

Sygn. akt: KIO 2617/18

WYROK
z dnia 21 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez Odwołującego: Inwencja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Gorzów Wielkopolski

przy udziale wykonawcy: K.A. i M.A., przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej ECO Spółka Cywilna, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Gorzów Wielkopolski („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg osiedlowych oraz zimowe utrzymanie chodników w Gorzowie Wlkp.” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 września 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 180-408190.

I. W dniu 21 grudnia 2018 r. Odwołujący – Inwencja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy: K.A. i M.A., przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej ECO Spółka Cywilna (dalej jako „Wykonawca ECO”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ECO na zadania 4,5,6, jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ECO na zadania 4,5,6 i odrzucenia oferty Wykonawcy Eco na zadania 4,5,6, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

W Postępowaniu Wykonawca ECO złożył oferty na wszystkie 8 zamówień częściowych, składających się na przedmiotowe zamówienie. Złożone ceny ofertowe wynosiły od 49,99% do 80,18% szacunkowej wartości zamówienia. Przy czym szacunkowa wartość zamówienia określona została na podstawie cen ustalonych w ramach zamówień publicznych w latach poprzednich. Pismem z dnia 09.11.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę ECO do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w celu zbadania, czy cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie dotyczyło zamówień częściowych nr: 2, 4, 5, 6 i 8, na realizację których Wykonawca ECO

złożył oferty stanowiące odpowiednio procent szacunkowej wartości zamówienia: zamówienie częściowe nr 2 - 79,01 %, zamówienie częściowe nr 4 - 73,01 %, zamówienie częściowe nr 5 - 61,98%, zamówienie częściowe nr 6 - 61,48 %, zamówienie częściowe nr 8 - 49,99 %. W dniu 15.11.2018 r. Wykonawca ECO złożył wyjaśnienia oświadczając, że w przypadku zadań częściowych nr 2 i 8 błędnie skalkulował ceny ofert oraz przedstawił kalkulacje uzasadniające ceny ofert zadań częściowych nr 4, 5, i 6. Jako błędnie obliczoną wskazano ofertę na zadanie nr 2, która była skalkulowana na poziomie 79,01 % wartości zamówienia, natomiast nie uznano za błędnie obliczone oferty na zadania nr 4,5, i 6, skalkulowane na niższych poziomach. Już to wskazuje, że kalkulacja ceny oferty Wykonawcy ECO jest nierzetelna, a dalsze wyjaśnienia i kalkulacje niewiarygodne.

Analiza dalszych wyjaśnień i kalkulacji do poszczególnych zadań, przedstawiona przez Wykonawcę ECO, prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie wykazał zastosowania metody wykonania, bądź szczególnego rozwiązania techniczno-organizacyjnego lub zaistnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, kosztów pracy i możliwej do uzyskania pomocy publicznej, co wskazuje, że oferowana cena realizacji zamówienia częściowego nr 4,5 i 6 jest rażąco niska. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Wykonawca ECO zakłada, że wszyscy operatorzy sprzętu i kierowcy ciągników rolniczych (3 osoby na każde zamówienie częściowe, łącznie 9 osób) zatrudnieni będą do realizacji przedmiotowych zamówień częściowych z wynagrodzeniem minimalnym obowiązującym w roku 2018 tj. 2100,00 zł brutto oraz mają orzeczoną umiarkowany stopień niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym. Wykonawca ECO otrzyma na każdego z nich dotację w wysokości 1725,00 zł miesięcznie ze środków PFRON. Na tej podstawie Wykonawca ECO oświadcza, że dysponuje na potrzeby realizacji przedmiotowych zamówień częściowych co najmniej 9 pracownikami, których miesięczny koszt zatrudnienia będzie w okresie najbliższych 3 lat wynosił 790,17 zł od osoby. Na potwierdzenie powyższych wyliczeń Wykonawca ECO dołącza dowody w postaci wniosku o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych Wn-D wypełnionego 04.10.2018 oraz miesięczną informację o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych INF - D-P za okres 09/2018. Załączone dokumenty jednak nie dowodzą, a nawet nie uprawdopodobniają zatrudnienia 9 osób z orzeczoną umiarkowanym stopniem niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym, jako operatorów sprzętu i kierowców ciągników na potrzeby realizacji przedmiotowych zamówień częściowych. Wniosek Wn-D zawiera jedynie informację, że w miesiącu wrześniu zostały zatrudnione nowe osoby niepełnosprawne na 2,5 etatu. Wiąże się to z realizacją innego zamówienia Miasta Gorzów Wlkp. WAD-VI.271.18.2018.BD zadanie częściowe nr 1 „Utrzymanie czystości oraz utrzymanie i konserwacja zieleni miejskiej na obszarze centrum Miasta Gorzowa Wlkp.”, w

którym to postępowaniu Wykonawca ECO złożył ofertę w wysokości 58% szacunkowej kwoty zamówienia (załącznik nr 1 Informacja z otwarcia ofert z dn. 6.04.2018 r.). W przypadku tego postępowania Wykonawca ECO również uzasadnił niską cenę ofertową zatrudnieniem wielu osób niepełnosprawnych i wysokim dofinansowaniem ze środków PFRON. Ponieważ zadanie częściowe nr 1 zamówienia WAD-VI.271.18.2018.BD ECO s.c. będzie realizować co najmniej do 30.04.2019 roku i obejmuje ono swoim zakresem również usuwanie skutków zimy, nie ma żadnej możliwości wykorzystania tych pracowników na potrzeby realizacji zamówienia objętego Postępowaniem (zamówienia częściowe nr 4, 5, i 6). Drugi załączony dowód w postaci INF-D-P za okres 09/2018 dotyczy osoby, która jest zatrudniona przez Wykonawcę ECO od 15.02.2016, ma orzeczony umiarkowany stopień niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym i Wykonawca ECO faktycznie otrzymuje ze środków PFRON dotację w wysokości 1725,00 zł miesięcznie, jednakże w żadnym zakresie nie potwierdza to zatrudnienia innych osób niepełnosprawnych ze schorzeniem specjalnym, którzy mają kwalifikacje obsługi sprzętu do odśnieżania i kierowania ciągnikami. Ponadto należy zwrócić uwagę na następujące fakty:

- Aktualna sytuacja na rynku pracy nie pozwala na założenie, że operator sprzętu do odśnieżania lub kierowca ciągnika rolniczego będą pracować za minimalne wynagrodzenie.
- Przyjęte w kalkulacji minimalne wynagrodzenie w wysokości 2100 zł brutto dotyczy roku 2018, w roku 2019 będzie wynosić 2250 zł i ponad wszelką wątpliwość w latach przyszłych będzie wzrastać o co najmniej 5% rocznie. Biorąc pod uwagę zapowiedzi rządu odnośnie zbliżania płac do poziomu w rozwiniętych krajach Europy, można spodziewać się nawet wyższego niż 5% rocznie wzrostu minimalnego wynagrodzenia, jednocześnie wysokość dofinansowania ze środków PFRON nie ulegnie zwiększeniu.
- Uzyskanie dopłaty w wysokości 1725 zł miesięcznie warunkowane jest zatrudnieniem osoby ze schorzeniem specjalnym (uprawniającym do podwyższonego dofinansowania SODiR), lista schorzeń specjalnych ogranicza się do nw. pozycji:
 - 01 U - upośledzenie umysłowe,
 - 02 P - choroby psychiczne,
 - 04 O - choroby narządu wzroku (tylko stopień umiarkowany i znaczny - BON-I-5232-13-PM/11),
 - 06 E – epilepsja,
 - 12 C - całościowe zaburzenia rozwojowe np. autyzm.

Osoby, które mają orzeczone ww. schorzenia nie mogą być zatrudnione na stanowisku operatora sprzętu do odśnieżania lub kierowcy ciągnika rolniczego. W tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy ECO należy uznać za nieprawdziwe i nie uzasadniające obniżenia ceny oferty na zadania 4,5 i 6.

Również pozostałe składowe ceny ofertowej, opisane w kosztorysach szczegółowych, budzą poważne wątpliwości co do ich rzetelnej kalkulacji odzwierciedlającej realizację zamówienia publicznego zgodnie ze siwz i projektem umowy:

- Skalkulowano, w ramach każdego zamówienia częściowego, całkowity koszt nadgodzin w wysokości 2500,00 zł brutto w każdym sezonie zimowym. W przypadku osób niepełnosprawnych oznacza to, że przyjęto do kalkulacji 83 nadgodziny przepracowane przez 3 operatorów w 5. miesięcznym okresie zimowym. Jest to znacznie zaniżona ilość nadgodzin opierająca się na założeniu, że praktycznie wszystkie akcje usuwania skutków zimy będą prowadzone w dni robocze, w podstawowych godzinach pracy operatorów sprzętu (w przypadku osób niepełnosprawnych z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności jest to 7 godzin dziennie).
- Zaniżono w kalkulacji koszt paliwa do sprzętu zimowego oraz zmiatarki. Np. w przypadku zamówienia częściowego nr 4 skalkulowany koszt paliwa do zmiatarki zapewni jej jedynie 100 mth pracy przez założony okres 4 miesięcy czyli 50 minut dziennie. Jest to czas wystarczający na dojazd i powrót, bez wykonywania jakichkolwiek czynności porządkowych. Zaniżono także znacznie koszt paliwa do sprzętu zimowego. Wykonawca ECO w załącznikach Wykaz wyposażenia wykazał odpowiednio:

- Zamówienie częściowe nr 4 ciągnik rolniczy TYM 353 1 szt., Stiga Park 4WD 2 szt.
- Zamówienie częściowe nr 5 ciągnik rolniczy Dong Feng DF304 1 szt., Stiga Park 4WD 2 szt.
- Zamówienie częściowe nr 6 ciągnik rolniczy TYM 353 1 szt., Stiga Park 4WD 2 szt.

Żaden z wykazanych sprzętów nie jest w stanie uzyskać wymaganego przez Zamawiającego minimalnego pasma odśnieżania i usuwania śliskości o szerokości 1,5m za jednym przejazdem. Wynika to z osprzętu, który może być zastosowany do ww. środków technicznych oraz mocy silników. Konieczne jest wykonanie 2 przejazdów w czasie każdej prowadzonej akcji zimowej. Oznacza to konieczność pokonania w każdej akcji zimowej odpowiednio:

Zamówienie częściowe nr4 $2 \times 18918 \text{ m} = 37,8 \text{ km}$

Zamówienie częściowe nr 5 $2 \times 28719 \text{ m} = 57,4 \text{ km}$

Zamówienie częściowe nr 6 $2 \times 32711 \text{ m} = 65,4 \text{ km}$

Zakładane na każdą akcję usuwania skutków zimy ilości paliwa (odpowiednio 18, 23 i 26 dm³) są około 3 krotnie zaniżone w stosunku do rzeczywistego zużycia paliwa przez deklarowany sprzęt (mikrociągniki Stiga Park 4WD napędzane są benzyną, a nie olejem napędowym, jak w kalkulacji podał Wykonawca ECO).

- Podobnie nierzetelnie skalkulowano koszt określonej w § 2 ust. 3 projektu umowy usługi polegającej na usunięciu, z przekazanych do utrzymania chodników, wszelkich odpadów

i zanieczyszczeń, w tym zalegającego piasku, ziemi, traw, mchu, chwastów i innej roślinności oraz zamiecenia tych chodników, w sposób ciągły, na całej szerokości chodnika, tj. od krawężnika do krawężnika. Usługa ta polega na oczyszczeniu chodników, które poza okresem zimowym nie podlegają utrzymaniu w czystości. Po okresie letnim tj. od 1.04 do 31.10 chodniki porastają chwastami, trawą, mchem, zalega na nich warstwa ziemi i piasku. Wymagają ręcznego odcinania darni i chwastów za pomocą szpadli i motyk, lub mechanicznego za pomocą kosiarek żyłkowych wyposażonych w szczotki stalowe. W celu zapewnienia bezpieczeństwa w trakcie wykonywanych mechanicznie prac konieczne jest stałe używanie ekranów zabezpieczających. W sezonie letnim 2018 pierwszy raz stałemu utrzymaniu w czystości podlegały ścieżki rowerowe, które stanowią odpowiednio dla całego zakresu zamówień częściowych: nr 4 - 25%, nr 5 - 35% i nr 6 - 31% długości chodników. Zamawiający nie określił, czy w latach następnych również będzie zlecał utrzymanie czystości na objętych zakresem zamówień częściowych terenach. Skalkulowany przez Wykonawcę ECO koszt odpowiednio: 2000 zł, 2000 zł i 3000 zł za jednorazowe oczyszczenie w przeliczeniu wynosi od 2,3 gr/m² do 3,5 gr/m². Jest to kwota ponad 30 krotnie niższa od cen rynkowych za podobne usługi. Celem urealnienia kosztu wykonania tego zakresu zamówienia częściowego Odwołujący przygotował kalkulację opracowaną na podstawie Katalogu Norm Pracy w programie do kosztorysowania WINBUD (załącznik nr 5). Do obliczeń przyjęto poz. 1-13 1307-0101-040 „oczyszczanie krawężników dróg parkowych z piasku” - jako analogia do oczyszczania pozimowego oraz poz. 1-13 1307-0201-040 „oczyszczanie krawężników dróg parkowych z darni” - jako analogię oczyszczania przed sezonem zimowym. Nawet ograniczając obliczenia do jednostronnego oczyszczenia krawężnika bez powierzchni chodnika (przeciętnie ok. 3 m szerokości) rzeczywisty koszt usługi jest 4-6 razy wyższy.

- Nierzetelnie skalkulowano również koszt usuwania środków uszorstniających. Przyjęte odpowiednio kwoty 1626 zł, 1626 zł oraz 2439 zł netto odpowiadają kosztowi utylizacji od około 8 do 12 t odpadów, zgodnie z § 3 ust. 24 projektu umowy, na wysypisku w Regionalnym Zakładzie Utylizacji Odpadów w Chróściku. Tymczasem ilość zebranych środków uszorstniających stanowi co najmniej 50% użytych przez firmę do usuwania śliskości.
- W ramach zamówienia częściowego nr 4 Wykonawca ECO nie ujął w kalkulacji konieczności zatrudnienia pracowników do wykonywania odśnieżania ręcznego. Na terenie objętym zamówieniem częściowym nr 4 występują schody, przejścia przez pasy międzyjezdniowe (załącznik nr 1 do umowy - Rejon nr 1 poz. 68) oraz zwężenia chodników. Odśnieżanie tych miejsc nie jest możliwe za pomocą sprzętu mechanicznego wykazanego przez Wykonawcę ECO do realizacja zadania.

- W kalkulacji zamówienia częściowego nr 4 pominięto koszt zatrudnienia operatora zmiatarki, chociaż założono koszt paliwa do zmiatarki w wysokości 3200 zł na sezon, ujęto również zmiatarkę z operatorem w pozycji „koszt miesięczny odchwaszczania”.
- Wątpliwości budzi pozycja w kosztorysach szczegółowych dla zamówień częściowych 5 i 6 „rozszerzenie etatów dla 6 pracowników gospodarczych do zmiatania ręcznego/odsnieżania ręcznego/sypania środków uszorstniających”. Wykonawca ECO nie wykazał, że w okolicy objętej zamówieniami częściowymi 5 i 6 dysponuje pracownikami zatrudnionymi w niepełnym wymiarze czasu pracy przy realizacji innych niż utrzymanie zimowe zadań, którym „rozszerzono by etaty”. Ponadto w części opisowej wykonawca podaje, że oprócz 6 osób, którym „rozszerza etat” zatrudnia na 2 h dziennie 6 osób z orzeczeniem niepełnosprawności, co ma dawać wynagrodzenie 2085,30 zł za rozszerzenie etatów i 2085,30 zł za zatrudnienie osób z niepełnosprawnością na 2 h dziennie, razem 4170, 60 zł, podczas gdy w tabeli zawierającej zestawienie pozycji kalkulacyjnych uwzględniono jedynie kwotę 2085,30 zł, co potwierdza błędy w kalkulacji. Ponadto Odwołujący wskazał, iż oprócz powyższych nieprawidłowości w obliczeniu ceny, ze złożonych przez Wykonawcę ECO wyjaśnień wynika, że w kalkulacji ceny wykonania zamówienia nie zostały uwzględnione:

- koszty dyżurów pracowniczych (SIWZ Rozdział 18 Opis sposobu obliczania ceny);
- koszty prac zastępczych zgodnie z § 2 ust. 15-17 projektu umowy, stanowiących do 75% iloczynu stawki dziennej i ilości dni ograniczenia obowiązków, a polegających na wykonywaniu prac porządkowych na terenie miasta, także poza terenem rejonu;
- transport środków do usuwania śliskości na miejsce prowadzenia akcji - pojemność rozsiewaczy wynosi maksymalnie 400 kg dla ciągników Tym 353 i Dong Feng DF304 oraz 50 kg dla Stiga Park 4WD, co wymaga wielokrotnego ich uzupełniania w trakcie posypywania (dane na podst. danych producenta i importera: <https://www.stiga.pl/sklep/koszenie-trawnika/agregaty-tnace/akcesoria-do-park-villa/piaskarka-park>, <http://www.iagro.pl/ciagnik-dong-feng-df-304-g2-nie-zetor-ursus-farmer-tym,at-156215.html>, <https://tym-tractors.com/tractors/t353-t353-hst-compact-utility-tractor/>)
- koszty eksploatacji zmiatarek tj. szczotki robocze, listwy gumowe ssaw, olej hydrauliczny i silnikowy, filtry;
- amortyzacja sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia przez okres 3 sezonów zimowych o szacunkowej wartości 120 tys. zł na każde zamówienie częściowe.

Odwołujący wskazał, iż przyjmując sposób i metodę kalkulacji szczegółowych sporządzonych przez Wykonawcę ECO dla zamówień częściowych 4, 5 i 6, przeprowadził ich urealnienie. Wyniki obliczeń przedstawione zostały w załącznikach nr 2,3 i 4.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie dokonał rzetelnej, merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, przedstawione kalkulacje zostały przyjęte przez Zamawiającego całkowicie bezkrytycznie, pomimo, że już nawet pobieżna weryfikacja kosztorysów szczegółowych świadczy o nierealności i niewiarygodności przyjętych założeń. Zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie prawa tj. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 9 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 grudnia 2018 r. Wykonawca ECO zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Wykonawca ECO przedstawił w pismach z dnia 9 oraz 15 stycznia 2019 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Wykonawcy ECO do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania, tj. dokumenty załączone przez Odwołującego do odwołania oraz do pisma z dnia 14 stycznia 2019 r., dokumenty załączone przez Zamawiającego do pisma z dnia 14 stycznia 2019 r. oraz dokumenty załączone przez Wykonawcę ECO do pisma z dnia 9 stycznia 2019 r. i złożone na rozprawie, w tym jako załączniki do pisma z dnia 15 stycznia 2019 r.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W ramach zadania częściowego nr 4, 5 i 6 jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta Wykonawcy ECO.

W ramach przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 9 listopada 2018 r., Wykonawca ECO został przez Zamawiającego wezwany do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (zamówienia częściowe nr 2, 4, 5, 6 i 8). Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca ECO udzielił pismem z dnia 15 listopada 2018 r. (w zakresie zamówień częściowych nr 4, 5 i 6).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ:

Przedmiotem zamówienia w ramach zadań częściowych 4, 5 i 6 (pkt 4 SIWZ) jest:

- Zadanie nr 4 – Utrzymanie zimowe chodników w rejonie nr 1 w Gorzowie Wlkp.;
- Zadanie nr 5 – Utrzymanie zimowe chodników w rejonie nr 2 w Gorzowie Wlkp.;
- Zadanie nr 6 – Utrzymanie zimowe chodników w rejonie nr 3 w Gorzowie Wlkp..

Termin wykonania (pkt 6 SIWZ): od dnia podpisania umowy do dnia 31 marca 2021 r. z podziałem na 3 sezony zimowe: 1) 1 listopad 2018 r. do 31 marca 2019 r., 2) 1 listopad 2019 r. do 31 marca 2020 r., 3) 1 listopad 2020 r. do 31 marca 2021 r. Zamawiający zamierza zawrzeć umowy od dnia 1 listopada 2018 r.

Opis sposobu obliczenia ceny (pkt 18 SIWZ): Podstawę wyliczenia ceny oferty dla danego zadania w całym okresie trwania umowy tj. w okresie od 01 listopada 2018 r. do 31 marca 2021 r., stanowi oczekiwane przez Wykonawcę: wynagrodzenie miesięczne brutto dla danego zadania, które winno uwzględniać: koszty netto, tj.:

- koszty dyżurów pracowniczych,
- koszty utrzymywania sprzętu w pełnej gotowości akcyjnej, w tym koszty jego konserwacji, napraw, remontów i wymiany zużytych części, w tym szczotek, pługów itp.,
- koszty bezpośredniego zwalczania śliskości i usuwania śniegu, mechanicznego i ręcznego na wskazanych chodnikach i placach,
- koszty utrzymywania chodników i placów w czystości w okresach bezśnieżnych,
- koszty prac zastępczych,

- koszty współpracy ze służbami meteorologicznymi,
- koszty załadunku, transportu i składowania odpadów,
- wszelkie inne koszty, których poniesienie jest konieczne w związku ze świadczeniem ww. usługi w ciągu miesiąca kalendarzowego (okresu rozliczeniowego), na zasadach określonych umową,
- podatek VAT.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (Część II SIWZ): przedmiotem zamówienia jest gotowość świadczenia (tzw. akcja bierna) oraz wykonywanie (tzw. akcja czynna) usługi utrzymania zimowego chodników i placów, położonych na terenie miasta Gorzowa Wlkp., a także utrzymywanie ich w czystości, włącznie z końcowym oczyszczeniem całej ich powierzchni z pozostałości pozimowych (środki uszorstniające użyte do usuwania śliskości, inne nieczystości, odpady, chwasty itd.), zgodnie z zakresem określonym w projektach umów do zadań. Akcja czynna polega na pełnym, zimowym utrzymaniu obsługiwanego terenu poprzez usuwanie śniegu, lodu, błota pośniegowego i/lub uszorstnianie nawierzchni chodników w celu usunięcia na niej śliskości – (w paśmie o szerokości określonej w załącznikach, co najmniej 1,5 m), w wyniku wystąpienia czynników pogodowych takich jak: opady atmosferyczne (śnieg, śnieg z deszczem, szadź, mżawka itp.), ujemna temperatura, wiatr (zawieje) i inne. Akcja bierna polega na: utrzymywaniu gotowości personalnej i sprzętowej do prowadzenia akcji czynnej. Obejmuje okres, kiedy nie są prowadzone żadne działania związane bezpośrednio z usuwaniem skutków zimy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do przesłanki odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej Izba bierze pod uwagę przede wszystkim treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, przy uwzględnieniu treści wezwania wystosowanego do tego wykonawcy przez zamawiającego. Wyjaśnienia powinny zawierać konkretne i kompletne wyliczenia, co jednak nie oznacza, iż absolutnie każda (nawet bardzo drobna) czynność, jaka ma zostać zrealizowana w ramach świadczenia przedmiotu zamówienia, winna znaleźć odzwierciedlenie w treści wyjaśnień. Niezbędna treść wyjaśnień jest zatem określana między innymi treścią wezwania zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający wezwał Wykonawcę ECO do złożenia szczegółowego wyliczenia wraz z kalkulacją kosztów, sporządzonego na podstawie wymagań Zamawiającego co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, w szczególności kosztów odnoszących się do ilości pojazdów (serwis, koszty paliwa, etc.) oraz osób ich obsługujących (kierowców i innych), kosztów zatrudnienia z uwzględnieniem czasu pracy, pracy zmianowej, dyżurów, itp.

koniecznych do realizacji usługi. Ponadto w treści wezwania Zamawiający przytoczył treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca ECO złożył wyjaśnienia zawierające kalkulacje przedstawione odrębnie dla zadania nr 4, 5 i 6, a do wyjaśnień zostały załączone trzy dowody. W sporządzonych kalkulacjach Wykonawca ECO uwzględnił poszczególne kategorie cenotwórcze, które w ocenie składu orzekającego Izby generalnie odpowiadały żądaniu Zamawiającego, uwzględniając koszty przedstawione w treści żądania. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie stanowiłyby podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy ECO, lecz co najwyżej skutkowałyby wezwaniem go do złożenia uzupełniających wyjaśnień. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż w sytuacji w której wyjaśnienia są konkretne i co do zasady odpowiadają na wezwanie Zamawiającego, a jedynie wymagają uzupełnienia, a w szczególności doprecyzowania w pewnym zakresie, dopuszczalne, a wręcz konieczne jest wystosowanie do wykonawcy ponownego wezwania. Takie wezwanie byłoby konieczne w odniesieniu do dowodów potwierdzających zatrudnianie osób niepełnosprawnych lub gotowość ich zatrudnienia, które powinny zostać przez Wykonawcę ECO przedstawione w większym zakresie niż miało to miejsce w ramach wyjaśnień. Wymaga w tym miejscu zauważenia, iż niewątpliwie wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty wraz z dowodami co do zasady winny być składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu odwoławczym. Z uwagi jednak na fakt, iż dokumenty te zostały przedstawione na etapie postępowania odwoławczego, nakazywanie Zamawiającemu dokonania kolejnego wezwania okazało się zbędne i z tego powodu stanowiłoby nieuzasadnioną zwłokę w prowadzeniu Postępowania. Należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający zapoznał się z dodatkowymi wyjaśnieniami i dowodami złożonymi przez Wykonawcę ECO jeszcze na etapie posiedzenia przed Izbą, przed otwarciem rozprawy, po czym nie zmienił swojego stanowiska w sprawie i podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów odwołania należy na wstępie podkreślić, iż zgodnie przepisem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Z przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na

zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania / zamawiającego ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Odnosząc się odrębnie do poszczególnych kwestii zawartych w odwołaniu należy wskazać, co następuje:

– Zatrudnienie osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia:

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego przedstawionych w ramach ww. zarzutu należy na wstępie wskazać na dwa zagadnienia, tj. po pierwsze, konieczność wykazania przez Wykonawcę ECO okoliczności zatrudniania przez niego osób niepełnosprawnych oraz po drugie, możliwość zatrudnienia do realizacji zamówienia osób z tzw. schorzeniem specjalnym. Do pierwszego z ww. zagadnień Izba odniosła się już we wcześniejszej części uzasadnienia. W tym miejscu należy dodać, iż w świetle postanowień SIWZ Wykonawca ECO nie był obowiązany do przedstawienia dowodów odnoszących się do konkretnych osób, które będą realizować przedmiotowe zamówienie. Za wystarczające należało uznać wykazanie odpowiedniego poziomu zatrudniania osób niepełnosprawnych lub gotowości ich zatrudnienia do realizacji zamówienia. Z wyjaśnień oraz dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę ECO wynika, iż w ramach prowadzenia działalności gospodarczej zatrudnia on znaczącą ilość osób niepełnosprawnych (w piśmie z dnia 9 stycznia 2019 r. zostały podane konkretne dane dotyczące ogólnej ilości pracowników oraz ilości pracowników niepełnosprawnych – informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). W odniesieniu do drugiego z ww. zagadnień za oczywiste należy uznać, iż niepełnosprawność nie stanowi automatycznie przyczyny uniemożliwiającej uzyskanie prawa jazdy czy też wykonywania pracy związanej z obsługą pojazdów. Możliwość zatrudnienia osób o znacznym i umiarkowanym stopniu niepełnosprawności wynika między innymi z przepisów art. 4 ust. 1, 2 oraz 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 511, ze zm.). Znajduje to potwierdzenie w dowodach złożonych przez Wykonawcę Eco (zanonimizowane orzeczenia o stopniu niepełnosprawności). Z kolei zgodnie z przepisem art. 3 ust. 3 ustawy o kierujących pojazdami (Dz.U. z 2017 r. poz. 978, ze zm.) osoba niepełnosprawna pod względem fizycznym

może być kierującym, jeżeli uzyskała orzeczenie lekarskie o braku przeciwwskazań zdrowotnych do kierowania pojazdem. Możliwość uzyskania prawa jazdy przez ww. osobę zależy zatem od orzeczenia lekarskiego. W odniesieniu do braku możliwości pracy w charakterze operatora sprzętu do odśnieżania lub kierowcy ciągnika osoby niepełnosprawnej ze schorzeniem specjalnym Odwołujący, na poparcie swojego stanowiska, złożył dowód w postaci poradnika pt. Przystosowanie stanowiska pracy osoby niepełnosprawnej” wydanego w 2010 r. w ramach kampanii informacyjnej „Przełam lody obojętności” dofinansowanej ze środków PFRON. W ocenie Izby publikacja ta nie może stanowić przesądzającego dowodu w niniejszej sprawie, między innymi z tego powodu, iż jak wynika z fragmentu zatytułowanego „Wprowadzenie” jej celem jest przekazanie informacji dotyczących nie tyle możliwości zatrudniania osób niepełnosprawnych, co informacji w zakresie przystosowania stanowiska pracy do wymogów osoby niepełnosprawnej. Jednocześnie wskazuje się, iż: *„Tymczasem niepełnosprawność osób niepełnosprawnych ma charakter bardzo indywidualny. Różnorodność schorzeń, generuje mnogość wymogów, jakie powinien spełniać pracodawca zatrudniający osobę z określonym schorzeniem. Również indywidualizm cech ludzkich sprawia, że każdy, pomimo tożsamesgo schorzenia, ma inne ograniczenia. (...) To wszystko sprawia, że niezwykle trudne, jeśli w ogóle możliwe, jest opracowanie jednolitej instrukcji, jak powinno wyglądać stanowisko pracy przystosowane do wymagań wynikających z niepełnosprawności. To opracowanie jest próbą odpowiedzi na tak postawione pytanie. Biorąc jednak pod uwagę, cel praktyczny, czyli pomoc dla pracodawców, którzy zatrudniają lub zamierzają zatrudniać osoby niepełnosprawne, ma ono postać uproszczonej.”* W rozdziale dotyczącym chorób wzroku wprawdzie pojawia się informacja o braku możliwości wykonywania zawodów związanych z prowadzeniem pojazdów i innych urządzeń, jednakże nie wskazano do jakich stopni niepełnosprawności odnosi się ta uwaga. Z kolei brak takiej uwagi w odniesieniu do osób niepełnosprawnych z powodu chorób psychicznych. W ocenie składu orzekającego Izby ww. publikacja stanowi poradnik przedstawiający w sposób uogólniony i uproszczony informacje dotyczące przede wszystkim przystosowania stanowiska pracy do wymogów osoby niepełnosprawnej i w związku z tym nie mogła zostać uznana jako przesądzający dowód w niniejszej sprawie. Z kolei Wykonawca ECO na poparcie swojego stanowiska przedstawił dowody w postaci dokumentów dotyczących pracownika posiadającego orzeczenie o stopniu umiarkowanym specjalnym, z chorobą wzroku, prawem jazdy oraz orzeczeniem lekarskim dotyczącym zgody na pracę (w tym kierowanie pojazdami kat. B). W odniesieniu do analizowanej kwestii należy również wskazać na przepisy dotyczące wydawania kart parkingowych. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3a pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1990, ze zm.) kartę parkingową, umożliwiającą niestosowanie się do niektórych znaków drogowych dotyczących zakazu ruchu lub postoju, wydaje się między innymi osobie niepełnosprawnej

zaliczonej do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności mającej znacznie ograniczone możliwości samodzielnego poruszania się. Zgodnie z art. 8 ust. 4 ww. ustawy kartę parkingową osobie, o której mowa w ust. 3a pkt 1 i 2, wydaje, za opłatą i po uiszczeniu opłaty ewidencyjnej, przewodniczący powiatowego zespołu do spraw orzekania o niepełnosprawności, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, na podstawie wydanego przez zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności: 1) orzeczenia o niepełnosprawności, 2) orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, 3) orzeczenia o wskazaniach do ulg i uprawnień - wraz ze wskazaniem, o którym mowa w art. 6b ust. 3 pkt 9 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Z kolei zgodnie z art. 6b ust. 3 pkt 9 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w orzeczeniu powiatowego zespołu ustala się niepełnosprawność albo stopień niepełnosprawności, nie więcej niż trzy symbole przyczyn niepełnosprawności oraz wskazania dotyczące w szczególności: 9) spełniania przez osobę niepełnosprawną przesłanek określonych w art. 8 ust. 3a pkt 1 i 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1260 i 1926 oraz z 2018 r. poz. 79, 106 i 138), przy czym w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności spełnienie tych przesłanek może zostać stwierdzone jedynie w przypadku ustalenia przyczyny niepełnosprawności oznaczonej symbolem 04-O (choroby narządu wzroku), 05-R (upośledzenie narządu ruchu) lub 10-N (choroba neurologiczna). Z ww. przepisów wynika uprawnienie osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności oznaczonego symbolem 04-O (choroby narządu wzroku) do otrzymania karty parkingowej, co pośrednio potwierdzenia możliwość uzyskania prawa jazdy przez ww. osoby.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w świetle stanowisk i dowodów przedstawionych przez Odwołującego oraz Wykonawcę ECO, brak jest podstaw do zakwestionowania kalkulacji Wykonawcy ECO w odniesieniu do wskazanej przez niego okoliczności zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych z tzw. schorzeniem specjalnym.

– Przyjęcie do kalkulacji ceny ofertowej minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2018 r.:

Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 3 projektu umowy *Zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia należnego Wykonawcy na podstawie art. 142 ust. 5 Prawo zamówień publicznych w przypadku zmiany: (...) 2) Wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 23 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 ze*

zm.) (...) Jeżeli Wykonawca wykaze, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ww. postanowienie zawiera odwołanie do art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, iż postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku wystąpienia zmian wskazanych w tej regulacji winna zawierać umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Ww. przepis został wprowadzony do ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu do projektu ustawy (druk nr 1653) wskazano: „W dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa.” Odnosząc się do okoliczności rozpoznawanej sprawy, należy na wstępie podkreślić, iż Izba nie wyraża stanowiska co do tego, czy wykonawcy będzie przysługiwało uprawnienie do zwiększenia kwoty wynagrodzenia na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej, a zatem czy w przypadku wystąpienia z takim wnioskiem przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający obowiązany będzie na ww. wniosek odpowiedzieć pozytywnie czy negatywnie. Są to kwestie odnoszące się do indywidualnych decyzji stron podejmowanych na etapie realizacji umowy, co nie jest objęte zakresem kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z tym, zaprezentowane poniżej stanowisko Izby odnosić się będzie jedynie do oceny ww. okoliczności w kontekście analizy ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ECO. Mając na uwadze wskazany cel wprowadzenia ww. regulacji, w ocenie składu orzekającego Izby, w stanie faktycznym niniejszym sprawy Wykonawca ECO dokonując kalkulacji ceny oferty, z wyjątkiem dwóch pierwszych miesięcy realizacji umowy w 2018 r. (listopad, grudzień), powinien był uwzględnić wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą w roku 2019 r., skoro na dzień sporządzenia oferty była ona znana (19 września 2018 r. – opublikowanie Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r.; 25 października 2018 r. – dzień sporządzenia oferty przez Wykonawcę ECO). Jak bowiem wskazano w ww. uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy

– Prawo zamówień publicznych regulację art. 142 ust. 5 ustawy Pzp należy odnosić do sytuacji, w których wykonawcy w trakcie realizacji umów długoletnich zaskakiwani są zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Natomiast w przypadku pozostałych lat (2020,2021), za uprawnione, na gruncie dokonywania oceny kalkulacji ceny, należy uznać oczekiwanie wykonawcy co do możliwości zwiększenia kwoty wynagrodzenia w przypadku dalszych (w stosunku do 2019 r.) zmian wysokości minimalnego wynagrodzenia. Odwołujący nie przedstawił w ww. zakresie żadnych obliczeń, odnoszących się odrębnie do tego zarzutu (nieuwzględnienia wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2019 r.). Mając jednak na uwadze poziom zysku zakładanego przez Wykonawcę ECO w ocenie składu orzekającego Izby ww. niedoszacowanie nie skutkuje uznaniem ceny oferty Wykonawcy ECO za cenę rażąco niską.

– Zaniżenie ilość nadgodzin:

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Wykonawcę ECO liczba nadgodzin jest zaniżona. Nie jest wiadome, na jakich wyliczeniach Odwołujący opiera swoje stanowisko co do zaniżonej ilości nadgodzin, a także jakie założenia zostały przyjęte przy ich dokonaniu. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne.

– Zaniżenie kosztów paliwa do sprzętu zimowego oraz zamiatarki:

W odniesieniu do zaniżenia kosztu paliwa do zamiatarki w kalkulacji dla zadania nr 4 Odwołujący nie przedstawił wyliczeń dotyczących przełożenia zaplanowanego przez Wykonawcę ECO budżetu na ustaloną przez Odwołującego ilość motogodzin. Ponadto, za niejasne należy uznać wyliczenia Odwołującego dotyczące 50 minut dziennie pracy zamiarki przy ustalonej ilości 100 mth, w kontekście założenia wskazanego przy obliczeniach zawartych w załączniku nr 2 do odwołania (Urealniony koszt realizacji zamówienia częściowego nr 4), gdzie przyjęto, że zamiatanie będzie mieć miejsce 2 razy w tygodniu. W związku z powyższym brak było podstaw do uwzględnienia stanowiska Odwołującego przedstawionego w ww. zakresie. Z kolei możliwość uzyskania przez ciągniki stosowane przez Wykonawcę ECO szerokości odśnieżania co najmniej 150 cm została potwierdzona treścią dowodów złożonych przez Wykonawcę ECO, tj. oświadczeń autoryzowanych dealerów ww. ciągników.

– Nierzetelne skalkulowanie kosztu określonej w § 2 ust. 3 projektu umowy usługi polegającej na usunięciu, z przekazanych do utrzymania chodników, wszelkich odpadów i zanieczyszczeń, w tym zalegającego piasku, ziemi, traw, mchu, chwastów i innej roślinności oraz zamiecienia tych chodników, w sposób ciągły, na całej szerokości chodnika, tj. od krawężnika do krawężnika:

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Wykonawcy ECO, iż z uwagi na występujące różnice pomiędzy branżą robót budowlanych a branżą usług oczyszczania kalkulacje opracowane w programie dla kosztorysowania dla branży budowlanej nie mogą stanowić potwierdzenia niezetelności kalkulacji sporządzonej przez Wykonawcę ECO dotyczącej odmiennego przedmiotu zamówienia. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący w treści pisma z dnia 14 stycznia 2019 r. uzasadniając odwołanie się do kwestii zastosowania programu Winbud: „*Konieczne bowiem było odwołanie się do obiektywnych norm nakładów pracy na poszczególne czynności niezbędne do realizacji zamówienia (...)*.” Trzeba jednak zauważyć, iż kalkulując cenę oferty jak i dokonując jej oceny należy uwzględnić również indywidualne okoliczności dotyczące danego wykonawcy, mające wpływ zarówno na obniżenie jak i podwyższenie ceny oferty. W przypadku kalkulacji kosztów ww. prac przez Wykonawcę ECO istotne znaczenie ma okoliczność obniżenia kosztów osobowych w związku z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych, która to okoliczność nie została uwzględniona przez Odwołującego w ramach dokonywania przez niego tzw. „urealnienia kosztów”. Niezależnie od powyższego, za słuszne należy uznać twierdzenia Wykonawcy ECO (pośrednio potwierdzone również przez Zamawiającego w ramach stanowiska przedstawionego na rozprawie), iż realizacja ww. prac – w zakresie dotyczącym usuwania z chodników roślinności - odbywać się będzie „*punktowo, w ramach oczyszczenia miejsc zarośniętych, a nie każdego metra chodnika*”.

– Nierzetelne skalkulowanie kosztu usuwania środków uszorstniających:

Kierując się zasadami doświadczenia życiowego za przekonujące należy uznać wyjaśnienia Wykonawcy ECO, iż „*wysypanie 100 ton piasku w trakcie sezonu nie przekłada się na zebranie takiej samej ilości piasku po sezonie zimowym. Użyty do sypania chodników piach podlega działaniom w okresie 5 miesięcy różnych zjawisk atmosferycznych, zostaje wymyty przez padające deszcze, wywiany przez wiejące wiatry, a także wydeptany przez osoby poruszające się po chodnikach.*” Zarzuty Odwołującego co do uwzględnienia usuwania 50% piasku uprzednio wysypanego należało zatem uznać za niezasadne.

– Nieuwzględnienie konieczności zatrudnienia pracowników do wykonywania odśnieżania ręcznego (dotyczy zamówienia częściowego nr 4):

Zarzut niezasadny, gdy z treści SIWZ nie wynika obowiązek zatrudnienia dodatkowych pracowników do wykonywania odśnieżania ręcznego. Nie ma przeciwskażeń, aby czynności te – zgodnie z założeniami Wykonawcy ECO - zostały wykonane przez któregoś z operatorów maszyn do odśnieżania.

– Nieuwzględnienie kosztu zatrudnienia operatora zamiatarki (dotyczy zamówienia częściowego nr 4):

Z wyjaśnień Wykonawcy ECO wynika, że w okresie bezśnieżnym zmiatarka będzie obsługiwana przez jednego z operatorów jednostek odśnieżających, zatrudnionych na cały okres zimowy. Powyższe wyjaśnienia są spójne z informacjami podanymi w ramach pozycji „Koszt miesięczny odchwaszczania...”, gdzie zawarto adnotację, iż chodzi o osoby już zatrudnione. Należało zatem uznać, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

- Wątpliwości dotyczące pozycji w kosztorysach szczegółowych dla zamówień częściowych 5 i 6 „rozszerzenie etatów dla 6 pracowników gospodarczych do zmiatania ręcznego/odśnieżania ręcznego/sypania środków uszorstniających”; błędy w kalkulacji w stosunku do części opisowej:

Wątpliwości podniesione przez Odwołującego wynikają z niezrozumienia wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę ECO. Tymczasem z treści wyjaśnień Wykonawcy ECO wynika, że koszt rozszerzenia etatów dotyczy 6, a nie 12 osób. Ponadto, dane zawarte w tabeli korespondują z informacjami przedstawionymi w części opisowej. Ww. pozycja została ujęta w treści wyjaśnień – wykonawca nie był obowiązany odrębnie wykazać dysponowania pracownikami zatrudnionymi w niepełnym wymiarze czasu pracy.

- Nieuwzględnienie kosztów dyżurów pracowniczych (SIWZ Rozdział 18 Opis sposobu obliczania ceny):

Zgodnie z przepisem art. 151[5] § 3 Kodeksu pracy za czas dyżuru, z wyjątkiem dyżuru pełnionego w domu, pracownikowi przysługuje czas wolny od pracy w wymiarze odpowiadającym długości dyżuru, a w razie braku możliwości udzielenia czasu wolnego - wynagrodzenie wynikające z jego osobistego zaszeregowania, określonego stawką godzinową lub miesięczną, a jeżeli taki składnik wynagrodzenia nie został wyodrębniony przy określaniu warunków wynagradzania - 60% wynagrodzenia. Z ww. uregulowania wynika zatem, iż w pełnieniu przez pracownika dyżuru w domu nie generuje dodatkowych kosztów po stronie pracodawcy.

- Nieuwzględnienie kosztów prac zastępczych zgodnie z § 2 ust. 15-17 projektu umowy, stanowiących do 75% iloczynu stawki dziennej i ilości dni ograniczenia obowiązków, a polegających na wykonywaniu prac porządkowych na terenie miasta, także poza terenem rejonu:

Z zapisów § 2 ust. 15 – 18 projektu umowy wynika, iż prace zastępcze będą wykonywane w miejsce innych prac porządkowych, objętych przedmiotem umowy, których realizacja zostanie „czasowo ograniczona”. Dodatkowo, z postanowienia zawartego w § 2 ust. 17 projektu umowy wynika, że łączna wartość prac porządkowych zastępczych nie będzie przekraczać 75% kwoty ustalonej jako iloczyn uśrednionej stawki dziennej, o której mowa w §

4 ust. 2 umowy, i liczby dni wykonywania tych prac (tzw. czasowego ograniczenia obowiązków Wykonawcy”).

Zgodnie z ww. postanowieniami wykonawca będzie wprawdzie obowiązany wykonać inne prace porządkowe, ale w tym czasie nie będzie wykonywał prac porządkowych objętych podstawowym zakresem umowy i w tym zakresie nie będzie ponosił kosztów. Z postanowień tych nie wynika, iż wykonanie zastępczych prac porządkowych będzie generować po stronie wykonawcy dodatkowe koszty. Założenie jest wręcz przeciwne (§ 2 ust. 17 projektu umowy), co potwierdził Zamawiający na rozprawie. Powyższe potwierdza również stanowisko Odwołującego, który nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyliczeń, a nawet założeń co do tego, w jaki sposób te prace zastępcze powinny zostać wyliczone (ponadto, takim ewentualnym wyliczeniom powinny towarzyszyć wyliczenia obniżenia kosztów w związku z ograniczeniem realizacji podstawowych prac porządkowych).

- Nieuwzględnienie transportu środków do usuwania śliskości na miejsce prowadzenia akcji - pojemność rozsiewaczy wynosi maksymalnie 400 kg dla ciągników Tym 353 i Dong Feng DF304 oraz 50 kg dla Stiga Park 4WD, co wymaga wielokrotnego ich uzupełniania w trakcie posypywania (dane na podst. danych producenta i importera: <https://www.stiga.pl/sklep/koszenie-trawnika/agregaty-tnace/akcesoria-do-park-villa/piaskarka-park>, <http://www.iagro.pl/ciagnik-dong-feng-df-304-g2-nie-zetor-ursus-farmer-tym,at-156215.html>, <https://tym-tractors.com/tractors/t353-t353-hst-compact-utility-tractor/>)

Wyjaśnienia Wykonawcy Eco w ww. zakresie (pismo z dnia 9 stycznia 2019 r.) zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Ogólnie rzecz ujmując odnoszą się one do sposobu organizacji pracy przyjętego u tego wykonawcy. Z wyjaśnień tych wynika, że transport środków do usuwania śliskości na miejsce prowadzenia akcji był uwzględniany przez Wykonawcę ECO przy sporządzaniu oferty, jednakże nie było potrzeby ujmowania ww. pozycji w ramach oddzielnej pozycji kalkulacji ceny.

- Nieuwzględnienie kosztów eksploatacji zamiatarek tj. szczotki robocze, listwy gumowe ssaw, olej hydrauliczny i silnikowy, filtry;

Jak wynika z wyjaśnień Wykonawcy ECO zawartych w piśmie z dnia 9 stycznia 2019 r. wskazane powyżej koszty zostały uwzględnione w pozycji: „Przeгляд, naprawy sprzętów, samochodów”. Ww. zarzut okazał się zatem niezasadny.

- Nieuwzględnienie amortyzacji sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia przez okres 3 sezonów zimowych o szacunkowej wartości 120 tys. zł na każde zamówienie częściowe;

W odniesieniu do ww. kosztów Wykonawca ECO wyjaśnił, iż środki trwałe podlegały jednorazowej amortyzacji w ramach pomocy de minimis, a zatem amortyzacja środków trwałych stanowiła koszt w latach ubiegłych. Ponadto, ww. zarzut nie został wystarczająco sprecyzowany na etapie odwołania – dopiero w piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r. Odwołujący wskazał w jakim znaczeniu posłużył się pojęciem „amortyzacja”.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: