

WYROK

z dnia 1 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 17 lutego 2011 r. przez konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uługowe „Phoenix Business” Sp. z o. o. ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska (lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uługowo-Handlowe „STOLIBUD” Sp. z o.o. ul. Wincentego Pola 36, 40-596 Katowice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota16-18, 40-022 Katowice.**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uługowe „Phoenix Business” Sp. z o. o. ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska (lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uługowo-Handlowe „STOLIBUD” Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 36, 40-596 Katowice.**
3. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczzonego wpisu.
4. Zasadza od odwołującego konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uługowe „Phoenix Business” Sp. z o. o. ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska (lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uługowo-Handlowe „STOLIBUD” Sp. z o.o., ul. Wincentego Pola 36, 40-596 Katowice** na rzecz

zamawiającego **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice kwotę 3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług gospodarczych (porządkowo - czystościowych) dla kopalń KHW S.A. ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 5 października 2010 r. pod pozycją 2010/S 193 – 295132, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 17 lutego 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Phoenix Business” Sp. z o. o. z Rudy Śląskiej (lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „STOLIBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem przekazanym dnia 8 lutego 2011 r. o wyborze jako najkorzystniejszej na część IV zamówienia, oferty złożonej przez konsorcjum P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Mysłowicach i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz z siedzibą w Mysłowicach. Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Katowickiemu Holdingowi Węglowemu S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj.:

- 1) art. 32 ust. 1 ustawy, przez niewłaściwe wyliczenie wartości szacunkowej zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 3) art. 90 ust. 1 - 3 ustawy, przez zaniechanie wdrożenia procedury wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców poprzedzających odwołującego w ocenie ofert.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru dla zadania nr IV oferty złożonej przez konsorcjum firm: P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider), Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz,
2. unieważnienia postępowania przetargowego na część IV zamówienia.
3. Ponadto odwołujący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania według norm przypisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług gospodarczych (porządkowo - czystościowych) dla kopalń KHW SA” zostało podzielone na cztery części. Odwołujący złożył ofertę na część I oraz IV zamówienia tj. na świadczenie usług gospodarczych (porządkowo - czystościowych) na rzecz:

- a) Kopalni Węgla Kamiennego „Murcki-Staszic” ul. Karolinki 1, 40-467 Katowice, Ruch „Boże Dary” i Ruch „Staszic,”
- b) Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek” ul. W. Pola 65, 40-596 Katowice - Ruch „Wujek” i Ruch „Śląsk.

W ocenie odwołującego, zamawiający w wyniku przeprowadzonego badania oraz oceny nadesłanych ofert w przedmiotowym przetargu, zaniechał odrzucenia ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na poparcie swoich twierdzeń, odwołujący przedstawił poniższą kalkulację dotyczącą świadczenia usług będących przedmiotem postępowania dla zadania IV tj. na rzecz Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek” - Ruch „Wujek” i Ruch „Śląsk.”

I. Utrzymanie czystości w biurach i w pomieszczeniach w obiektach oraz innych prac związanych z realizacją zamówienia, opisanych w Szczegółowych Wymaganiach Technicznych (Rozdział II SIWZ, litera D - część czwarta, pkt II ust. 1 - 6):

1. Ilość m² w biurach i w pomieszczeniach w obiektach: 11.871,3 m²
2. Ilość m² powierzchni przypadającej na 1 osobę sprzątającą: 500,0 m²
3. Niezbędna ilość osób sprzątających: $(11.871,3 : 500,0 = 23,74)$ 24 osoby
4. Minimalne wynagrodzenie za pracę wraz z narzutami (ZUS pracodawcy) 1.649,62 zł/m-c
5. Koszt wynagrodzenia w trakcie realizacji zamówienia:
24 osoby x 1.649,62 zł/m-c x 24 miesiące = 950.181,12 złotych.

II. Utrzymanie czystości w łazniach i szatniach załogowych wraz z naprawą i konserwacją urządzeń oraz innych prac związanych z realizacją zamówienia opisanych w Szczegółowych Wymaganiach Technicznych (Rozdział IISIWZ, litera 6 - część czwarta, pkt I ust 1 - 26)

1. Ilość m² powierzchni łazni i szatni załogowych: 10.041,0 m²
2. Niezbędna ilość osób wynikająca z obłożenia: 37 osób w tym:
 - a) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie A: 19 osób
 - b) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie B: 10 osób
 - c) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie C (w porze nocnej) 8 osób
3. Ilość osób zatrudnionych w dni wolne od pracy: 15 osób, w tym:
 - a) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie A: 9 osób
 - b) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie B: 3 osoby
 - c) ilość osób pracujących w tygodniu na zmianie C (w porze nocnej) 3 osoby
4. Ustawowe, minimalne wynagrodzenie za pracę: 1.386,00 zł/m-c
5. Miesięczny koszt wynagrodzenia dla grupy 37 pracowników uwzględniający dodatki nocne, pracę w dniach wolnych i w dni świąteczne, ZUS pracodawcy: 70.142,53 złotych/m-c
6. Koszt wynagrodzenia w trakcie realizacji zamówienia:
 $70.142,53 \text{ zł/m-c} \times 24 \text{ m-ce} = 1.683.420,72 \text{ złotych.}$

III. Utrzymanie czystości placów, dróg, chodników, terenów zielonych na obszarze kopalni i poza nią oraz innych usług związanych z realizacją zamówienia, w tym prac związanych z deratyzacją i dezynsekcją opisanych w Szczegółowych Wymaganiach Technicznych (Rozdział II SIWZ, litera D - część czwarta, pkt III ust. 1 - 7 oraz pkt IV ust. 1-11)

1. Ilość m² powierzchni placów, dróg, chodników i terenów zielonych: 88.300,0 m²
2. Ilość m² powierzchni objętej deratyzacją i dezynsekcją: 46.910,0 m²
3. Niezbędna ilość osób: 6 osób
4. Minimalne wynagrodzenie za pracę wraz z narzutami (ZUS pracodawcy):
1.649,62 zł
5. Koszt wynagrodzenia w trakcie realizacji zamówienia:
 $6 \text{ osób} \times 1.649,62 \text{ zł/m-c} \times 24 \text{ miesiące} = 237.545,28 \text{ złotych.}$

IV. Koszty materiałowe, w tym środków czystości, materiałów pozostałych, części zamiennych oraz podzespołów, koszty utrzymania narzędzi, sprzętu i urządzeń technicznych opisanych w pkt 6.1 ust. 2 lit. d):

1. Dla Ruchu „Wujek” (średnio w miesiącu): 4.116,14 złotych/m-c

2. Dla ruchu „Śląsk” (średnio w miesiącu): 2.427,83 złotych/m-c
3. Koszty materiałowe w trakcie realizacji zamówienia: 6.543,97 zł/m-c x 24 miesiące = 157 055,28 złotych.

V. Koszty pozostałe:

1. Koszty nadzoru i dozoru (2 osoby) wraz z narzutami (ZUS pracodawcy): 9039,55 zł/m-c

2. Koszty BHP, w tym:

a) ubranie robocze łazienkowego i placowego: 17,89 zł/m-c x 43 osoby, 769,27 zł/m-c

b) ubranie robocze sprzątaczy: 11,07 zł/m-c x 24 osoby, 265,68 zł/m-c

c) szkolenia, badania okresowe: 195,42 zł/m-c

3. Odpis na ZFŚS (698,56 zł/rok na 1 pracownika) 4 016,72 zł/m-c

4. PFRON (39,72 zł/m-c na 1 pracownika) 2 740,68 zł/m-c

5. Polisa ubezpieczeniowa OC działalności gospodarczej: 2 513,33 zł/m-c

6. Inne, w tym łączność, koszty podróży służbowych itp.: 112,64 zł/m-c

7. Miesięczny koszt (suma poz. 1 do 6): 19 653,29 zł/m-c

8. Koszty pozostałe w trakcie realizacji zamówienia:

19 653,29 zł/m-c x 24 miesiące = 471 678,96 złotych.

VI. Łączny koszt związany z realizacją zamówienia (suma poz. I - V):

(950.181,12 + 1.683.420,72 + 237.545,28 + 157.055,28 + 471.678,96) = **3 499 881,36 złotych.**

VII. Koszt zarządu (9,58 % od poz. VI): 335 288,63 złotych

VIII. Zysk (3,0 % od poz. VI + poz. VII): 115 055,10 złotych

IX. RAZEM [netto](suma poz. VI - VIII): **3 950 225,09 złotych.**

Odwołujący podał, iż w przeprowadzonej kalkulacji założył niezbędną, minimalną ilość pracowników bezpośrednio zaangażowanych przy realizacji kontraktu, których zatrudnienie pozwoli na należyte wykonanie zamówienia, natomiast koszty materiałowe i suma kosztów pozostałych, jest odzwierciedleniem ponoszonych kosztów przez odwołującego w związku z dotychczasową realizacją przedmiotowych usług. Nadmienił, iż kalkulację sporządził w oparciu o Szczegółowe Wymagania Techniczne, jak i w oparciu o długoletnie doświadczenie odwołującego w świadczeniu usług objętych zamówieniem dla zadania IV. Firma „Phoenix Business” wykonuje powyższe usługi w kopalni Ruch „Śląsk” od 1993 roku, natomiast firma „STOLIBUD” świadczy przedmiotowe usługi dla kopalni Ruch „Wujek” od 1994 roku.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający do realizacji zadania IV wybrał konsorcjum P.H.U.P „PURUS” Sp. z o.o. (lider) i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz, który to wykonawca zaoferował ostateczną cenę za całość wykonania

zamówienia w wysokości 2 591 306,40 złotych netto, tj o 908 574,96 złotych mniej niż w kalkulacji odwołującego, obejmującej wyłącznie koszty wynagrodzeń, materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością oraz koszty pozostałe (bez kosztów zarządu i założonego 3,0 % zysku).

Ponadto zarzucił, iż wybór ofert o wartościach znacznie zaniżonych i odbiegających od ustalonej przez samego zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia potwierdza, zdaniem odwołującego, naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis zobowiązuje zamawiającego do oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla części IV w wysokości 3 198 000,00 złotych netto, natomiast dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider) i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz, która uzyskała w wyniku aukcji elektronicznej cenę netto w wysokości 2 591 306,40 złotych, stanowiącej 81,03 % ustalonej wartości szacunkowej.

Odwołujący zarzucał ponadto, że zamawiający nie skorzystał z przepisu art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp i nie wystąpił do oferentów o przedstawienie kalkulacji cenowych do złożonych ofert, jak również do wylicytowanych, ostatecznych cen ofert w przedmiotowym przetargu.

Mając na względzie powyższy wywód, zdaniem odwołującego, zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie przetargowe dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 lutego 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego lub odwołującego nie przystąpili inni wykonawcy.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na odwołanie. Nie uznał również zarzutów odwołania, zatem brak było podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o postanowienia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty wybranego wykonawcy oraz oferty odwołującego, złożonych na część IV zamówienia, z fotografii pomieszczeń zamawiającego, mapy sytuacyjnej obiektów i terenów zewnętrznych, podlegających usługom gospodarczym - na okoliczność zakresu zamówienia. Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanego przez zamawiającego dowodu z kalkulacji ceny oferty, przekazanej przez wybrane konsorcjum: P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Mysłowicach i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz. Wymieniony wykonawca nie

przystąpił do postępowania odwoławczego. Zamawiający nie wzywał go do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem wymieniona kalkulacja nie wchodziła w skład dokumentacji oferty konsorcjum P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi świadczenie usług gospodarczych (porządkowo - czystościowych) dla kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Zamawiający podzielił postępowanie na cztery części, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

W punkcie 5.1.3 SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Punkt 6.2 lit. d) SIWZ określa wykaz sprzętu, którym wykonawca powinien dysponować w odniesieniu do IV części zamówienia, według załącznika nr 9.

Zgodnie z punktem 6.1 SIWZ, jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w punkcie 5.1 SIWZ polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, zamawiający żądał przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie 6.2 SIWZ.

Rozdział II SIWZ „Szczegółowe wymagania techniczne,” opisuje zakres usługi utrzymania czystości (pkt I,II) w biurach, pomieszczeniach, obiektach, łaźni, szatni i pomieszczeniach przyległych, z podaniem częstotliwości wykonywania tych czynności. Punkt III dotyczy czynności dezynsekcji i deratyzacji. Dezynsekcja wykonywana z częstotliwością 4 razy w roku (co 3 miesiące), deratyzacja 2 razy w roku. Punkt IV opisuje zakres całorocznego utrzymania czystości placów, dróg, chodników oraz terenów zielonych. W odniesieniu do usług dezynsekcji i deratyzacji zamawiający zastrzegł zobowiązanie wykonawcy do zatrudnienia pracowników, posiadających wymagane przepisami uprawnienia i kwalifikacje.

W punkcie D na stronie 24 SIWZ, zamawiający podał zakres prac, objętych częścią IV zamówienia, obejmujący utrzymanie czystości w biurach, pomieszczeniach, obiektach, łaźni, szatni i pomieszczeniach przyległych, czynności dezynsekcji i deratyzacji, całorocznego utrzymania czystości placów, dróg, chodników oraz terenów zielonych, z podaniem

wielkości utrzymywanych powierzchni. Modyfikacją SIWZ zamawiający rozszerzył zakres zamówienia o usługi odśnieżania.

W punkcie I.2.9. SIWZ „Dodatkowe postanowienia,” zamawiający nie wyraził zgody na zatrudnienie podwykonawców.

Załącznik nr 1.1. do SIWZ, obejmuje formularz cenowy, między innymi na część IV zamówienia, gdzie wykonawcy zobowiązani byli podać ceny jednostkowe na m², osobno za sprzątanie:

- a) łaźni górniczych,
- b) pomieszczeń biurowych,
- c) deratyzacji,
- d) dezynsekcji,
- e) całoroczne utrzymanie czystości placów, dróg, chodników, terenów zielonych.

Suma kwot, wynikająca z przemnożenia powierzchni przez stawki jednostkowe, poszczególnych pozycji, stanowiła wartość netto oferty.

W załączniku nr 9 do SIWZ wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zamawiający wymagał, aby wykonawca oznaczył podstawę dysponowania (np. własność, najem, użyczenie, zgoda właściciela itp.).

W odniesieniu do środków czystości i innych materiałów, których będzie używał wykonawca przy świadczeniu usług porządkowych, zamawiający wymagał, aby środki te posiadały odpowiednie certyfikaty i atesty PZH. W punkcie 4.3.b. wzoru umowy, zamawiający zobowiązał się do zapoznania wykonawcy z zarządzeniami, przepisami i instrukcjami związanymi z realizacją umów na terenie kopalni, w tym do zebrania wymaganych umową oświadczeń i dokumentów.

W punkcie 5.2 wzoru umowy, zamawiający zastrzegł, że przedmiot umowy, wykonawca będzie wykonywał maszynami, urządzeniami i sprzętem własnym. Co według oświadczenia zamawiającego do protokołu rozprawy, oznacza, iż nie będzie to sprzęt udostępniany przez zamawiającego.

W punkcie 6.3 obowiązki stron, wykonawca został zobowiązany do zatrudnienia w pierwszej kolejności pracowników zamawiającego podlegających restrukturyzacji, jak również byłych pracowników zamawiającego (emerytów i rencistów).

W punkcie 6.4 wzoru umowy, zamawiający podał stawki, jakie będzie pobierał za udostępnienie pomieszczeń, zużycie energii, wody, odprowadzanie ścieków, wywóz nieczystości.

Podał również stawki odpłatności za szkolenia wewnętrzne osób wykonujących przedmiotowe zamówienie.

W punkcie 12.1. wzoru umowy, wykonawca został zobowiązany do niepowierzenia wykonania przedmiotu umowy podmiotom trzecim. Natomiast w punkcie 12.3. wzoru umowy, wykonawca został zobowiązany do zatrudniania pracowników posiadających badania lekarskie oraz posiadających zaświadczenia kwalifikacyjne w zakresie obsługi specjalistycznego sprzętu, a ponadto przeszkolonych w trybie przepisów wewnętrznych zamawiającego. Według oświadczenia zamawiającego do protokołu rozprawy, przez określenie „zatrudnienie” zamawiający rozumiał wszelkie dostępne formy angażowania pracowników, w tym umowy zlecenia, umowy o dzieło, samozatrudnienia na podstawie stosunków cywilnoprawnych.

W wyniku odpowiedzi na zadane pytania do SIWZ w trybie art. 38 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający udzielił następujących wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi na pytanie nr 10 czy pracownicy będący załogą lub były załogą kopalni, których zamawiający wskaże do zatrudnienia przez wykonawcę, będą zatrudnieni na podstawie warunków rynkowych, czyli warunkach pracy i płacy zaproponowanych przez wykonawcę? Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. W odpowiedzi na pytanie 11 zamawiający potwierdził założenie wykonawcy, że pracownicy, o których mowa w punkcie IX SIWZ nie będą przejmowani od zamawiającego na podstawie art. 23¹ Kodeksu pracy, co znaczy, że przy zatrudnieniu byłych pracowników kopalni, wykonawcy nie będą związani dotychczasowymi warunkami umowy pomiędzy zamawiającym a tymi pracownikami.

W odpowiedzi na pytanie 23 do SIWZ o treści – prosimy o podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego zapisu zawartego w punkcie I.2.9. SIWZ, (zamawiający nie wyraża zgody na zatrudnienie podwykonawców). Prosimy o podanie uzasadnienia dlaczego usługi gospodarcze dla kopalń KHW S.A. ze względu na swą specyfikę są tak szczególne, że zamawiający wykluczył możliwość częściowego lub całkowitego powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy. Nadto zadający pytanie zauważył, iż powyższe zapisy są niezgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i prosił o zmianę tych postanowień. W odpowiedzi zamawiający oświadczył, iż KHW S.A. jest zamawiającym sektorowym. Ponadto zgodnie z przepisami Prawa geologicznego i górniczego teren kopalni podlega przepisom szczególnym.

W odpowiedzi na pytanie 33 o treści na jakiej podstawie zamawiający narzuca wykonawcy kolejność zatrudnienia pracowników, o której mowa w punkcie 6.3 istotnych postanowień umowy? Zamawiający udzielił odpowiedzi, że z uwagi na trwającą restrukturyzację zatrudnienia na powierzchni, jesteśmy zainteresowani propozycją pracy dla naszych pracowników.

Termin złożenia ofert został wyznaczony do dnia 10 listopada 2011 r.

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na część IV w kwocie 3 198 000,00 zł. netto. Również taką samą kwotę netto zamawiający podał w protokole z otwarcia ofert, jako przeznaczoną na realizację zamówienia. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że z uwagi na zróżnicowane stawki podatku VAT w odniesieniu do części składowych usługi nie określił kwoty brutto, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Z załącznika ZP-12 do protokołu postępowania oraz informacji o wyborze ofert, wynika, że na część IV zamówienia dotyczącą świadczenia usługi utrzymania czystości w Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek” Katowice -Ruch, „Wujek” i Ruch „Śląsk,” oferty niepodlegające odrzuceniu złożyli niżej wymienieni wykonawcy, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za następujące ceny (netto) brutto, na moment zamknięcia aukcji elektronicznej (druk ZP - 13), z następczym przeliczeniem jednostkowych cen składowych złożonej oferty:

1. konsorcjum: P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Mysłowicach i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz, cena (netto 2 591 306,40), brutto 3 146 559,80 zł,
2. konsorcjum: DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Legnicy, Derśław Sp. z o.o. z Połańca, cena (netto 2 593 538,26), brutto 3 156 000,00 zł,
3. Impel Ccleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, cena (netto 2 650 976,06), brutto 3 210 000,00 zł,
4. konsorcjum odwołującego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Phoenix Business” Sp. z o. o. z Rudy Śląskiej (lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „STOLIBUD” z siedzibą w Katowicach, cena (netto 3 695 666,68), brutto 4 500 000,00 zł.

Izba zważyła co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, kwestionującego interes odwołującego do skarżenia czynności oceny innych ofert na część IV zamówienia, skoro odwołujący głównie odniósł się do oferty wybranej, zarzucając jej rażąco niską cenę. W oparciu o treść odwołania, Izba przyjęła, że odwołujący, mimo ostatniej pozycji złożonej oferty, był legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a przedstawiając według własnych wyliczeń, kalkulację minimalnych kosztów świadczenia przedmiotowej usługi ujętych we własnej ofercie, tym samym wykazywał, iż oferty wykonawców poprzedzających go w dokonanej przez zamawiającego ocenie, winny ulec odrzuceniu, ze względu na zaofierowanie

wykonania przedmiotu zamówienia po rażąco niskich cenach. Zarzutami odwołania objęte było wprost zaniechanie odrzucenia wszystkich konkurencyjnych ofert oraz zaniechanie w stosunku do tych ofert wyczerpania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 tej ustawy, przez niewłaściwe wyliczenie wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający zobowiązany był ustalić wartość zamówienia, w sposób wskazany w art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, to jest przyjmując wartość zamówienia na usługi powtarzające się okresowo udzielone w terminie poprzednich 12 miesięcy, z uwzględnieniem zmian ilościowych i oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych. Zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na część IV w kwocie 3 198 000,00 zł. netto. Przy czym zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia na usługi dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania. Okoliczność, że szacunkowa wartość przedmiot zamówienia jest wyższa niż ceny złożonych ofert na część IV zamówienia, za wyjątkiem oferty odwołującego, nie oznacza w ocenie Izby, iż zamawiający ustalił całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez zachowania należytej staranności. Przypadki, gdy ceny ofert odbiegają od szacunków zamawiającego nie są odosobnione. Sposób ustalenia wartości szacunkowej ustala ustawa Prawo zamówień publicznych. Natomiast wykonawca składający ofertę dokonuje kalkulacji własnej żądanego wynagrodzenia, według swobodnie przyjętych założeń, spełniając warunki zamawiającego oraz przepisów odrębnych. Jedyne ograniczenie jakie w tym względzie nakłada ustawa Pzp, przez art. 89 ust. 1 pkt 4 stanowi wymaganie, aby kalkulacja ta była realna, pozwalająca na należyte wykonanie zamówienia za podaną cenę, poza tym aby gwarantowała wykonawcy nawet minimalny zysk. Ponadto szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest podać po wszczęciu postępowania w protokole ZP-1. Protokół jest jawny, jak stanowi art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, z tych względów zarzuty naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszące się do poprawności szacunków zamawiającego należało uznać po dokonaniu wyboru oferty za spóźnione i niepodlegające rozpoznaniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Z samego arytmetycznego porównania kwoty oszacowania netto 3 198 000,00 zł. z wymienionymi wyżej cenami netto ofert wykonawców poprzedzających odwołującego: 2 591 306,40 zł, 2 650 976,06 zł, 2 591 306,40 zł. nie wynika, iż ceny te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należało zważyć, iż ceny trzech pierwszych ofert, tj.: konsorcjum P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider), cena brutto 3 146 559,80 zł, konsorcjum DGP DOZORBUD Grupa Polska sp. z o.o., cena brutto 3 156 000,00 zł, Impel Celeaning Sp. z o.o., cena brutto 3 210 000,00 zł. przedstawiają wyjątkowo wyrównany poziom.

Różnica jaką zanotowano w tym postępowaniu pomiędzy wartością szacunkową, a ceną najkorzystniejszej oferty, a także pomiędzy wartością szacunkową a średnią ceną ofert na część IV zamówienia, nie pozwala na przypisanie zamawiającemu zaniechania czynności wszczęcia procedury wyjaśniającej, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w kierunku potwierdzenia, czy też wykluczenia rażącej ceny w stosunku do oferty wybranej, jak również ofert złożonych przez wykonawców zajmujących drugą i trzecią pozycję. Do tego celu zmierzał bowiem odwołujący, w istocie żądając odrzucenia wszystkich ofert, poprzedzających go w ocenie, co otwierałoby odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności: w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tyle od realiów rynkowych, że nie jest wręcz możliwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie wykonawcy. Takich przesłanek Izba nie stwierdziła. Z przedstawionych względów Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, za pozbawiony uzasadnionych podstaw.

Rozpatrywanie stawianych przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy Izba nie stwierdziła nawet podstaw do wyczerpania procedury wzywania wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w zasadzie pozostaje bezprzedmiotowe. Zarzut rażąco niskiej ceny, może być bowiem sformułowany dopiero po udzieleniu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień w tym zakresie. Okoliczność, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia jest wyższa niż ceny złożonych ofert na część IV, za wyjątkiem oferty odwołującego, nie oznacza w ocenie Izby, iż złożone oferty, podające niższe ceny niż wartość szacunkowa, zawierają rażąco niskie ceny w rozumieniu przepisów art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy.

Niemniej, odnosząc się do przedstawionej przez odwołującego kalkulacji, wykazującej, iż minimalne ponoszone koszty związane z realizacją części IV zamówienia nie mogą być mniejsze niż 3 499 881,36 zł, co po powiększeniu o koszty zarządu oraz zysk w wysokości 3% czyni cenę netto 3 950 225, 09 zł, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia takich argumentów. W swoim formularzu oferty po zamknięciu aukcji elektronicznej, odwołujący podał cenę netto oferty w kwocie 3 695 666,68 zł, zaprzeczając

tym stawianej tezie, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia w części IV za cenę netto mniejszą niż 3 950 225, 09 zł.

Okoliczność bezsporną było, iż znaczący koszt realizacji zamówienia stanowiły koszty osobowe, w tym wynagrodzenia. Odwołujący w swojej kalkulacji założył zatrudnienie pracowników w oparciu o umowy o pracę, z pełnym obciążeniem ponoszonym przez pracodawcę narzutami na ZUS z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, obciążeń na ZFŚS i temu podobne. Odwołujący przyjął też oznaczone ilości pracowników jako konieczny minimalny zasób osób do zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę, w celu wykonania usługi utrzymania porządku i czystości na terenie Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek” - Ruch „Wujek” i Ruch „Śląsk”.

W treści punktu I.2.9. SIWZ, zamawiający wyłączył całkowicie możliwość zatrudnienia podwykonawców, z uwagi na specyfikę zamówienia świadczonego na rzecz zakładów górniczych. Postanowienia SIWZ w tym zakresie nie zostały zaskarżone przez wykonawców i są dopuszczalne przepisem art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, iż wykonawca może powierzyć wykonanie przedmiotu zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość przedmiotu zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek taki wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W rozdziale III pkt 7 SIWZ w odniesieniu do usług dezynsekcji i deratyzacji, zamawiający podał, wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia pracowników posiadających wymagane przepisami uprawnienia i kwalifikacje. Także w innych cytowanych wyżej postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający postawił warunek, aby osoby wykonujące zamówienie, posiadały uprawnienia do obsługi urządzeń, wymagane badania i dopuszczenia do pracy na określonych stanowiskach, a także zostały przeszkolone w zakresie przepisów wewnętrznych zamawiającego. Z tak ustalonych warunków, nie wynika jednak, co błędnie wywodził odwołujący, iż zamawiający żądał, aby wykonawcy zatrudnili osoby do wykonywania zamówienia jedynie w oparciu o umowę o pracę. Niedopuszczenie możliwości wykonywania zamówienia przez podwykonawców, nie jest równoznaczne z wyłączeniem zawierania umów cywilnoprawnych, w szczególności umów zlecenia czy umów o dzieło, przynajmniej w takim zakresie, w jakim cykliczny charakter prac nie wymaga codziennego bieżącego wykonywania usługi w zakresie utrzymywania czystości oznaczonych pomieszczeń np. jakich wymagają łaźnie czy szatnie na terenie kopalni.

Zamówienie ma charakter sektorowy, co nie oznacza, iż zamawiający nie stosuje przepisów art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zakresie jakim art. 26 ust. 2b tej ustawy

dopuszcza złożenie oferty przez wykonawcę posiadającego się potencjałem podmiotu trzeciego lub wykonującym zamówienie z udziałem podmiotu, udostępniającego swój potencjał, w formie prawem dopuszczalnej, nie tylko jako podwykonawca.

Wymaganie aby wykonawca np. dysponował wyłącznie sprzętem własnym czy zatrudniał pracowników tylko na umowę o pracę pozostawałoby sprzeczne wprost z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z przepisem art. 26 2b ustawy Pzp. Przepisy dotyczące zamówień sektorowych nie czynią wyjątku w tym zakresie Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyby miały być interpretowane w tym kierunku, należałoby uznać za niezgodne z powołanymi przepisami, nie wiążące wykonawców co podstawy zatrudnienia pracowników, czy dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczalne są bowiem wszelkie stosowane formy zatrudnienia: umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa o dzieło. Zlecenie okresowe specjalistycznych usług np. deratyzacji czy dezynfekcji, wykonywanych sporadycznie z częstotliwością 4, 2 razy w roku osobie posiadającej wymagane kwalifikacje, gdyż niecelowe i kosztowne byłoby utrzymywanie specjalistycznego sprzętu oraz zatrudnianie na stałe umowy pracowników z odpowiednimi uprawnieniami w tym zakresie. Zamawiający podał wielkości zakresu rzeczowego i częstotliwość usług, w celu określenia przez wykonawców cen jednostkowych oraz w celu wyliczenia ceny oferty, nie narzucił natomiast ilości osób, które mają przypadać na oznaczoną ilość w m² powierzchni sprzątej. Ponadto z postanowień punktu 6.3 SIWZ, gdzie wykonawca został zobowiązany do zatrudnienia w pierwszej kolejności pracowników zamawiającego podlegających restrukturyzacji zatrudnienia na powierzchni kopalni, jak również byłych pracowników zamawiającego (emerytów i rencistów), wynika, iż zamawiający preferował wprost zatrudnienie przez wykonawcę zamówienia takich grup pracowników, gdzie nie występują pełne obciążenia płacowe z tytułu składek uiszczanych na rzecz ZUS. Wybrany wykonawca konsorcjum: P.U.P.H. „PURUS” Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Mysłowicach i Zakład Usług Komunalno-Budowlanych „ZUKOMB” Zbigniew Słysz, złożyło wykaz sprzętu i urządzeń wraz z określeniem podstawy dysponowania, gdzie część sprzętu ciężkiego i pojazdów została udostępniona przez podmioty trzecie tj.: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TSW” Sp. z o.o. z Mysłowic oraz Elektroserwis s.c. B.D. Wachowiak z Mysłowic, zgodnie ze zobowiązaniem tych podmiotów, przesłanym na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2010 r. o uzupełnienie dokumentów. Zamawiający w warunkach zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dopuścił korzystanie przez wykonawców z potencjału podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Korzystanie z zasobów technicznych podmiotów zewnętrznych np. specjalistycznego sprzętu, używanego okresowo do realizacji zamówienia np. służącego do odśnieżania, dezynsekcji itp. pozwala na optymalizację kosztów świadczenia usługi, a tym samym na złożenie konkurencyjnej cenowo oferty. Część wyceny kosztów:

udostępnienia pomieszczeń, dostawy wody, odprowadzania ścieków, poboru energii elektrycznej, szkoleń wynika z cenników zamawiającego i była jednolita dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Także częstotliwość czynności sprzątania w zależności od rodzaju pomieszczeń, mycia okien itp., jaką określił zamawiający w SIWZ, stwarzała dla wykonawców równe warunki dla sporządzenia oferty. Kalkulacja ceny oferty jest natomiast uprawnieniem własnym wykonawcy, zatem o ile nie zachodzi przypadek niewiarygodnej oferowanej ceny za cały przedmiot zamówienia, przedstawianie zarzutów wobec sposobu skalkulowania ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, bądź w stosunku do ofert poprzedzających odwołującego, należało uznać za nieuprawnione.

Odwołujący w sporządzonej kalkulacji przyjął do obliczenia ceny oferty swoje własne założenia, np. odnoszące się do ilości osób przypadających na określoną wielkość rejonu do utrzymania czystości i porządku, czy zatrudnienia jedynie osób na umowy o pracę, przy czym nie wykazał, iż założenia takie wynikają z warunków ustalonych przez zamawiającego lub z przepisów odrębnych. Skoro odwołujący skalkulował świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia w oparciu o takie założenia wyjściowe, jakie zastosował w swojej ofercie, cena złożonej oferty okazała się niekonkurencyjna.

Ponadto wyrównany poziom cen trzech pierwszych w kolejności ofert, wskazuje, iż za cenę oferowaną przez wybranego wykonawcę możliwa jest realizacja zamówienia na część IV, której dotyczyło odwołanie, gdyż trudno byłoby założyć, że wszyscy pozostali wykonawcy zdecydowali się wbrew regułom racjonalnej działalności gospodarczej, złożyć oferty na wykonanie zamówienia poniżej kosztów świadczenia usługi, przynoszącej straty na realizacji kontraktu.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 32 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, w oparciu o złożony rachunek, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 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

rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....