Sygn. akt: KIO 267/15

WYROK
z dnia 27 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. Sp. z o.o., Solid Security Sp. z o.o. i Solid Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Plac Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Urzędowi Komisji Nadzoru Finansowego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. Sp. z o.o., Solid Security Sp. z o.o. i Solid Sp. z o.o., w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SELEN Sp. z o.o. i T. L. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś w pozostałej części zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione,**

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Plac Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** 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 udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma**

Security A. M. i M. W. Sp. z o.o., Solid Security Sp. z o.o. i Solid Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, Plac Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. Sp. z o.o., Solid Security Sp. z o.o. i Solid Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 267/15

Uzasadnienie

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę osób i mienia w obiektach UKNF. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2014 r. pod pozycją 2014/S 212-375621.

W dniu 12 lutego 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. Sp. z o.o., Solid Security Sp. z o.o. i Solid Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. bezzasadnym wykluczeniu odwołującego z postępowania z uwagi na niezabezpieczenie oferty wadium, pomimo że odwołujący pozostaje związany ofertą, oraz pomimo że oferta odwołującego nie może być zabezpieczona wadium z uwagi na wybranie w dniu 16 grudnia 2014 r. (pierwszy wybór) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SELEN Sp. z o.o. i T. L. (dalej: „Konsorcjum Selen") jako oferty najkorzystniejszej i obowiązek zwrotu wadium wszystkim pozostałym wykonawcom;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Selen, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Selen, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. prowadzeniu nieuprawnionych negocjacji z Konsorcjum Selen w zakresie ilości osób przewidzianych do realizacji zamówienia w celu przyznania temu wykonawcy możliwie najwyższej ilości punktów w kryterium „jakość" oraz w celu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Selen niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć wykonawca ten nie uwzględnił we własnej ofercie zatrudnienia osoby bezrobotnej przy wykonywaniu usługi;
5. dokonaniu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia po terminie składania ofert, poprzez zastosowanie wykładni autentycznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost sprzecznej z jej literalnym brzmieniem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do uznania, że jedynie oferta wybrana jako najkorzystniejsza winna być zabezpieczona wadium od czasu dokonania wyboru tej oferty do czasu podpisania umowy, zaś pozostałe oferty powinny jedynie podtrzymywać oświadczenie o związaniu ofertą, zaś nie powinny być w tym okresie zabezpieczone wadium, gdyż zamawiający ma obowiązek jego zwrotu;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Selen, pomimo że wykonawca nie wykazał i w żaden sposób nie udowodnił w wyjaśnieniach z dnia 26 stycznia 2015 r., tj. trzecich wyjaśnieniach dotyczących elementów cenotwórczych, że zaoferowana przez niego cena jest realna;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez Konsorcjum Selen, poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Selen, choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 7 ust. 1 I 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, jest uprawniony

do prowadzenia negocjacji z Konsorcjum Selen w celu przyznania temu wykonawcy możliwie najwyższej ilości punktów w kryterium „jakość", zamiast dokonać odrzucenia oferty Konsorcjum Selen z uwagi na nieuwzględnienie osoby bezrobotnej w oferowanych osobach przeznaczonych do wykonywania usługi;

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert

---

i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zawężenie terminu „klauzule społeczne", przy ocenie należnej ilości punktów w kryterium „jakość", wyłącznie do jednej „klauzuli społecznej", opisanej w ust. 3.1.2 specyfikacji, choć ust. 9.2 specyfikacji posługuje się liczbą mnogą, a nie pojedynczą w odniesieniu do przyznawania 0 pkt za osoby zatrudnione na podstawie „klauzul społecznych".

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Bezzasadne wykluczenie odwołującego z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium po terminie wyboru oferty konkurencyjnej jako najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert przypadał na dzień 14 listopada 2014 r., zaś termin związania ofertą wynosił 60 dni. Z uwagi na wniesione odwołanie (wniesione w dniu 24 grudnia 2014 r., rozstrzygnięte postanowieniem w dniu 12 stycznia 2015 r.), termin związania ofertą uległ zawieszeniu, zatem termin związania ofertą upłynął nie 12 stycznia 2015 r., lecz 27 stycznia 2015 r. W dniu 21 stycznia 2015 r. odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 28 lutego 2015 r. W dniu 16 grudnia 2014 r. zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum Selen. Od dnia 16 grudnia 2014 r. do dnia 13 stycznia 2015 r., kiedy to ważność wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej wygasła, zamawiający bezprawnie przetrzymał wadium odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nowelizacje ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2009 r. uchyliły konieczność nieprzerwanego zabezpieczenia wadium wszystkich ofert złożonych w postępowaniu - obowiązek utrzymania ciągłego zabezpieczenia wadialnego dotyczy w obecnym stanie prawnym wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż to ofertę Konsorcjum Selen zamawiający ocenił jako najkorzystniejszą. Zatem od dnia wyboru oferty konkurencyjnej jako najkorzystniejszej, wadium wniesione przez odwołującego winno zostać niezwłocznie zwrócone. Oferta odwołującego, wobec wyboru oferty Konsorcjum Selen jako oferty najkorzystniejszej, nie musiała być zabezpieczona wadium bez uszczerbku dla praw odwołującego w postępowaniu.

Jak stwierdził odwołujący, zamawiający zaniechał obowiązku zwrotu wadium odwołującemu wynikającego z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wypowiedział się co do przyczyn zaniechania zwrotu wadium. Odwołujący podkreślił, że wniesienie przez odwołującego środków ochrony prawnej wobec czynności z dnia 16 grudnia 2014 r., polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Selen jako oferty najkorzystniejszej, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zwrotu wadium, art. 46 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, że

---

w sytuacji rozstrzygnięcia odwołania zamawiający zobowiązany jest do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ustawodawca uwzględnił zatem możliwość wniesienia odwołania i zmiany wyniku postępowania - wyboru innej oferty jako oferty najkorzystniejszej niż podczas pierwszej czynności wyboru oferty - nie zwolnił jednak zamawiającego z obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium. Wobec powyższego, jak zaznaczył odwołujący, zamawiający po wyborze w dniu 16 grudnia 2014 r. oferty Konsorcjum Selen jako najkorzystniejszej, powinien niezwłocznie zwrócić wadium i zażądać od odwołującego wniesienia wadium dopiero po dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie zwraca wadium zabezpieczającego wyłącznie ofertę najkorzystniejszą, a nie ofertę, która dopiero po przeprowadzeniu badania i oceny może być uznana za najkorzystniejszą. Zatem, z faktu zaniechania zwrotu wadium, zamawiający nie może wywodzić niekorzystnych dla odwołującego skutków, jakoby zobowiązał tym samym odwołującego do ciągłego zabezpieczania oferty wadium. Odwołujący zaznaczył, że nieprawidłowości działania zamawiającego nie sanuje fakt, że odwołujący nie domagał się zwrotu wadium - z faktu, że odwołujący tego nie czynił nie wynika dopuszczalność

przetrzymywania wadium przez zamawiającego, ani tym bardziej możliwość kształtowania sytuacji prawnej odwołującego, tak jakby był on zobowiązany do utrzymywania ciągłości zabezpieczenia swojej oferty. Takie działanie zamawiającego jest bezprawne i nie zasługuje na ochronę. Odwołujący za własny przyjął pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1098/12, zwrócił też uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 8 października 2014 r., sygn. akt II Ca 796/14.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Selen z uwagi na rażąco niską cenę

W wyniku analizy treści wyjaśnień Konsorcjum Selen z dnia 4 grudnia 2014 r., 10 grudnia 2014 r. oraz 26 stycznia 2015 r. odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Selen nie przedstawiło żadnej realnej kalkulacji własnej oferty (kalkulacja z dnia 4 grudnia 2014 r. jest kalkulacją hipotetyczną), Konsorcjum Selen nie przewidziało do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, które korzystają z dofinansowania publicznego PERON, obniżającego koszty wynagrodzenia, zaś dofinansowanie, które SELEN Sp. z o.o. otrzymuje jako zakład pracy chronionej do wynagrodzenia osób niepełnosprawnych nie ma żadnego wpływu na koszty ceny ofertowej zaoferowanej przez Konsorcjum Selen. Odwołujący uznał ponadto, że Konsorcjum Selen w żadnym w trzech wyjaśnień nie przedstawiło dowodów, które potwierdzałyby, że wykonawca ten jest w szczególnie uprzywilejowanej pozycji, która uprawnia go do obniżenia kosztów przedmiotowego zamówienia - dowody dołączone do pisma Konsorcjum Selen z dnia 4 grudnia 2014 r. dotyczące potwierdzenia, że SELEN Sp. z o.o. jest zakładem pracy chronionej odwołujący uznał za nieadekwatne, z uwagi na to,

---

że zatrudnione przez ww. wykonawcę do wykonywania zamówienia osoby nie są osobami niepełnosprawnymi.

W celu wykazania, że Konsorcjum Selen zaoferowało rażąco niską cenę odwołujący przedstawił własne wyliczenia. Odwołujący przyjął, iż w 2015 r. najniższe wynagrodzenie (etat 168 godzin) wynosi 1 750,00 zł. (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 1220). Pracodawca do kwoty 1 750,00 zł musi doliczyć następujące pochodne (składki):
9,76% emerytalne 170,80 zł
6,50% rentowa 113,75 zł
0,84% wypadkowa 14,70zł
2,45% FP 42,88 zł
0,10% FGŚP 1,75 zł
Razem = 2 093,88 zł
Urlop (miesiąc) + 199,52 zł
Razem = 2 293,40 zł : 168 = 13,66 zł/h
W związku z powyższym, minimalna stawka godzinowa winna wynosić: 13,66 zł/h (2 293,40 zł - koszt etatu : 168 godzin - norma czasu pracy = 13,66 zł/h)
VAT: 13,66 zł/h + VAT (23%) = 16,80 zł/h brutto.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na stronie 2 Formularza ofertowego Konsorcjum Selen zadeklarowało zatrudnienie 26 pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy (tj. 168 godzin etat). W wyjaśnieniach z dnia 26 stycznia 2015 r. Konsorcjum Selen oświadczyło, że „liczba 26 pracowników nie obejmuje zatrudnienia osoby jednej osoby bezrobotnej, o której mowa w klauzuli społecznej opisanej przez Zamawiającego w pkt 3.1.2. SIWZ w części Warunki dodatkowe". Wobec powyższego, 27 osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy mają do wypracowania 58 196,88 godzin w okresie trwania umowy (27 osób x 168 godzin etat x 12,83 m-ca trwania umowy = 58 196,88 godzin). Z kalkulacji tej wynika, jak wskazał odwołujący, że zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Selen, same koszty zatrudnienia 27 osób w pełnym wymiarze czasu pracy wynoszą co najmniej 977 707,58 zł brutto (58 196,88 godzin pracy w czasie świadczenia usługi x 16,80 zł/h brutto jako minimalny koszt = 977 707,58 zł brutto). Cena zaoferowana zaś przez Konsorcjum Selen wynosi 590 060,00 zł brutto. Odwołujący podkreślił, że w żadnym z trzech wyjaśnień składanych na wezwanie

---

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum Selen nie przedstawiło dowodów potwierdzających, iż jest uprawnione do obniżenia własnej ceny o co najmniej 387 647,58 zł brutto (przy czym kwota ta nie zawiera innych kosztów niż koszty pracy oraz zakładanej marży, zatem faktycznie wartość ta jest wyższa o chociażby te dwa elementy).

Zdaniem odwołującego, nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Konsorcjum Selen mogło zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową, która powinna być o 65,7% wyższa, jeżeli miałaby uwzględniać same koszty pracy 27 osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy. Tymczasem, na koszty wykonania zamówienia nie składają się wyłącznie koszty pracy zatrudnionych osób, lecz również koszty sprzętu niezbędnego dla ochroniarzy, ich umundurowania. Cena ofertowa winna też zakładać wypracowanie zysku.

W ocenie odwołującego, każde z trzech wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wniosek zamawiającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest nieprecyzyjne i ogólne. Odwołujący wskazał, że odpowiadając na wezwania zamawiającego Konsorcjum Selen poprzestało na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wyceniło wszystkie koszty i ryzyko, podając ogólną i hipotetyczną kalkulację. Tego typu wyjaśnień nie można, zdaniem odwołującego, uznać za wystarczające - każdą ogólną wartość podaną w kalkulacji należy rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów zamortyzowanych mundurów czy wyposażenia ochrony czy zamortyzowanych kosztów szkolenia i nadzoru, możliwością obniżenia wynagrodzenia konkretnych osób o konkretne wartości), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku Konsorcjum Selen nie zachodzą żadne szczególne okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Ponadto, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli ofertę w ramach konsorcjów i dzięki uzyskanej synergii są w stanie polegać na wyjątkowo korzystnych zakupach, efektywniej negocjować itp. Z powyższych względów, w opinii odwołującego, wyjaśnienia Konsorcjum Selen nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat, oraz że cena ta jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc. Odwołujący skonstatował, że cena Konsorcjum Selen jest zaniżona i nie gwarantuje należytego

---

wykonania zamówienia.

Na marginesie odwołujący wskazał, że przyjęte przez Konsorcjum Selen w hipotetycznej kalkulacji wartości są niewłaściwe. W złożonych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 4 i 10 grudnia 2014 r. Konsorcjum Selen wskazało, że w okresie trwania zamówienia do wypracowania jest 46 772 godziny. W związku z powyższym, Konsorcjum Selen w pełnym wymiarze czasu pracy może zatrudnić najwyżej 21,70 osób (46 722 godziny - całość zamówienia : 12,83 miesiąca = 3 645,52 godzin średnio miesięcznie : 168 godzin etat = 21,70 osób). Jednakże, w kryterium „jakość” zamawiający przyznał Konsorcjum Selen maksymalną ilość punktów, gdyż liczył punkty dla 26 pełnych etatów pracowniczych (pełny etat bezrobotnego, tj. 27 osoba, nie jest dodatkowo punktowany, w myśl pkt 9.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z najwyższej ostrożności odwołujący zauważył również, że jeżeliby przyjąć do wyliczenia należnego wynagrodzenia pracowniczego 46 722 godzin (zamiast należnego 58 196,88), to i tak sama wartość kosztów pracy wyniosłaby 784 929,60 zł brutto (46 722 godzin pracy w czasie świadczenia usługi x 16,80 zł/h brutto jako minimalna koszt = 784 929,60 zł brutto). Uwzględniając zaś zaoferowaną przez Konsorcjum Selen cenę ofertową 590 060,00 zł brutto, należy przyjąć, że Konsorcjum Selen nie wykazało możliwości obniżenia własnej ceny o co najmniej 194 869,60 zł brutto (przy czym kwota ta nie zawiera innych kosztów niż koszty pracy oraz zakładanej marży, zatem faktycznie wartość ta jest wyższe o chociażby te dwa elementy).

W odniesieniu do specyfiki zakładu pracy chronionej odwołujący zauważył, że sam otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników, więc odwołujący zna i rozumie kryteria finansowania tego rozwiązania. Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 26a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.) stwierdzając, iż pracodawca dofinansowanie z PFRON otrzymuje tylko i wyłącznie do wynagrodzenia konkretnego zatrudnionego i zarejestrowanego w PFRON pracownika, a nie

dla firmy. Z uwagi na powyższe, argument o dofinansowaniu ogółu funduszu płac Konsorcjum Selen odwołujący uznał za co najmniej mylący, a przede wszystkim mający na celu wywarcie nieuprawnionego wrażenia, że wykonawca ten otrzymuje dofinansowanie publiczne do prowadzonej przez siebie działalności w wysokości np. 38% w 2015 r. Odwołujący wskazał ponadto, że nawet jeżeli w wykonywanie usługi zaangażowani byłyby osoby niepełnosprawne, to Konsorcjum Selen, powołując się na pomoc publiczną wyrażaną przez dofinansowanie wynagrodzeń pracowników, winno precyzyjnie wskazać wysokość dofinansowania w odniesieniu do każdego zatrudnionego pracownika ochrony, w zależności od stopnia jego niepełnosprawności. Wyjaśnienia Konsorcjum Selen sprowadzają się tylko

---

do zaprezentowania SELEN Sp. z o.o. jako zakładu pracy chronionej, w którym dofinansowanie wynagrodzeń ogółem może wynosić ok. 38% w 2015 r., w konsekwencji, takie wyjaśnienia są nie tylko ogólnikowe, lecz również nieadekwatne, z uwagi na oświadczenie Konsorcjum Selen, że w wykonywanie zamówienia nie będą zaangażowane osoby niepełnosprawne.

3. Odrzucenie oferty Konsorcjum Selen z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

W ocenie odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez Konsorcjum Selen oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Konsorcjum Selen towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Jednocześnie, w opinii odwołującego, jest też oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za usługę ochrony ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zdaniem odwołującego, zachowanie Konsorcjum Selen wprost godzi w uczciwą konkurencję. Odwołujący za swoje przyjął stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2936/13.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Selen, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą zysku dopuściło się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, jak wskazał odwołujący, oferta Konsorcjum Selen podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

4. Zakaz negocjacji z Konsorcjum Selen w celu wykazywania zgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, choć Konsorcjum Selen nie zaoferowało zatrudnienia osoby bezrobotnej do wykonania zamówienia

Odwołujący zwrócił uwagę na zawarte w pkt 3.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganie, aby w ofercie wykonawcy zobowiązali się do zatrudnienia osoby bezrobotnej. Z treści oświadczenia Konsorcjum Selen, iż wskazana w formularzu ofertowym liczba 26 pracowników nie obejmuje zatrudnienia jednej osoby bezrobotnej, o której mowa w klauzuli społecznej opisanej przez zamawiającego w pkt. 3.1.2. specyfikacji w części

---

Warunki dodatkowe odwołujący wywiódł, iż oferta Konsorcjum Selen jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że ogólne potwierdzenie akceptacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy, zawarte w ust. 2 pkt 6 i 7 formularza ofertowego, nie mogą zastąpić oświadczenia szczegółowego, wymaganego w specyfikacji. Jak zaznaczył odwołujący, dopiero z wyjaśnień Konsorcjum Selen z dnia 26 stycznia 2015 r. można powziąć informację, Konsorcjum Selen nie zaoferowało w ofercie z dnia 14 listopada 2014 r. spełnienia warunku z ust. 3.1.2. specyfikacji, oraz że następczo Konsorcjum Selen zobowiązało się do zatrudnienia jednej osoby bezrobotnej. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, pozwalając na złożenie ww. wyjaśnień zamawiający dokonał bezprawnego uzupełnienia oferty o zobowiązania nie występujące w treści oferty Konsorcjum Selen. Odwołujący przyznał, że formularz ofertowy załączony jako wzór do specyfikacji został na tyle nieprecyzyjnie sformułowany, że zamawiający bez dopytywania się czy w osobach

wskazanych na stronie nr 2 oferty dany wykonawca uwzględnił osoby bezrobotne, a jeżeli tak to ile, nie jest w stanie tego ocenić. Odwołujący stwierdził jednak, że gdyby na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień Konsorcjum Selen odpowiedziało, że w zaoferowanych 26 osobach, które Konsorcjum Selen zamierza zatrudnić w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umowy o pracę, została uwzględniona jedna osoba bezrobotna, to wówczas zamawiający uzyskałby informację, że oferta Konsorcjum Selen jest zgodna ze specyfikacją, oraz że do liczenia punktów w kryterium „jakość" należy wziąć 25 osób. Z uwagi jednak na fakt, że Konsorcjum Selen udzieliło odpowiedzi przeczącej, to zamawiający w dniu 26 stycznia 2015 r. uzyskał informację, że oferta Konsorcjum Selen jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz że nie należy do liczenia punktów w kryterium „jakość" uwzględniać 26 osób, gdyż oferty niezgodne ze specyfikacją podlegają odrzuceniu i nie są uwzględniane w rankingu ofert.

5. Modyfikowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po terminie składania ofert przez dokonanie wykładni autentycznej sprzecznej z wykładnią literalną

Odwołujący zauważył, że w piśmie z dnia 23 stycznia 2015 r., wzywającym Konsorcjum Selen do wyjaśnień zamawiający dokonał zawężającej wykładni pkt. 9.2. specyfikacji - wykładnia ta jest sprzeczna z literalnym brzmieniem wyartykułowanych przez zamawiającego warunków przyznawania punktów w ocenianych kryteriach. Z uwagi jednak na fakt, że przedmiotowa zmiana dokonywana jest już po terminie składania ofert, zamawiający nie jest uprawniony do jej przeprowadzania.

Jak wskazał odwołujący, treść pkt 9.2. specyfikacji wskazuje, że nie będą

---

punktowane w kryterium „jakość" osoby zatrudnione na podstawie „klauzul społecznych" (liczba mnoga), a nie na podstawie „klauzuli społecznej" (liczba pojedyncza). Tymczasem, w piśmie z dnia 23 stycznia 2015 r. skierowanym do Konsorcjum Selen zamawiający chcąc ustalić, jaką liczbę osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umowy o pracę powinien uwzględnić przy obliczeniach kryterium „jakość" dokonuje zmiany specyfikacji wskazując, iż w pkt 3.1.2. specyfikacji zdefiniował „klauzule społeczne" jako „osoby bezrobotne posiadające kwalifikacje określone dla pracowników opisane w Szczegółowym Opisane Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ". Odwołujący zwrócił uwagę, że w powoływanym pkt 3.1.2. specyfikacji zamawiający nie definiuje „klauzul społecznych" (liczba mnoga), lecz „klauzulę społeczną" (liczba pojedyncza). Oznacza to, zdaniem odwołującego, że w myśl ust. 9.2. specyfikacji nie będą punktowane osoby zatrudnione na podstawie klauzul społecznych, w tym również i na podstawie klauzuli społecznej opisanej w ust. 3.1.2. Zamawiający, zdaniem odwołującego, usiłuje przeforsować wykładnię pkt. 9.2. specyfikacji, która stanowiłaby, że nie będą dodatkowo punktowane nie wszystkie osoby zatrudnione na podstawie klauzul społecznych, lecz wyłącznie te, które są zatrudnione na podstawie klauzuli społecznej opisanej w ust. 3.2.1. specyfikacji. Taka wykładania jest, w opinii odwołującego, sprzeczna z literalnym brzmieniem odnośnych postanowień specyfikacji.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosi „klauzule społeczne" do treści art. 29 ust 4 ustawy Pzp, zaś art. 29 ust. 4 ustawy Pzp reguluje możliwość żądania zatrudnienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych czy też innych osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym. Zatem, z uwagi na brak odnośnej definicji „klauzul społecznych" w specyfikacji oraz z uwagi na odwoływanie się przez zamawiającego do art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, należy przyjąć, w ocenie odwołującego, że omawiany warunek z pkt. 9.2. specyfikacji dotyczy nie tylko osób bezrobotnych, lecz również osób niepełnosprawnych czy też innych osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym.

Jak stwierdził odwołujący, ww. próba zmiany treści specyfikacji po terminie składania ofert jest o tyle istotna, że z pierwszych i drugich wyjaśnień Konsorcjum Selen, dotyczących rażąco niskiej ceny (pisma z dnia 4 i 10 grudnia 2014 r.) wynikało, że Konsorcjum Selen przeznaczyło do wykonywania zamówienia osoby niepełnosprawne (z uwagi na powoływanie się w tych wyjaśnieniach na fakt otrzymywania przez zakład pracy chronionej dofinansowania do wynagrodzenia osób niepełnosprawnych, co obniża koszty tego wykonawcy). Zatem można przypuszczać, jak wskazał odwołujący, że zamawiający zawężając definicję „klauzul społecznych" wyłącznie do jednej klauzuli społecznej chciał w ten sposób pomóc Konsorcjum Selen. Jeżeli bowiem Konsorcjum Selen podtrzymywałoby

---

swoje twierdzenia o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, to wówczas nie tylko miało szanse (po przedstawieniu realnej, a nie hipotetycznej kalkulacji oraz po przedstawieniu stosownych dowodów) wykazać, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska, lecz również zamawiający czułby się uprawniony do przyznania dodatkowych punktów w kryterium „jakość" za wszystkie osoby niepełnosprawne.

Odwołujący uznał, mając na uwadze, że zamawiający trzykrotnie wzywał Konsorcjum Selen do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej oraz to, że Konsorcjum Selen w kolejnych wyjaśnieniach zmienia niejako swoje oświadczenia dotyczące osób, które zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu okoliczności bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, że zmiana treści specyfikacji przez zamawiającego z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp ma szczególnie istotne znaczenie. W ocenie odwołującego, działania zamawiającego jednoznacznie wskazują, że zamawiający dąży do wyboru oferty Konsorcjum Selen, a nie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący stwierdził, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy eliminuje konkurencję (wyklucza odwołującego), a następnie usiłuje dostosować treść specyfikacji pod wyjaśnienia Konsorcjum Selen tak, aby zapewnić ofercie Konsorcjum Selen najwyższą ilość punktów. Takie działania w rażący sposób naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem naliczania punktów w kryterium „jakość" zgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z uwzględnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum Selen na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp;
- unieważnienia czynności dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w drodze zastosowania wykładni autentycznej „klauzul społecznych" w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem ust. 9.2. i 3.1.2. specyfikacji,
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzut wskazany w punkcie VII ppkt 4 odwołania (str. 4). W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty złożone przez odwołującego oraz Konsorcjum Selen, pismo odwołującego z dnia 21 stycznia 2015 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, treść wyjaśnień Konsorcjum Selen z dnia 4 grudnia 2014 r., 10 grudnia 2014 r. i 26 stycznia 2015 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

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

Za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wadium.
W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 16 grudnia 2014 r., kiedy to jako najkorzystniejsza została wybrana oferta

Konsorcjum Selen, wadium wniesione przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej było ważne do dnia 13 stycznia 2015 r., zaś odwołujący w dniu 21 stycznia 2015 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu termin związania ofertą do dnia 28 lutego 2015 r. Uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wskazał na okoliczność, iż odwołujący nie wypełnił przesłanki z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o konieczności przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

Stanowisko zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest zwrócić

---

wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający ma prawo żądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazywana przez zamawiającego zasada przedłużania terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium nie znajduje zastosowania w stosunku do odwołującego, bowiem nie dotyczy ona sytuacji, gdy do przedłużenia terminu związania ofertą dochodzi po wyborze oferty najkorzystniejszej, na co wskazuje art. 85 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp. W takich okolicznościach obowiązek ten obciąża jedynie wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego, przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy interpretować w sposób, który uwzględnia opisany powyżej wyjątek. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Jak wskazano powyżej, art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej. Obowiązek ten obciąża zamawiającego niezależnie od formy wniesionego wadium, jak też od tego, jakich czynności technicznych będzie musiał dokonać zamawiający w celu jego wykonania. Fakt trwałego połączenia gwarancji z pozostałymi dokumentami złożonymi przez wykonawcę nie zwalnia zamawiającego z powinności zwrotu wadium – zamawiający powinien w uzgodnieniu z wykonawcą podjąć działania zmierzające do zachowania integralności i kompletności oferty po dokonanym zwrocie wadium.

Potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Selen jako zawierającej rażąco niską cenę. W przedmiotowej sprawie zamawiający trzykrotnie zwracał się do ww. wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym czynność zwrócenia się o wyjaśnienia, jak też krotność tej czynności nie jest przedmiotem zarzutu. Konsorcjum Selen w swoich wyjaśnieniach argumentację o realności zaoferowanej ceny oparło na twierdzeniu, iż Selen Sp. z o.o. posiada status zakładu pracy chronionej i z tego tytułu otrzymuje z PFRON na podstawie art. 26 a-c ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych miesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Z tego tytułu, jak wskazało Konsorcjum Selen, możliwe było skalkulowanie ceny z uwzględnieniem obniżonego kosztu jednej roboczogodziny z 13,66 zł do 9,94 zł. Jednocześnie, jak oświadczyło Konsorcjum Selen w wyjaśnieniach z dnia 26 stycznia 2015 r., z uwagi na wymagane przez zamawiającego kwalifikacje osób zatrudnionych do realizacji zamówienia, wykonawca ten

---

„nie przewidział możliwości realizacji tego zamówienia z wykorzystaniem zatrudnionych osób niepełnosprawnych". Konsorcjum Selen wskazało ponadto, że z uwagi na brak bezpośredniego związku wysokości miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń zatrudnionych przez Selen Sp. z o.o. osób niepełnosprawnych, o której mowa w art. 26 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, z zatrudnieniem pracowników ochrony przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawca nie może przedstawić szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wysokości dofinansowania, o której mowa w art. 26a ust. 1 ww. ustawy.

Izba zważyła, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień – ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą

skutek w postaci odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Należy pamiętać, że to na wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, że pokryje ona co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca zobowiązany jest zatem wskazać obiektywne, weryfikowalne czynniki, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę, a także wykazać, w jaki sposób czynniki te przekładają się na zaoferowaną w danym postępowaniu cenę.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Selen nie uzasadniały wysokości zaoferowanej ceny. Nieuprawnione jest, w ocenie Izby, kalkulowanie ceny danego zamówienia z uwzględnieniem jej obniżenia z tytułu dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych w sytuacji, gdy zamówienie to wykonawca zamierza wykonać bez udziału osób niepełnosprawnych. Jak wynika z art. 26a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego jest uzależnione m.in. od jego ujęcia w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych, oraz od stopnia niepełnosprawności. Nie jest to zatem dofinansowanie podmiotu w tytułu prowadzonej działalności, czy z tytułu posiadania statusu zakładu pracy chronionej, ale stanowi dofinansowanie do wynagrodzenia zatrudnionego pracownika niepełnosprawnego.

Izba stwierdziła, że obowiązkiem wykonawcy jest dokonanie rzetelnej kalkulacji konkretnego zamówienia, jego rzeczywistych kosztów, nie zaś kalkulowanie ceny z założeniem częściowego finansowania zamówienia z pozostałej działalności wykonawcy. Wobec powyższego, w ocenie Izby, Konsorcjum Selen nie wykazało, iż zaoferowana cena jest realna, wynika z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków nie dostępnych innym wykonawcom. Złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia nie

---

potwierdzają rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Argumentacja Konsorcjum Selen prowadzi do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną nieadekwatną do kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem ceną rażąco niską. Wobec powyższego, oferta złożona przez Konsorcjum Selen podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, ustalenie ceny w oderwaniu od rzeczywistej wartości zamówienia, czego dokonało Konsorcjum Selen w przedmiotowym postępowaniu, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia ma na celu uzyskanie zamówienia przez utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, których swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej i konkurowania zostaje ograniczona. Takie działanie zagraża interesom wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas oceny ofert i niewątpliwie utrudniło tym wykonawcom dostęp do rynku mimo zaoferowania usług zgodnie z wymogami zamawiającego i za realną cenę. Zaniżenie sprzedaży usług, które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług innych wykonawców jest niedozwolone i nie zasługuje na ochronę. Z uwagi na powyższe, oferta Konsorcjum Selen podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po terminie składania ofert przez zastosowanie wykładni autentycznej specyfikacji sprzecznej z jej literalnym brzmieniem, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że w pkt 3.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający działając na podstawie art. 29 ust. 4 ustawy Pzp postawił dodatkowe wymagania związane z realizacją zamówienia – klauzulę społeczną, którą zdefiniował jako zatrudnienie przy wykonywaniu zamówienia co najmniej jednej osoby bezrobotnej na podstawie skierowania z powiatowego urzędu pracy, zgodnie z ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 674 ze zm.) lub na podstawie właściwego dokumentu kierującego bezrobotnego do pracodawcy, wystawionego przez organ zajmujący się realizacją zadań z zakresu rynku pracy, określonych w analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wymóg ten znajduje potwierdzenie w § 2 ust. 2 projektu umowy (Załącznik nr 2 do specyfikacji). W pozostałej treści specyfikacji, jak też jej załączników, brak jest postanowień rozszerzających ww. definicję. Postanowień takich nie zawiera pkt 9.2. specyfikacji. Wobec

jednoznacznego objęcia przez zamawiającego klauzulą społeczną jedynie osób

---

bezrobotnych, brak jest podstaw do rozszerzania tego pojęcia na wszystkie grupy pracowników objęte art. 24 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca pozostawił zamawiającym możliwość postawienia dodatkowych wymagań związanych z realizacją zamówienia m.in. dotyczących zatrudnienia osób pozostawiając zamawiającym prawo wyboru zakresu tych wymagań, z czego zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skorzystał. Wobec powyższego, brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający w toku postępowania dokonywał wykładni treści specyfikacji niezgodnie z jej literalnym brzmieniem.

Nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę zarzut dotyczący prowadzenia przez zamawiającego negocjacji z Konsorcjum Selen w celu przyznania temu wykonawcy możliwie najwyższej ilości punktów w kryterium „jakość" i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Selen z uwagi na nie uwzględnienie osoby bezrobotnej w oferowanych osobach przeznaczonych do wykonywania usługi, ponieważ zarzut ten został wycofany przez odwołującego.

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

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

Przewodniczący: ……

……

……