

WYROK

z dnia 13 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 października 2010 r. przez Odwołującego **Piotra Fabijańskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Clean Service Piotr Fabijański, ul. Melanii 21 B, 05-500 Piaseczno Chyliczki** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Stołeczny Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Warszawie, ul. Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy „**MOP 83**” **Józef Jankowski sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne, Elbląg** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Piotra Fabijańskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Clean Service Piotr Fabijański, ul. Melanii 21 B, 05-500 Piaseczno Chyliczki i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego Piotra Fabijańskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Clean Service Piotr Fabijański, ul. Melanii 21 B, 05-500 Piaseczno Chyliczki tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO/2119/10

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Stołeczny Zarząd Infrastruktury, ul. Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usługi stałego sprzątnia na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez WAK – Wesola” o numerze postępowanie nr 144/2010.

Postępowanie nr 144/2010 zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.07.2010 r. pod nr 2010/S 132-202881.

W dniu 21 września 2010r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego MOP 83 Józef Jankowski sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Z powyższym wyborem najkorzystniejszej oferty nie zgodził się Odwołujący - Piotr Fabijański, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Clean Service Piotr Fabijański, ul. Melanii 21 B, 05-500 Piaseczno Chyliczki i w dniu 30.09.2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy.

W zbiorczym zestawieniu ofert (druk ZP-12) oferta Odwołującego była na drugim miejscu z ceną netto 603 805, 32 zł, brutto 683 852, 09 zł, podczas gdy cena oferty wybranej wynosiła odpowiednio 590 026, 46 zł netto i 670 411,48 zł brutto.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOP 83, pomimo, że została złożona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 16 SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOP 83, pomimo, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę - poniżej kosztów wykonania usługi będącej przedmiotem postępowania,

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOP 83, pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny,

- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOP 83, pomimo, że jest nieważna w związku z naruszeniem przepisów o systemie

ubezpieczeń społecznych i właściwych rozporządzeń dotyczących określenia płacy minimalnej, w tym m.in. z Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 marca 2010 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (Dz. U. Nr 50, poz. 304),

- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia badania i oceny oferty w tym m.in. odrzucenia oferty MOP 83 i dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego oferta MOP 83 w zakresie sprzętania zewnętrznego nie zawiera wszystkich elementów wymaganych w pkt 16 SIWZ m.in. z uwagi na określenie wysokości płacy minimalnej i składek płaconych przez pracodawcę na ubezpieczenia. Według niego oferta MOP 83, oparta jest o płacę niższą niż minimalna (ustawa z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.) oraz (obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z 24.7.2009 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2010 r. M.P. 2010 r. Nr 48, poz. 709), albo nie zawiera wszystkich elementów wymaganych przez SIWZ.

Podkreślił, że oferta ta w ogóle nie uwzględnia faktu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zwrócił również uwagę, że Zamawiający żądał zatrudniania pracowników na umowę o pracę. Odwołujący twierdził, że konieczne składniki zatrudnienia na umowę o pracę i konieczne wydatki związane ze składkami na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne i inne powodują, że oferty zawierają ceny poniżej kosztów wykonania usługi, lub są sprzeczne z wymaganiami SIWZ (czyli np. nie uwzględnia wymogu zatrudniania na umowę o pracę), lub są sprzeczne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i innymi związanymi z ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym lub też zawierają błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący cenę oferty złożonej przez MOP 83 uznał za cenę poniżej kosztów wykonania tej usługi. Wskazał przy tym, że minimalne koszty wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia wynoszą 0,46 zł. Tymczasem - oferta MOP 83 zawiera cenę na poziomie - 0,44 zł.

W dniu 7.10.2010r. Odwołujący przedłożył pismo stanowiące systematyzację sprawy oraz dodatkową argumentację wraz z wnioskami dowodowymi.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, treść oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania w trakcie rozprawy Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Dokonując oceny zarzutów odwołania Izba doszła do przekonania, iż Zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 6, 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) w zw. z art. 7 ust. 1 tejże ustawy oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że postanowienia pkt. 16 SIWZ podawały w ppkt 1, iż cenę oferty należało obliczyć w następujący sposób:

- Podać cenę jednostkową netto za 1m² sprzątej powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc,
- podać cenę jednostkową netto za 1m² sprzątej powierzchni zewnętrznej za jeden miesiąc,
- podać wartość całej oferty netto za cały okres wykonywania usługi,
- podać procentową wielkość podatku od towarów i usług /VAT/,
- podać cenę (koszt) całej oferty brutto za okres wykonywania usługi.

Zgodnie z pkt 16 ppkt 2 SIWZ obliczenie ceny oferty musiało być dokonane na formularzu (lub z wykorzystaniem wzoru tego formularza) stanowiącym załącznik nr 3, w którym wszystkie pozycje musiały być wypełnione pod rygorem odrzucenia oferty. Obliczoną na kosztorysie ofertowym cenę należało wpisać w formularz oferty (załącznik nr 2).

Stosownie zaś do pkt 16 ppkt 3 SIWZ przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego do kalkulacji stawki jednostkowej za 1m² sprzątania powierzchni należało uwzględnić składniki cenotwórcze, takie jak:

- płace pracowników brutto z wyszczególnieniem ilości zatrudnionych osób,
- narzuty ponoszone na płace przez wykonawcę,
- koszt amortyzacji sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia,
- przewidywany koszt użytych środków chemicznych do wykonania zamówienia

(należy dołączyć szczegółowe zestawienie ilości i rodzaju ww. środków jakie będą używane w skali jednego miesiąca do niniejszego zamówienia - załącznik nr 8,

- inne koszty występujące u wykonawcy,
- zysk.

Zamawiający zażądał również, aby podana w ofercie cena jednostkowa była ostateczna i nie podlegała negocjacjom (pkt 16 ppkt 4 SIWZ).

W myśl pkt 16 ppkt 5 SIWZ cenę oferty należało określić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, stosownie do przepisu § 9 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom (...), Dz. U. Nr 95, poz. 798.

W ppkt 6 powyższego punktu SIWZ Odwołujący dopuścił waloryzację ceny jednostkowej za sprzątnięcie 1 m² powierzchni, która może być dokonana na podstawie wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanych w Monitorze Polskim przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za kwartał poprzedzający realizację zamówienia na pisemny i uzasadniony wniosek jednej ze stron umowy.

Ostatecznie w pkt 16 ppkt 7 SIWZ Zamawiający uczynił zastrzeżenie, iż brak w ofercie prawidłowo sporządzonych ww. dokumentów miał powodować odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp:

- formularz ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem zamawiającego (wg załącznika nr 2 do SIWZ),
- kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem zamawiającego (wg załącznika nr 3 do SIWZ),
- zestawienie ilości i rodzaju środków jakie będą używane w skali jednego miesiąca (wg załącznika nr 8).

Izba nie podziela zarzutu Odwołującego o braku w ofercie Przystępującego wszystkich elementów wymaganych w wyżej wskazanym pkt 16 SIWZ i tym samym o sprzeczności postanowień oferty z powołanymi wyżej postanowieniami treści SIWZ. Na stronie 4 oferty Przystępującego znajduje się kosztorys ofertowy zawierający wszystkie żądane przez Zamawiającego ceny, o których mowa w pkt 16 ppkt 1 SIWZ. Załączniki nr 2 i nr 3 SIWZ (wymaganie pkt 16 ppkt 2 SIWZ) zostały przez Przystępującego wypełnione treścią oferty z podaniem cen (str. 1 - 4 oferty Odwołującego).

Izba zauważyła, iż Zamawiający w pkt 16 ppkt 3 nie żądał od Wykonawców dołączenia do oferty szczegółowej kalkulacji cenowej zawierającej elementy cenotwórcze. Wobec tego powoływanie się przez Odwołującego na brak tych elementów w podważanej ofercie nie może być uznane za pozostawanie treści tej oferty w sprzeczności z postanowieniami SIWZ.

W ofercie Przystępującego nie ma również zastrzeżeń dotyczących możliwości negocjacji podanej ceny jednostkowej oraz postanowień dotyczących jej ostateczności.

Ceny wskazane w ofercie Przystępującego zostały określone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a akceptacja przez Przystępującego pkt 16 ppkt 6 SIWZ zawarta w pkt 11, str. 2 jego oferty była wyrażeniem zgody na zawarcie umowy w brzmieniu przedstawionym w załączniku do SIWZ.

Z tych wszystkich powodów Izba nie stwierdziła naruszeń prawa w zakresie wyżej wskazanym.

Izba również nie uznała argumentacji odwołania w części dotyczącej stwierdzenia, iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem w zakresie istotnym dla niniejszego rozstrzygnięcia zgodnie z art. 15 ust. 1 ppkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż celem działania Przystępującego była eliminacja innych przedsiębiorców, skoro w niniejszym postępowaniu zostało złożonych kilka ofert, w tym oferta Odwołującego, o wartości bardzo zbliżonej do ceny Przystępującego.

Nie potwierdził się również zarzut rażąco niskiej ceny, bowiem Odwołujący w swoim odwołaniu kwestionował jedynie ceny jednostkowe, nie odnosząc się do ceny całkowitej, a tylko taka może być uznana za rażąco niską.

Nadto należy stwierdzić, iż cena rażąco niska to taka, która jest mało prawdopodobna, nierealna, odbiegająca w sposób bardzo istotny od wartości innych cen rynkowych. W rozpatrywanej sprawie różnica między ceną Odwołującego (cena netto 603 805,

32 zł, brutto 683 852, 09 zł), a ceną Przystępującego (cena 590 026, 46 zł netto i 670 411,48 zł brutto) prawie nie występują w odniesieniu do wartości całkowitej przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje również, że wykazywane przez Odwołującego obliczenie kosztów Przystępującego nie mogło zostać uznane przez Izbę z powodu braku udowodnienia możliwości zatrudnienia również innych osób, w tym niektórych kategorii osób niepełnosprawnych.

Zdaniem Izby warunek Zamawiającego dotyczący zakazu zatrudniania osób niepełnosprawnych, dookreślony w wyjaśnieniach treści SIWZ, w kontekście wykazywania przez Odwołującego ceny poniżej kosztów, nie był jasny. Z jednej bowiem strony Zamawiający wyjaśnił co prawda, że zakazuje zatrudnienia osób niepełnosprawnych z drugiej jednak strony wyjaśnił, że powyższe związane jest z niedostosowaniem obiektów, w których osoby te miałyby pracować. Powyższe mogło wskazywać na to, że Zamawiający ograniczył możliwość zatrudniania przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych ruchowo zaś zakaz ten nie dotyczył z pewnością osób z lekkim stopniem niepełnosprawności i tych wykonujących czynności na zewnątrz. Izba uznała, że nieprecyzyjne wyjaśnienia SIWZ udzielone przez Zamawiającego nie mogą w sposób niekorzystny wpływać na sytuację wykonawców w postępowaniu, a wobec tego Przystępujący we własnych kalkulacjach mógł takie osoby – z lekkim stopniem niepełnosprawności - uwzględnić.

Poza tym zgodnie z treścią załącznika nr 10 do SIWZ, tj. § 5 ust. 5 wzoru umowy Wykonawca ma przedstawić dopiero w dniu podpisania umowy szczegółowy wykaz pracowników, którzy będą zatrudnieni na poszczególnych obiektach. Ponadto – zgodnie z tymi postanowieniami - Wykonawca ma również obowiązek poinformować w formie pisemnej Zamawiającego o każdorazowym zatrudnieniu nowych pracowników.

Z powyższych postanowień wzoru umowy można wnosić, iż Zamawiający przewiduje fluktuację kadry do realizacji zamówienia, a wobec tego wskazane w ofercie Przystępującego osoby mogą być wymienione przez wykonawcę na etapie podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia oraz w toku jej wykonania.. Warto także zwrócić uwagę, że zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający oczekiwał wskazania osób do realizacji zamówienia w związku ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, a nie w kontekście weryfikacji oferty co do sposobu realizacji zamówienia, a więc w kontekście weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący nie udowodnił również, że cena ofertowa Przystępującego została podana błędnie. Dowodzenie tej okoliczności wymagało wykazania wady nieprawidłowego obliczenia ceny lub braku elementów rzeczowych składających się na obliczenie ceny. Poprawność dokonanego przez Przystępującego sposobu obliczania ceny oferty (pkt 16 SIWZ) została przez Izbę wykazana w przy rozpatrywaniu pierwszego zarzutu Odwołującego.

Ostatecznie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał nieważności oferty Przystępującego z powodu jej nieważności na podstawie treści przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych i właściwych rozporządzeń dotyczących określenia płacy minimalnej, w tym m.in. Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 marca 2010 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (Dz. U. Nr 50, poz. 304). Dla wykazania istnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp konieczne jest powołanie się na przepis odrębny, z którego wynika sankcja nieważności oferty. Powołane w niniejszej sprawie przez Odwołującego przepisy zawierające definicje stopni niepełnosprawności, warunków obiektów i pomieszczeń dla osób niepełnosprawnych, jak również przepisy dotyczące składek ubezpieczeniowych, czy minimalnej płacy nie zawierają postanowień dotyczących nieważności oferty. W tym stanie rzeczy Izba uznała za nieprzydatny dla wykazania tego zarzutu oraz jako powołany jedynie dla zwłoki, dowód o powołanie biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność wyliczenia minimalnej kwoty związanej z uiszczaniem składek obowiązkowych przy zatrudnianiu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

