

Sygn. akt: KIO 1569/16

WYROK

z dnia 8 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez **M. J., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Magnum M. J., ul. Przelajowa 4 m. 253, 94-044 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź, Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrowska 104, 90-926 Łódź**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego **A. G., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G., ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty **A. Gr., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G.** w zakresie części 3 zamówienia - Polesie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciąża **A. G., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G., ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. J., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Magnum M. J., ul. Przelajowa 4 m. 253, 94-044 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **A. G., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G., ul. Zakładowa 106, 92-402 Łódź** na rzecz **M. J., prowadzącej**

działalność gospodarczą p.n. Magnum M. J., ul. Przelajowa 4 m. 253, 94-044 Łódź kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest likwidacja nielegalnych wysypisk śmieci na terenie Miasta Łodzi z podziałem na 5 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2016 roku pod poz. S69 08/04/2016 120672-2016.

W dniu 22 sierpnia 2016 roku Odwołujący – M. J. prowadząca działalność gospodarczą p.n. Magnum M. J., wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części 3 zamówienia - Polesie.

Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia A. G., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G. (zwanej dalej: A. G. lub Mar-Mat),
2. zaniechanie odrzucenia oferty Mar-Mat,
3. dokonanie czynności wyboru oferty Mar-Mat jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe, Odwołująca zarzuciła naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. G. i braku uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. G. zawierającej rażąco niską cenę i błędną ocenę wyjaśnień i dowodów wykonawcy A. G. polegającą na uznaniu, iż ww. wykonawca wykazała, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkowało wadliwością w postaci braku odrzucenia oferty oraz brak odrzucenia oferty mimo iż ww. wykonawca podlegała wykluczeniu.
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy A. G. jako najkorzystniejszej mimo, iż ww. wykonawca podlegała wykluczeniu oraz jej oferta podlegała odrzuceniu oraz przy wyborze oferty wykonawcy przyznano 20 punktów za zatrudnienie, podczas gdy nie będzie zatrudniała pracowników bezrobotnych i/lub niepełnosprawnych.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy A. G. lub odrzucenia oferty A. G. oraz nakazanie ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący podniósł, że oferta A. G. uzyskała najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert: cena -80% i zatrudnienie – 20%. W kryterium zatrudnienie oferta A. G. uzyskała maksymalną liczbę punktów 20, co oznacza, iż zobowiązała się do zatrudniania co najmniej 4 osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych

na umowę o pracę przy realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 21 czerwca 2016 r. złożonych przez A. G. w związku z wezwaniem Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 16 czerwca 2016 r. Wykonawca podała, iż wskazana w ofercie cena jest niska, ale nie rażąco bowiem umożliwia osiągnięcie zysku. Podstawą obliczenia zysku było twierdzenie zawarte w ww. wyjaśnieniach iż do realizacji zamówienia będzie zatrudniała 4 osoby, a w sezonie letnim będą to studenci na umowę zlecenia. Zdaniem Odwołującego, powyższe jest sprzeczne z deklaracją Wykonawcy zawartą w ofercie o zatrudnieniu przy realizacji zatrudnienia 4 osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych na umowę o pracę. W rezultacie wskutek złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień z dnia 21 czerwca 2016 r. okazało się iż Wykonawca złożyła nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Gdyby Wykonawca nie złożyła nieprawdziwych informacji w przedmiocie kryterium zatrudnienia uzyskałaby 20% mniej punktów. W efekcie nieprawdziwa informacja Wykonawcy miała lub mogła mieć kapitalne znaczenie dla wyniku postępowania. Przy tym nie ma znaczenia czy brak uwzględnienia kryterium zatrudniania spowodowałby wybór innej niż wykonawcy oferty. Przedstawioną tezę potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. KIO 478/12.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca w sposób świadomy i umyślny dokonała wprowadzenia Zamawiającego w błąd, bowiem w piśmie z dnia 21 czerwca 2016 r. jasno i wyraźnie wskazała że w celu ograniczenia kosztów będzie w okresie letnim zatrudniała studentów i to na umowę zlecenia. Ocena umyślności Wykonawcy może zostać oceniana w niniejszym przypadku post factum - z jasnych wyjaśnień Wykonawcy o zatrudnianiu na umowy zlecenia studentów, nadto przy braku wskazania zatrudniania osób bezrobotnych i/lub niepełnosprawnych.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że za 1 godzinę pracy wykonawca A. G. będzie płaciła osobom zatrudnionym jedynie 10 zł brutto, a więc poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę które wynosi w 2016 r. 1 850 zł brutto - sprzecznie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r z dnia 11 września 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1385) wydanym na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407, z 2005 r. Nr 157, poz. 1314 oraz z 2015 r. poz. 1240), zgodnie z którym § 1 od dnia 1 stycznia 2016 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1850 zł.

Odwołujący wskazał także, że SIWZ zawierała kryterium zatrudnienia osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych, a to oznacza zgodnie z definicją zawartą w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Promocji zatrudniania i instytucjach rynku pracy (art. 2 ust. 1 pkt 2) osobę gotową i zdolną do zatrudniania w pełnym wymiarze czasu pracy lub przy osobie niepełnosprawnej w połowie wymiaru czasu pracy. Wskazany przez Wykonawcę czas pracy

to jedynie 40 godzin w miesiącu a więc nawet nie 1/4 etatu. Powyższe potwierdza celowe wprowadzenie Zamawiającego przez Wykonawcę w błąd i podanie nieprawdziwych informacji o tym, że Wykonawca zamierza zatrudnić 4 osoby niepełnosprawne i/lub bezrobotne.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty A. G. mimo, iż zawierała ona rażąco niską cenę. W zakresie ceny ofertowej wykonawcy zachodziło domniemanie rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem cena ofertowa była o 30% mniejsza od wartości zamówienia a także rażąco niska w porównaniu z ceną Odwołującej się i pozostałych uczestników postępowania. W pierwszej kolejności należy wskazać iż deklarowany przez wykonawcę zysk miesięczny miałby wynosić 903,06 zł wraz z selektywną zbiórką odpadów wyniosłby 1 903,06. Jednakże treść wyjaśnień Wykonawcy (z 21.06.2016 r. i 11.07.2016 r) nie obala domniemania rażąco niskiej ceny, a przeciwnie potwierdza zastosowanie rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazała, iż koszty pracy będą wynosiły 2000 zł miesięcznie. Ustalenie kosztów pracy jest nieprawdziwe i nierzetelne, bowiem nawet przy przyjęciu iż każdy z pracowników otrzyma wynagrodzenie w wysokości 10 zł za 1 godzinę pracy to koszty pracy zostały określonej przez Wykonawcę poniżej minimalnego wynagrodzenia. (1850 / 176 h w miesiącu = 10,51 zł). Opisane różnice będą jeszcze większe w kolejnych latach realizacji zamówienia, bowiem minimalne wynagrodzenie w kolejnych latach będzie większe, m.in. w 2017 r. 2 000 zł brutto (co daje za 1 h pracy 11,36 zł) Odwołujący podniósł także, że wykonawca wezwany do wskazania kosztów wywozu śmieci na wysypisko i/lub do kompostowni wskazał jedynie że ponosi koszty związane z wywozem śmieci na wysypisko, poprzez wywóz śmieci w kontenerach. Wykonawca podała także iż koszt wywozu jednego kontenera wynosi 324 zł brutto i łącznie miesięcznie 2 106 zł przy czym po rabatach wyniesie on 1 474 zł miesięcznie, a powyższa cena wynika z rabatów posiadanych przez Wykonawcę w firmie Remondis odbierającej kontenery i wywożącej śmieci na wysypiska. W zakresie opisanych wyjaśnień wskazać należy, iż Wykonawca nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów na posiadane rabaty w firmie Remondis i zmniejszenia kosztów wywozu śmieci o 30% a więc o kwotę 632 zł miesięcznie.

Odwołujący przywołał fragment wyroku Sądu Okręgowy w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06), w którym sąd stwierdził, iż nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe dla wykonawcy proponującego niską cenę.

W rezultacie zaniżone przez Wykonawcę koszty pracy, brak udowodnienia istnienia rabatów za wywóz śmieci, a więc zaniżenie o 30% wywozu śmieci, świadczy o zastosowaniu przez

wykonawcę rażąco niskiej ceny, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i potwierdza jedynie iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, dopasowuje swoje twierdzenia, tak aby uzyskać minimalny zysk, mimo że złożona oferta cenowa jest poniżej kosztów realizacji zamówienia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, wykonawca w żaden sposób nie odniósł się mimo wezwania Zamawiającego do ponoszonych kosztów ogólnych działalności. Mimo wezwania wykonawca nie wskazała, iż będzie korzystała z kompostowni. Tymczasem większość wysypisk zawiera znaczny udział procentowy gałęzi, liści i innych odpadów organicznych. W rezultacie w ofercie cenowej wykonawcy nie zostały ujęte koszty wywozu odpadów do kompostowni i koszty ich transportu do kompostowni.

W konsekwencji, Odwołującego wskazał, że wskutek braku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty doszło do wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej mimo że wykonawca podlegała wykluczenia lub jej oferta odrzuceniu. Nadto za brak zatrudnienia pracowników wykonawca otrzymał 20 punktów mimo iż wskazał że nie będzie zatrudniał pracowników do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia, tym bardziej będących bezrobotnymi i/lub niepełnosprawnymi.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w piśmie z dnia 2 września 2016 roku poinformował, że uwzględni w całości zarzuty odwołania. W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego – A. G. - wniósł ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp w takim przypadku Izba zobowiązana była do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z treści Załącznika nr 4 z dnia 9 lutego 2016 r. pn „Ustalenie wartości szacunkowej udzielanego zamówienia dla dostaw lub usług” wynika, że dla części 3 - Polesie, wartość szacunkowa zamówienia publicznego wyniosła 820 000 zł, a całość wraz z zamówieniami uzupełniającymi i prawem opcji wyniosła 1 640 000 zł. Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cena - 80% oraz zatrudnienie - 20%. Kryterium „Zatrudnienie” było oceniane w oparciu o deklarację wykonawców o zatrudnieniu na umowę o pracę przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych w danej części zamówienia.

W § 8 projektu umowy wskazano w ust. 1, że „zgodnie z treścią oferty wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na umowę o pracę ... osób/osoby niepełnosprawnej/ niepełnosprawnych lub/i osób/osoby bezrobotnej/bezrobotnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej. W ust. 1 podano: „zatrudnienie o którym mowa w ust. 1 będzie trwało nieprzerwanie, przez cały okres wykonywania zamówienia”.

Do upływu terminu składania ofert w części 3 zamówienia - Polesie, wpłynęły do Zamawiającego następujące oferty:

1. M. T.z P. - z ceną 1 560 000 zł,
2. Magnum M. J. - z ceną 456 000 zł,
3. Wibud W. S. - z ceną 720 000 zł,
4. Konsorcjum Usługi Komunalne i Transportowe PHU Soft s.c. P. G., M. G. oraz PHU Soft II Usługi Komunalne i Transportowe M. G. - z ceną 570 000 zł,
5. Andro A. F. - z ceną 2 072 000 zł,
6. Mar - Mat Usługi Komunalne A. G. - z ceną 207 000 zł.

Wszyscy wykonawcy w kryterium „Zatrudnienie” zadeklarowali zatrudnienie min. 4 osób niepełnosprawnych lub/i bezrobotnych zatrudnionych na umowę o pracę przy realizacji zamówienia. W przypadku oferty A. G. zadeklarowano na str. 28 oferty, iż wykonawca zatrudni na umowę o pracę przy realizacji przedmiotu zamówienia 5 osób niepełnosprawnych lub/i bezrobotnych.

W dniu 16 czerwca 2016 roku Zamawiający w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę A. G., do udzielenia wyjaśnień, w tym załączenia dowodów między innymi szczegółowej kalkulacji wszystkich kosztów i zysku dotyczących ceny jednostkowej brutto, mającej zasadnicze znaczenie dla określenia wysokości ceny brutto złożonej w części 3 zamówienia, w szczególności w zakresie: 1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, 2. wartości pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, 3. kosztów pracy, w tym wartość wynagrodzenia pracownika przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 4. kosztów pracy sprzętu, koniecznego do zrealizowania przedmiotu zamówienia, 5. kosztów związanych z przyjęciem śmieci z nielegalnego wysypiska na wysypisko lub/i przez kompostownię, 6. kosztów ogólnych działalności firmy i inne niezbędne koszty poniesione przez wykonawcę w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, 7. wartości zysku.

W odpowiedzi, w dniu 21 czerwca 2016 roku, wykonawca A. G., wskazała m.in, że firma posiada bogate doświadczenie z zakresu prowadzenia działalności związanej z

oczyszczaniem terenów miejskich i na tej podstawie wyliczono, że przeciętna powierzchnia śmieciowiska wynosi $375\text{m}^3 \times 3,45 \text{ zł} = 1293,75 \text{ zł}$. Przyjmując, że w ciągu miesiąca zlikwiduje ok. 5 szt. wysypisk tj. $1293,75 \text{ zł} \times 5 = 6468,75 \text{ zł}$. Wykonawca przewidział, że do zrealizowania tego zamówienia zatrudni 4 osoby. Wskazał „w sezonie letnim moja firma zatrudnia studentów na umowę zlecenie. Co pozwala na zmniejszenie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników za których w przypadku studentów nie jest odprowadzana składka ZUS. Stawka pracownika za jedną roboczogodzinę wynosi $10 \text{ zł} \times 10 \text{ zł} \times 4 \text{ rg} \times 10 \text{ dni} = 400 \text{ zł}$ brutto (na likwidację jednego wysypiska ok. 2 dni po 4 h). Wykonawca wyjaśnił, że wymiar czasu pracy przeznaczony na usługi likwidacji wysypisk wynosi dziennie ok. 4 roboczogodziny. Pozostały czas pracy wykorzystywany jest na wykonywanie innych prac. Dalej wykonawca wskazał, że średni Kost opróżnienia kontenera śmieci wynosi 410 zł brutto, daje to kwotę 2050 zł ($5 \text{ szt} \times 410 \text{ zł}$). Prowadzony przez firmę bezpośredni wywóz odpadów na wysypisko śmieci obniża koszt całkowity o 30% co w rezultacie daje kwotę ok. 1435 zł. Wykonawca poinformował także, że prowadzi selektywną zbiórkę odpadów, za co otrzymuje wynagrodzenie od firm recyklingowych. Oszczędności wynikające z selektywnej zbiórki wynoszą miesięcznie ok. 1000 zł. Wykonawca wyjaśnił także, że maszyny niezbędne do wykonywania prac związanych z likwidacją nielegalnych wysypisk śmieci stanowią własność formy, co obniża koszty związane z ewentualnym wynajęciem sprzętu. Podał, że miesięczny koszt utrzymania pojazdów wraz z amortyzacją wynosi ok. 600 zł, miesięczny koszt narzędzi do wykonywania przedmiotowej usługi to ok. 200 zł. Kwota za usunięcie 5 wysypisk wynosi ok. 6468,75 zł, koszty 8% Vat- 479,16, koszt 4 pracowników – 1600 zł, 1435- wywóz śmieci, 600 zł- transport i amortyzacja, 200 zł – zużycie materiałów, 800 zł – ZUS pracowników. W oparciu o powyższe dane wykonawca wyliczył, że po doliczeniu kwoty 1000 zł wynikającej z selektywnej zbiórki odpadów osiągnie zysk w wysokości 2 354,59 zł.

Pismem z dnia 5.07.2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym także złożenia dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny dla zadania nr 3. W dodatkowych wyjaśnieniach, złożonych dnia 11.07.2016r., wykonawca wskazał, że do zrealizowania zamówienia zatrudni 5 osób. Firma zakłada, że w okresie opadów śniegu nie są likwidowane wysypiska w związku z czym przyjęła, że prace będą wykonywane przez 10 miesięcy – co daje 5 wysypisk w ciągu miesiąca do likwidacji o wielkości 400m^3 . Stawka pracownika za jedną roboczogodzinę wynosi $10 \text{ zł} - 10 \text{ zł} \times 4 \text{ rg} \times 10 \text{ dni} = 400\text{zł}$. Założył, że czas uprzątnięcia jednego wysypiska to ok. 2 dni po 4 h, w związku z tym 5 pracowników $\times 400 \text{ zł} = 2000 \text{ zł}$. Wykonawca wskazał także na oszczędności z selektywnej zbiórki odpadów oraz podał szacowane ilości materiałów przeznaczonych do recyklingu.

Wykonawca podał także, że do likwidacji wysypisk używa sprzętu stanowiącego własność firmy: samochód ciężarowy – zużycie paliwa koszt ok. 120 zł, amortyzacja ok. 130 zł, ciągnik – paliwa ok. 50 zł, amortyzacja 100zł. Wyjaśnił, że zatrudnia pracowników którzy rzetelnie

segregują odpady według ich rodzajów oraz, że omyłkowo w wyjaśnieniu z dnia 21.06.2016 roku podał koszt kontenera w wysokości 410 zł, podczas gdy rzeczywisty koszt kontenera to 324 zł brutto. W związku z tym koszt wywozu 43m³ śmieci to ok. 2106 zł. Koszt bezpośredniego wywozu śmieci zmniejszy się o ok. 30% czyli wyniesie ok. 1474zł. Firmą, która odbiera kontenery ora do której wywożone są śmieci jest Remondis. W związku z wieloletnią współpracą firma posiada spore rabaty które zostały przyznane indywidualnie w toku negocjacji z firmą.

W dniu 12 sierpnia 2016 roku Zamawiający poinformował o wyborze w części 3 zamówienia - Polesie - jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. G., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. Mar-Mat Usługi Komunalne A. G. .

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty A. G., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Mar-Mat Usługi Komunalne, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp dotyczący błędnej oceny wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez tego wykonawcę.

Z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar udowodnienia że cena oferty nie jest ceną rażąco niska spoczywa na wykonawcy, składającym wyjaśnienia. Oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. W wyroku z dnia 21 maja 2008 roku sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził, że: „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych

co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 ustawy Pzp”.

Nie ulega wątpliwości, że w kryterium oceny ofert „Zatrudnienie”-20% Zamawiający wymagał podania ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę przy realizacji zadań wynikających z tego konkretnego zamówienia publicznego. Tymczasem, już z treści samych wyjaśnień z dnia 21.06 oraz 11.07.2016 r. a także wyjaśnień złożonych do protokołu rozprawy wynika, że zadeklarowane przez wykonawcę pięć osób dla części 3 zamówienia, nie będą zatrudnione wyłącznie do realizacji tego zamówienia publicznego. W efekcie wykonawca do kalkulacji ceny oferty za tę część zamówienia nie ujął całkowitych kosztów zatrudnienia na umowę o pracę deklarowanych pięciu osób niepełnosprawnych lub/i bezrobotnych, wskazując, że do zrealizowania tego zakresu zamówienia wystarczająca jest praca przez 4 roboczogodziny dziennie a osoby te będą wykonywały także inne zadania/ usługi.

W oparciu o takie założenie wykonawca przyjął do wyliczeń stawkę za jedną roboczogodzinę w wysokości 10 zł. Już sam ten fakt, świadczy o tym, że wykonawca zaniżył koszty zatrudnienia osób, bowiem nie ujął - tak jak wymagał tego Zamawiający - całkowitych kosztów zatrudnienia na umowę o pracę pięciu zadeklarowanych przez wykonawcę osób, które miały być zatrudnione wyłącznie do realizacji tego zamówienia publicznego, a zatem koszty ich pracy miały być wliczone do tej części zamówienia. Tymczasem wykonawca w toku rozprawy, jak i w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że osoby te będą wykonywały także inne prace, nie związane z tym zamówieniem publicznym. Co istotne, sama przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 10 zł nie pokrywa kosztów pracy, ubezpieczenia społecznego, ZUS i pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę. Przyjęte przez wykonawcę koszty zatrudnienia pięciu osób na umowę o pracę w wysokości 2000 zł oraz 1000 zł ZUS są w sposób znaczący zaniżone. Jest to sprzeczne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 r. (Dz.U. z 2015 poz. 1385), gdzie ustalono, że wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 wynosi 1850 zł.

Ponadto, A. G., prowadząca działalność pod firmą Mar-Mat, na której spoczywał ciężar udowodnienia że zaoferowana przez nią cena ofertowa nie jest rażąco niska nie załączyła żadnych dowodów potwierdzających koszt wywozu śmieci na wysypisko i/lub do kompostowni. Wyjaśnienia, że koszt wywozu jednego kontenera to 324 zł brutto, co wynika z wyjątkowo korzystnych rabatów (nawet 30%), jakie oferuje firma Remondis pozostały bez jakiegokolwiek dowodu. Wykonawca nie przedstawił umowy zawartej z Remondis na wywóz śmieci, na którą powoływał się w toku rozprawy czy choćby faktur uprawdopodobniających możliwość wykonania zleceń za podaną cenę. Podkreślić należy, że koszty zatrudnienia pracowników oraz koszty związane z wywozem śmieci to główne elementy cenotwórcze oferty, mające istotny wpływ na cenę.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W rozpatrywanej sprawie taka okoliczność zachodzi.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. G., prowadzącej działalność pod firmą Mar-Mat z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12 oraz wyrok sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Zdaniem Izby w zaistniałych okolicznościach sprawy, brak jest celowego i zawinonego działania wykonawcy zmierzającego do podania nieprawdziwych informacji. Wykonawca przyznał, że będzie zatrudniał zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie pięć osób na umowę o pracę, jednak ze złożonych wyjaśnień wynika, że pozostawał on w błędnym przekonaniu, że dopuszczalnym jest, aby osoby te realizowały także inne zadania, nie związane z tym zamówieniem publicznym co w efekcie spowodowało brak ujęcia w kosztach oferty całkowitych kosztów zatrudnienia pięciu osób. Działanie wykonawcy wynikało z błędnego przeświadczenia a nie chęci celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wyłącza możliwość zastosowania przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: