretowane rozszerzająco, na niekorzyść wykonawcy, na etapie oceny ofert. Przeciwne działanie zamawiającego stanowi poważne naruszenie zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 7 Pzp, 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.

Biorąc pod uwagę, że obowiązujące przepisy nie wykluczają możliwości świadczenia usług ochrony mienia przy pomocy osób z orzeczoną umiarkowaną niepełnosprawnością, to Zamawiający powinien wyraźnie wskazać w SIWZ, że nie dopuszcza możliwości realizacji przedmiotu zamówienia z udziałem takich osób, jeśli jest to uzasadnione obiektywnymi okolicznościami. W świetle postanowień SIWZ, Odwołujący nie miał podstaw do przyjęcia, że usługa na obiekcie „Składowisko Odpadów GOŚ-Laguna" nie może być realizowana przez osoby z orzeczoną niepełnosprawnością w stopniu umiarkowanym. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, w sposób rozszerzający zinterpretował określony w SIWZ opis przedmiotu zamówieniu, przyjmując, że zakaz skierowania do realizacji usługi osób niepełnosprawnych dotyczy całego zakresu rzeczowego zamówienia, choć takie ograniczenie zostało wyraźnie ustanowione wyłącznie dla jednego obiektu.

Wobec powyższego należało uznać, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz dokonał wyboru oferty wykonawcy Koncesjonowane Biuro Ochrony „Magnum" J. S. z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Okoliczności, które Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego podania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie uznania, że wykonawca zaoferował usługę ochrony dla posterunku całodobowego jedynie przez 21 godzin na dobę.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Treść powyższego przepisu stanowi wyraz zasady jawności,

transparentności, przejrzystości i uczciwej konkurencji, obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno przedstawiać wszystkie przyczyny, które legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość oceny wskazanych przez zamawiającego uchybień i ewentualnego odniesienia się do nich w ramach środków ochrony prawnej przysługujących
wykonawcy, umożliwiając tym samym odpowiednio kontrolę prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

W badanym stanie faktycznym Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, podając w uzasadnieniu faktycznym jedynie lakoniczne stwierdzenie, że wykonawca zaoferował obsługę posterunku ochrony w czasie 21 godzin na dobę, bez jednoczesnego szczegółowego wyjaśnienia okoliczności, na podstawie których przyjął powyższą ocenę oświadczeń złożonych przez Odwołującego w ofercie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

……