

Sygn. akt: KIO 1238/17

**WYROK**  
z dnia 10 lipca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16.06.2017 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym **Jednostką Wojskową nr 3964, ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Clean Service P.F., Chyliczki ul. Melanii 21B, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 1238/17

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 3964 prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi stałego sprzątnia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Warszawie administrowanych przez Jednostkę Wojskową nr 3964.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 16 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 033-059816. Odwołujący Impel Cleaning sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów w zakresie Części I: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę: CLEAN- SERVICE P.F., Chyliczki, art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie przez Zamawiającego z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty Wykonawcy CLEAN- SERVICE i zmianę treści tej oferty na skutek akceptacji przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 26.05.2017r., art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści oferty wybranego Wykonawcy poprzez akceptację przez Zamawiającego rzekomej omyłki w wyjaśnieniach Wykonawcy CLEAN-SERVICE z dnia 28.04.2017r., art. 89 ust. 1 pkt, 2, 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez Wykonawcę: CLEAN- SERVICE P.F., Chyliczki, ul. Melanii 2 IB, 05-500 Piaseczno, z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, art. 90 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych przez wadliwą ocenę przez Zamawiającego udzielonych wyjaśnień, art. 91 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy: CLEAN-SERVICE P.F., odrzucenie oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy prawo zamówień w związku z art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych; dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ projekt Umowy Zamawiający wymagał zatrudnienia wszystkich osób na podstawie umowy o pracę. Odwołujący przytoczył § 2 ust. 7 i 8:

*7. Wykonawca oświadcza, że czynności w zakresie realizacji usługi utrzymania czystości na terenie kompleksów wojskowych /jak oferta/ w Warszawie będą realizować pracownicy w*

*rozumieniu art. 2 Kodeksu Pracy, jako stanowiący stały zespół pracowników Wykonawcy, wydzielony do realizacji usługi stanowiącej przedmiot umowy.*

*8. Wykonawca oświadcza, że pracownicy zatrudnieni u Wykonawcy, stanowią stały wydzielony zespół realizujący bezpośrednio usługi porządkowe na terenach kompleksów wojskowych/jak oferta/ w Warszawie, którzy:*

*a) realizują usługę w systemie 8 godzinnym od poniedziałku do piątku oraz w razie potrzeby (w okresie zimowym lub innych nieprzewidzianych potrzeb) całodobowych dyżurów również w dni wolne od pracy i święta z zachowaniem minimum dobowego czasu odpoczynku przed rozpoczęciem kolejnego dyżuru;*

*b) spełniają wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych określonych w § 6 niniejszej umowy;*

Odwołujący wskazał, iż wybrany Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2017r. w piśmie z dnia 28.04.2017r. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny stwierdził w tabeli w kolumnie „rodzaj kosztów”, iż przewidział zatrudnienie „zleceniobiorców” w odniesieniu do terenów wewnętrznych (wiersz nr 1 i nr 2 tabeli). Tym samym Wykonawca - wbrew bezwzględnemu obowiązkowi zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę - zaproponował w sposób wadliwy w swojej ofercie zatrudnienie osób na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Odwołujący uznał, że oferta Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Zatrudnienie osób na podstawie umowy cywilnoprawnej potwierdza również, że złożenie oferty ma charakter czynu nieuczciwej konkurencji oraz w rezultacie przesądza, że cena ma charakter rażąco niski, co oznacza konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

Nadto Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień z dnia 28.04.2017r. wynika, że Wykonawca zaproponował koszty osobowe dla terenów wewnętrznych na poziomie stawki 1292,60 PLN oraz 969,57 PLN, która to nie uwzględnia minimalnych kosztów związanych z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę w zakresie wynikającym z obowiązku zapewnienia minimalnego wynagrodzenia o pracę.

Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 i wezwał wybranego Wykonawcę do wyjaśnień.

W dniu 26 maja 2017r. wpłynęła do Zamawiającego odpowiedź Wykonawcy Clean Service. Z odpowiedzi Wykonawcy wynika, że „omyłkowo” w poprzednich wyjaśnieniach w tabeli wprowadził pojęcie „zleceniobiorca”, podczas gdy w obliczeniu kosztów zostały

uwzględnione osoby zatrudnione już wcześniej na umowę o pracę oraz osoby, które zostaną zatrudnione w oparciu o umowę o pracę, ale pozostające w dyspozycji firmy.

W ocenie Odwołującego trudno mówić tutaj o jakiegokolwiek omyłce ze strony wybranego Wykonawcy.

W przedstawionej w wyjaśnieniach poprawionej tabeli Wykonawca przedstawił:

1-p.	Rodzaj kosztów	Jednostkowy Koszt	Ilość osób	Czas trwania umowy	Wartość w okresie zamówienia
2	Pracownik wraz z narzutami 3 godzin teren wewnętrzny max. 900 m <sup>2</sup>	969,57	0,88	36	30715,98

W ocenie Odwołującego treść w tabeli (znajdująca się w wyjaśnieniach) jest niezgodna z dalszymi wyjaśnieniami, bo sam Wykonawca twierdzi, że pracownik zatrudniony na 0,88 etatu (7 godziny dziennie) daje koszt 2262.33 zł. Tym samym Wykonawca nie może w kolumnie „jednostkowy koszt” wpisać wartości 969.57 zł, bo ta wartość jest według jego własnych wyliczeń przypisana do pracownika zatrudnionego na 038 etatu.

Ponadto Wykonawca wyjaśnił, że zamierza zatrudnić 4 osoby do wykonania usługi na terenach wewnętrznych tj. 3 osoby zatrudnione na 1/2 etatu i 1 osobę zatrudnioną na 0,88 etatu. Odwołujący stwierdził, że z treści tabeli wynika, że każdy z 3 pracowników na 1/2 etatu będzie pracował przez 4 godziny dziennie (20 godzin tygodniowo). Razem w ciągu jednego dnia wypracują 12 godzin, a w tygodniu 60 godzin. Jeden pracownik zatrudniony na 0,88 etatu będzie pracował przez 7 godziny dziennie (35 godzin tygodniowo). Odwołujący wskazał, że taka deklaracja Wykonawcy pozostaje w rażącej niezgodności z wymogiem Zamawiającego, który stanowi w projekcie umowy w § 2 ust. 8 c), że „pracownicy zatrudnieni u Wykonawcy, stanowią stały wydzielony zespół realizujący bezpośrednio usługi porządkowe na terenach kompleksów wojskowych/jak oferta/ w Warszawie, którzy realizują usługę w systemie 8 godzinnym od poniedziałku do piątku oraz w razie potrzeby (w okresie zimowym lub innych nieprzewidzianych potrzeb) całodobowych dyżurów również w dni wolne od pracy i święta z zachowaniem minimum dobowego czasu odpoczynku przed rozpoczęciem kolejnego dyżuru”.

Tym samym, zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał do wykonania usługi co najmniej cztery osoby, które będą realizować usługę w systemie 8 godzinnym.

Jak dalej argumentował Odwołujący, niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika również z faktu, iż osoba zatrudniona na 0,88 etatu, a tym bardziej osoba z etatu, z oczywistych względów wynikających z istoty świadczonej usługi utrzymania czystości nie będzie w stanie wykonać usługi na powierzchni 900 m<sup>2</sup>

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał wnikliwej analizy wyjaśnień Wykonawcy, przyjmując całkowicie bezkrytycznie złożoną przez niego kalkulację, która pozostaje rażąco niespójna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nadto Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego stanowią niedozwolone na gruncie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych negocjacje Zamawiającego z Wykonawcą dotyczące zmiany formy zatrudnienia określonej w treści złożonej oferty Wykonawcy CLEAN-SERVICE. Zamawiający, godząc się bezrefleksyjnie na zmianę treści tej oferty na skutek akceptacji przez Zamawiającego wyjaśnień z dnia 26.05.2017r., naruszył jednocześnie przepis art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, który określa zasady poprawiania omyłek pisarskich i omyłek związanych z niezgodnością oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych przy ocenie złożonych wyjaśnień przez wybranego Wykonawcę.

Wykonawca, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2017r., zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, zobowiązany był wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wezwaniu z dnia 24 maja 2017r. Zamawiający ponownie zwrócił się o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całej Części nr 1. Wybrany Wykonawca nie udzielił żadnych wyjaśnień w odniesieniu do części dotyczącej terenów zewnętrznych tj. zielonych i utwardzonych. Odwołujący stwierdził, że wybrany Wykonawca nie przedstawił żadnych formalnych dowodów dla potwierdzenia zasadności swojej kalkulacji. Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w sposób usuwający wątpliwości Zamawiającego w sposób zupełny i dostateczny, czego skutkiem winna być decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego Wykonawcy.

Mając na względzie opis przedmiotu zamówienia Odwołujący stwierdził, że zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa zarówno w wymiarze ogólnym, jak i ceny jednostkowej ma charakter rażąco niski.

W przypadku stawki jednostkowej, Odwołujący stwierdził, że przy powierzchni terenów zielonych równej 20.563 m<sup>2</sup> i wymaganiach Zamawiającego, mówiących o tym, iż na 1 osobę nie może przypadać więcej niż 9000 m<sup>2</sup>, wynika, że do sprzątnięcia powyższego zakresu usługi potrzeba 2,28 etatu. Mimo to, w formularzu ofertowym przy usługach sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych zieleni oraz w udzielonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wybrany Wykonawca Clean Service w lokalizacji w pkt. 1 ul. 11 Listopada 17/19 podał kwotę zaledwie 0,02 zł., która to wartość z oczywistych względów nie jest w stanie pokryć nawet kosztu jednego etatu na terenach zielonych (20.563 m<sup>2</sup>). Odwołujący obliczył, że cena miesięczna wyniesie 411,26 zł., co pokrywa zaledwie w 7% kwotę 5.499,82 zł. Nie licząc kosztów pozaosobowych.

Odwołujący stwierdził także, że cena ofertowa nie uwzględnia wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości obowiązującej od stycznia 2017r. Wybrany Wykonawca w wyjaśnieniach w kalkulacji w tabeli nr 3 i nr 4 - kolumna Jednostkowy koszt wymienił kwotę 2262,33 zł. jako wynagrodzenie pracowników. Taka kwota nie uwzględnia kosztu zatrudnienia pracowników na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to koszt od 2017r. wynosi 2.412,20 zł.

Ponadto Odwołujący wskazał że Wykonawca zaproponował koszty osobowe dla terenów wewnętrznych na poziomie stawki 1292,60 PLN oraz 969,57 PLN, która to wartość także nie uwzględnia minimalnych kosztów związanych z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę w zakresie wynikającym z obowiązku zapewnienia minimalnego wynagrodzenia o pracę. W konsekwencji cena globalna oferty Wykonawcy ma charakter rażąco niski.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wybrany Wykonawca dopuścił się praktyk zakazanych ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stypizowanych w art. 17 tej ustawy, mieszczących się w ogólnym zakresie dyspozycji art 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przez zamówienia publiczne zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są między innymi usługi. Wykonanie usługi przy stawce 0,02 zł nie można nazwać realną ceną, porównując taką stawkę z cenami rynkowymi, w tym zwłaszcza z analogicznymi stawkami innych Wykonawców zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, cena zaproponowana przez wybranego Wykonawcę w jego ofercie ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu

do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Wynika to nie tylko z manipulacji stawkami jednostkowymi za usługi świadczone na terenie utwardzonym i zielonym, ale również z faktu zatrudnienia osób na powierzchniach wewnętrznych na podstawie umowy zlecenia.

Nadto Odwołujący wskazał, że złożenie oferty z nierealną ceną miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Inny cel przedstawienia oferty z ceną poniżej rozsądnych kosztów danego elementu usługi, jak tylko z zamiarem eliminacji innych wykonawców, w warunkach tego zamówienia, nie ma racjonalnego wytłumaczenia, co stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji, z konsekwencjami nakazanymi art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający przy ocenie ofert i wyjaśnień wybranego Wykonawcy pominął całkowicie okoliczność, iż przepis art. 90 ustawy prawo zamówień publicznych w aktualnym brzmieniu nakazuje traktowanie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, gdy jej istotne części składowe są rażąco niskie, czyli w niniejszym przypadku ceny jednostkowe dotyczące lokalizacji, o których mowa w formularzu ofertowym w pkt. 1 ul. 11 Listopada 17/19.

Odwołujący argumentował, że: „deklaracja Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca P.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Clean Service P.F..

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał w odwołaniu na sprzeczność, zawartą w wyjaśnieniach Przystępującego. Odwołujący podniósł, że treść zawarta w tabeli (znajdującej się w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego) jest niezgodna z dalszymi wyjaśnieniami Przystępującego, ponieważ sam Przystępujący twierdzi, że pracownik zatrudniony na 0,88 etatu (7 godzin dziennie) powoduje po stronie zatrudniającego go wykonawcy powstanie kosztu w wysokości 2.262,33 zł miesięcznie. Dlatego też zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie może w kolumnie „jednostkowy koszt” wpisać wartości 969,57 zł, gdyż ta wartość jest według własnych wyliczeń Przystępującego przypisana do pracownika zatrudnionego na 0,38 etatu.

Należy zauważyć, że twierdzenie Odwołującego jest nieuprawnione i wynika z błędnego odczytania danych zawartych w tabeli. W kolumnie pierwszej tabeli, wpisano „pracownik wraz z narzutami 3 godzin teren wewnętrzny max. 900 m<sup>2</sup>”. Zatem podany koszt jednostkowy dotyczy pracownika pracującego w wymiarze 3 godzin. Wartość 0,88 dotyczy natomiast ilości osób (etatu), jakie przewidziano dla prac w tym akurat terenie (oprócz tego – co wynika z tabeli - przewidziano jeszcze 3 osoby dla pracy w tym terenie). Jest to przedstawienie sposobu kalkulacji kosztów przez Przystępującego. Odwołujący nie wykazał, aby tego rodzaju wyliczenie było błędne lub aby zawierało koszty, które są zaniżone lub zawierają wartości rażąco niskie. Odwołujący w trakcie rozprawy stwierdził, że wyjaśnienia Przystępującego są niezrozumiałe. W ocenie Izby, okoliczność, że dla Odwołującego (zgodnie z jego twierdzeniem), sposób dokonania czy przedstawienia wyliczeń nie jest zrozumiały, nie oznacza i na pewno nie dowodzi, że Przystępujący nie dokonał obliczeń w sposób prawidłowy.

Odwołujący twierdził, że osoba zatrudniona na 0,88 etatu, a tym bardziej osoba zatrudniona w wymiarze 1/2 etatu, z oczywistych względów wynikających z istoty świadczonej usługi utrzymania czystości, nie będzie w stanie wykonać usługi na powierzchni 900 m<sup>2</sup>. Jest to stwierdzenie niepoparte żadnymi dowodami, któremu Przystępujący zaprzeczył. Na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania prawdziwości twierdzeń, na które się powołał.



Odwołujący nie podołał temu obowiązkowi. Izba nie miała zatem podstaw do uznania takiej okoliczności za dowiedzioną (i prawdziwą), a w konsekwencji, także w tym zakresie nie mogła uznać za uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę lub niezgodność z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że treść SIWZ zawiera następujący opis: „Do realizacji zamówienia Zamawiający wymaga minimum 4 osoby. Na jedną osobę nie może przypaść więcej niż 900 m<sup>2</sup> w zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych na danym kompleksie. Osoby wykonujące usługę sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, powinni posiadać doświadczenie w sprzątnięciu pomieszczeń biurowych. Usługa sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych świadczona będzie: pięć dni w tygodniu, tj. od poniedziałku do piątku w godz. 7<sup>00</sup> do godz. 15<sup>00</sup>.”

Przystępujący przewidział, że zatrudnione na tej powierzchni będą 4 osoby. Zdaniem Odwołującego, każda z tych osób powinna być zatrudniona w wymiarze pełnego etatu (w pełnym wymiarze czasu pracy) przy sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych. Jednakże z treści załącznika nr 6 do SIWZ, jak również całej dokumentacji nie wynika, aby Zamawiający postawił wymaganie zatrudnienia pracowników na jeden (lub pełny) etat przy sprzątnięciu tego rodzaju powierzchni.

Załącznik nr 6 zawiera sformułowanie „w godzinach sprawowania usługi, w godz. od 6 do 15”. Sformułowanie to w ocenie Izby oznacza pewien przedział czasu, w jakim Zamawiający wymaga, aby były wykonywane usługi sprzątnięcia, nie oznacza zaś obowiązku pozostawania w dyspozycji Zamawiającego w całym czasie przez jednego lub nawet czterech pracowników. Przystępujący przewidział ilość trzech pracowników zatrudnionych w wymiarze ½ etatu i jednego pracownika zatrudnionego w wymiarze 0,38 etatu. Powyższe oznacza, że nie można uznać, aby zaproponowane przez niego ilości były niezgodne z postanowieniami SIWZ. Oznacza to, że nie jest uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ.

Izba ustaliła także, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Po raz pierwszy wezwanie skierowane zostało 25.04.2017 r., zaś drugie wezwanie (w zakresie treści oferty i jej ceny) wystosowano 25.05.2017 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, odpowiadając na pytania zadane przez Zamawiającego. W zakresie formy zatrudnienia, Przystępujący wskazał, że w tabeli omyłkowo wprowadził pojęcie „zleceniobiorcy”. W zakresie kosztów pracy przedstawił założenia i wartości, na których oparł kalkulację ceny, oraz dodatkową tabelę zawierającą obliczenie wszystkich kosztów dla zdania, z rozbiciem na poszczególne elementy kosztów pracowników. W ocenie Izby nie można uznać, aby Przystępujący nie odniósł się do zadawanych pytań i nie udzielił w tym zakresie

odpowiedzi. Przedstawił szczegółowe obliczenia, co do których Odwołujący nie wykazał, że są nieprawidłowe. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że obliczenia te są błędne lub uniemożliwią realizację zamówienia w sposób prawidłowy, zgodny z postanowieniami SIWZ i wymaganiami prawnymi. Odwołujący nie przedstawił w treści odwołania żadnych konkretnych twierdzeń ani dowodów, które przeczyłyby prawidłowości dokonanych przez Przystępującego kalkulacji.

W ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie stanowiły negocjacji z Zamawiającym. Nawet jeśli powstały jakieś wątpliwości (także na etapie wyjaśnień), Zamawiający miał obowiązek je wyjaśnić. Co więcej, Odwołujący nie dowiódł, aby dokonana przez Przystępującego kalkulacja kosztów wynagrodzenia pracowników potwierdzała zatrudnienie na umowę zlecenie (na to zdaniem Odwołującego wskazywać miała użyte przez Przystępującego określenie: „zleceniobiorca”). Tym samym nie jest uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, nie jest także uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący niezgodnej z przepisami wartości pełnego etatu przewidzianej w treści oferty Przystępującego. W przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji, w kolumnie „jednostkowy koszt”, Przystępujący wymienił kwotę 2.262,33 zł. Zdaniem Odwołującego cena ofertowa Przystępującego nie uwzględnia wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości obowiązującej od stycznia 2017 roku, które wynosi 2.412,20 zł. Przystępujący wyjaśnił, że kwota 2.262,33 zł dotyczy etatu w wymiarze 0,88, co wynika wprost z treści tabeli. Oznacza to, że Przystępujący dla całego etatu przewidział kwotę wyższą, niż 2.262,33 zł. Przystępujący wyjaśnił także, że ma zmniejszoną kwotę brutto minimalnego wynagrodzenia z uwagi na zmniejszony współczynnik wypadkowy. Współczynnik wypadkowy jest przyznawany każdej z firm i każda z firm może mieć różny współczynnik. Odwołujący nie zaprzeczył tej okoliczności, zatem Izba uznała powyższe twierdzenie za prawdziwe.

Powyższe wyjaśnienia dotyczą także innych stawek podanych w kalkulacji (a oznaczających wynagrodzenie za wskazaną część etatu). Oznacza to, że Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie kalkulacji cenowej, która byłaby niezgodna z przepisami prawa. Nie zaoferował wynagrodzeń, które są składową ceny za realizację zamówienia, w wysokości zaniżonej, czy niezgodnej z przepisami prawa. To z kolei oznacza, że okoliczności podnoszone przez Przystępującego, także w tym zakresie okazały się bezpodstawne.

Izba ustaliła, że Przystępujący w kosztorysie ofertowym, w pozycji dotyczącej sprzątnia powierzchni zewnętrznych zielonych, wskazał cenę jednostkową netto za sprzątnie 1 m<sup>2</sup> powierzchni w skali miesiąca - 0,02 zł, zaś w pozycji dotyczącej sprzątnia powierzchni zewnętrznych utwardzonych - 1,35 zł.

W ocenie Odwołującego, określenie cen jednostkowych netto za sprzątanie 1 m<sup>2</sup> powierzchni terenów zewnętrznych zielonych i utwardzonych w skali miesiąca na takim poziomie, stanowi o tym, że Przystępujący dopuścił się machinacji cenowej - alokacji kosztów - koszty wykonania usługi na terenach zielonych pokrył innymi przychodami, chociaż miał obowiązek skalkulować ceny na poziomie rzeczywistym.

Przystępujący wyjaśnił sposób skalkulowania kosztów wykonania usługi sprzątania terenów zewnętrznych zielonych i utwardzonych w wyjaśnieniach z dnia 26.05.2017 r.:

„Wykonawca uwzględniając zapisy SIWZ dotyczące minimalnych wymagań Zamawiającego skalkulował na teren zewnętrzny 3,5 osoby w okresie 36 miesięcy, tym samym przyjął, że w okresie trwania kontraktu nie będzie rozdzielał 1,22 osoby na teren utwardzony w okresie 36 miesięcy i 2,28 na teren powierzchni zielonej w okresie 27 miesięcy, tylko potraktuje łącznie koszty w czasie najdłuższym tj. 36 miesięcy, traktując te dwie czynności, jako pracę na terenie zewnętrznym. Przy kalkulacji kosztów Przystępujący w kosztorysie ofertowym przyjął, że zarówno zewnętrzna powierzchnia zielona, jak i zewnętrzna powierzchnia utwardzona stanowią dwie integralne, naturalnie ze sobą połączone części powierzchni zewnętrznej. Założenie to oparte zostało na postanowieniach SIWZ, gdzie Zamawiający w rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 3.1. wskazał:

*„Przedmiotem pierwszej części jest wykonywanie usługi stałego sprzątania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w kompleksie wojskowym 023 przy ul. 11 Listopada 17/19:*

- 1. Powierzchnie wewnętrzne 3 283,92 m<sup>2</sup>*
- 2. Powierzchnie zewnętrzne - 31 551,00 m<sup>2</sup>”.*

Z powyższego wynika, że sam Zamawiający w SIWZ traktował powierzchnię zewnętrzną jako jednolitą część. Ponadto zwrócić uwagę należy, że w załączniku nr 11 „Kosztorys ofertowy na wykonanie usług sprzątania powierzchni biurowych wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych” zastosowano taką samą stawkę podatku VAT% - 8% - dla powierzchni zewnętrznych zielonych i utwardzonych. Dalej w załączniku nr 1 do SIWZ, w którym zawarto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla kompleksu wojskowego 023 przy ul. 11 Listopada 17/19 - Zamawiający, co prawda, rozdzielił powierzchnię zewnętrzną na część utwardzoną i część zieloną, wskazał jednak należy, że podziału tego dokonano jedynie ze w uwagi na odmienne terminy realizacji usługi dla części utwardzonej i zielonej - odpowiednio 36 miesięcy i 27 miesięcy.

W praktyce usługi sprzątania powierzchni zielonej i utwardzonej wykonywały będą te same osoby. Poza sezonem, w którym wykonuje się pracę na powierzchni zielonej, osoby te skierowane będą do prac na powierzchni utwardzonej. Dlatego - w ocenie Przystępującego - nieuzasadnione było sztuczne wyodrębnianie tych kosztu pracy tych osób do odrębnej pozycji w kosztorysie ofertowym, wyłącznie w celu wykazania odrębnego kosztu.”

W ocenie Izby, Przystępujący wyjaśnił, w jaki sposób zamierza zatrudniać pracowników przy realizacji całego zamówienia. Izba przyjęła powyższe wyjaśnienia. Przystępujący dokonał kalkulacji całości usługi sprzątnia. Izba zauważa, że możliwe było dokonanie przesunięcia pracowników dokonujących sprzątnia z terenów zielnych do sprzątnia terenów utwardzonych. Nie zabraniały tego postanowienia SIWZ. Tym bardziej, że sprzątnie terenów zielnych z istoty rzeczy nie odbywa się przez cały rok. Działania Przystępującego były zatem uzasadnione organizacyjnie i logistycznie. Nadto Izba miała na uwadze, że mamy do czynienia jedynie z rozdziałem stref, w jakich odbywa się usługa, nie zaś z zupełnie inną usługą, co powodowałby jedynie sztuczne rozdzielanie. Zarówno usługa sprzątnia terenów zielnych, jak i terenów wewnętrznych, są objęte tą samą stawką podatku VAT (Odwołujący nie dowiódł okoliczności przeciwnej). W świetle powyższego, nie można uznać, aby zaoferowana cena realizacji zamówienia była rażąco niska lub aby oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Skoro Odwołujący nie dowiódł, że kalkulacje dokonane przez Przystępującego i przyjęte przez niego wysokości kosztów są zaniżone, czy niezgodne z obowiązującymi przepisami, to nie można także uznać, że zaoferowanie wynagrodzenia na takim poziomie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Nie wykazano bowiem, aby usługa miała być realizowana poniżej wartości poniesionych kosztów. Nie wykazano także, aby Przystępujący zaoferował zaniżoną cenę w celu eliminacji innych przedsiębiorców lub aby zaoferowana cena naruszała interes innego przedsiębiorcy. Kalkulacja i sposób jej dokonania, przyjmowane koszty, wynikają z uwarunkowań wykonawcy i z istoty konkurencji i niekoniecznie są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Tym samym również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należało za bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....