

Sygn. akt: KIO 805/21

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, P.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P.Ś.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących części II zamówienia;
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i III zamówienia;
 - 2.2. w odniesieniu do części I zamówienia: odrzucenie oferty A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. GAMMA A.Z., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
 - 2.3. w odniesieniu do części III zamówienia: wezwanie A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. GAMMA A.Z., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny;
 - 2.4. powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i III zamówienia;

3. Kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi sprzątania terenów zewnętrznych i budynków*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 247-612920.

W dniu 15 marca 2021 r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., P.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P.Ś., wniosło odwołanie dotyczące zadań nr 1, 2 i 3. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia P.H.U. GAMMA A.Z. w zakresie zadania nr 1, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez GAMMA nie jest rażąco niska;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2, mimo złożenia przez odwołującego wyczerpujących wyjaśnień, które dowodziły popełnienia oczywistej omyłki pisarskiej wynikającej z braku prawidłowego funkcjonowania platformy aukcyjnej Zamawiającego;
- 3) art. 10b ustawy Pzp poprzez wadliwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób ograniczający dostęp do zamówienia, przez przygotowanie i udostępnienie wadliwego narzędzia do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, uniemożliwiającego Odwołującemu składanie postąpień i weryfikacji punktacji i pozycji oferenta oraz przeprowadzenie aukcji pomimo kilkukrotnych zgłoszeń o braku działania platformy aukcyjnej (w zakresie zadania nr 2);
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 2 oraz uniemożliwienie Odwołującemu skutecznego wzięcia udziału w aukcji elektronicznej;
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia GAMMA w zakresie zadania nr 3, mimo że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w szczególności w zakresie

wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia GAMMA w zakresie zadania nr 3, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty GAMMA, jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadań nr 1, 2 i 3;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
- odrzucenia oferty GAMMA w zakresie zadania nr 1 i 3, ewentualnie – odrzucenia oferty GAMMA w zakresie zadania nr 1 oraz ponownego badania ofert w zakresie zadania nr 3;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 1, oraz przy uwzględnieniu zarzutu nr 4 – wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 3;
- powtórzenia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2.

Zarzuty dotyczące zadania nr 1

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez GAMMA jest o 41,5% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Cena ta jest o ponad 44 tysiące złotych niższa niż cena oferty Odwołującego, która plasuje się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W dniu 25 lutego 2021 r., Zamawiający wezwał GAMMA do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Odwołujący podkreślił, że w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego,

Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez GAMMA uznając, że wykonawca wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, podane w wyjaśnieniach GAMMA okoliczności wskazujące na oszczędność metody wykonania zamówienia nie mogą zostać uznane za okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę na fragment wyjaśnień: *Zaproponowanie zaoferowanej ceny było możliwe z uwagi na oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy Gamma, takich jak na przykład stałe upusty dotyczące zakupu profesjonalnych środków.* Odwołujący podniósł, że zarówno doświadczenie w realizacji podobnych usług, rabaty czy upusty cenowe są okolicznościami właściwymi wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, nie wskazano, w jaki sposób wpływają one na możliwość obniżenia ceny zaoferowanej przez GAMMA za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1. Nie można mieć pewności czy i w jakim zakresie stałe upusty dotyczące zakupu profesjonalnych środków znajdują zastosowanie do sprzętu i środków wykorzystywanych na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że część wyjaśnień wykonawcy GAMMA nazwana „szczegółową kalkulacją” zawiera się z 6 pozycji kosztowych. Prowadzi to do wniosku, że cena zaoferowana przez GAMMA wyjaśniana jest w sposób nieprecyzyjny, ogólny i lakoniczny. Składanie wyjaśnień do rażąco niskiej ceny dla zadania nr 1, na które zamawiający zamierzał przeznaczyć ponad 1,8 miliona zł, w sześciu pozycjach kosztowych wskazanych bardzo ogólnie, bez wykazywania jakichkolwiek szczegółów, daje w ocenie Odwołującego dowód na nieudźwignięcie ciężaru wykazania, że wykonawca dochował należytej staranności w kalkulacji oferty i wyjaśnieniu okoliczności składających się na szczególnie korzystną sytuację wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że przedłożona przez GAMMA kalkulacja, nie uwzględnia podstawowych kosztów związanych z realizacją zamówienia, a wskazanych w SIWZ i OPZ. Bardzo ogólnie ujęte pozycje kosztowe wskazywane w 6 pozycjach z wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają dać obraz uwzględnienia wszystkich czynników cenotwórczych, jednak wykonawca GAMMA nie uwzględnił istotnych czynników kosztowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca lub podwykonawca zatrudniał w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników na podstawie umowy o pracę na warunkach określonych w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Z uwagi na powyższe, oprócz wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

GAMMA zobowiązane było do uwzględniania w kalkulacji kosztów zastępstwa na czas urlopu.

Odwołujący podniósł, że GAMMA w wyjaśnieniach (str. 3) wskazuje, że koszt całkowity pracy wyniesie miesięcznie 53.975,04 zł, przy czym „przewidywany całkowity koszt pracodawcy jednego pracownika na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy minimalnym wynagrodzeniu w 2021 r.” wynosi 3.373,44 zł, błędnie jednak opisuje składowe tej kwoty. GAMMA wymienia składowe: składki na ubezpieczenie emerytalne, składki na ubezpieczenie rentowe, składki na ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń pracowniczych. GAMMA wskazuje, że w tej kwocie tej ujęte są także zastępstwa urlopowe oraz pozostałe koszty w zakresie zatrudnienia pracownika (badania lekarskie, zwolnienia lekarskie, szkolenia BHP, obsługa kadrowa, środki ochrony BHP, koszty diety w przypadku zatrudnienia pracowników zamiejscowych), co zdaniem Odwołującego jest niezgodne z prawdą i wprowadza zamawiającego w błąd. Dodając niezbędne koszty, jakie ponosi pracodawca, koszt ten kształtować się będzie następująco:

Wartość zastępstw urlopowych oblicza się dla jednego pracownika: $3373,44 \text{ zł} + 10,3 \% = 3.720,91 \text{ zł}$

Koszt wszystkich pracowników w skali roku z uwzględnieniem zastępstw: $16 \text{ osób} \times 3373,44 \text{ zł} + 10,3\% = 59.534,47 \text{ miesięcznie}$

Wynika to z rachunku: Ilość zakładanych etatów \times koszt etatu $+$ wartość zastępstw urlopowych w wymiarze urlopu 26 dni (10,3%)

Dodając koszt zastępstwa urlopowego miesięczne koszty wykonawcy GAMMA są w tej pozycji większe niż wskazano w wyjaśnieniach o 5.559,43 zł,

Koszty badań pracowników – przyjmując 50 zł / osobę \times 16 osób = 800,00 zł rocznie = 66 zł/ miesięcznie kosztów dodatkowych

Koszt szkolenia pracowników BHP i stanowiskowego – 50 zł osobę \times 16 osób = 800,00 zł/rok = 66 zł/ miesięcznie kosztów dodatkowych

Dalej Odwołujący wskazał, że umowa zawierana z Zamawiającym przypada na przełom roku 2021/2022, i w roku 2022 trwa trzy pełne miesiące. W przypadku pracowników zatrudnianych na umowę o pracę za najniższe krajowe wynagrodzenie, jakie deklaruje GAMMA, pracodawca zobowiązany jest je waloryzować zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów co roku. Waloryzacja wynagrodzenia jest dla pracodawcy realnym i nieodzownym kosztem i musi być uwzględniona w kalkulacji. Z uwagi na fakt, że wszyscy wykazani przez GAMMA pracownicy są zatrudnieni za najniższe krajowe wynagrodzenie, na okres

01.01.2022-31.03.2022, w kalkulacji powinno się ująć koszt zwaloryzowanego wynagrodzenia. Przyjmując, że rok temu waloryzacja wynagrodzenia podstawowego wynosiła 15,5% a w obecnym roku 7,7%, Odwołujący z ostrożności wskazał najniższy przewidywany poziom waloryzacji wynagrodzenia na przyszły rok w wysokości 5%. Zdaniem Odwołującego w przypadku GAMMA i zadeklarowanych 16 pracowników koszt ten kształtuje się następująco:

59.534,47zł miesięczny koszt pracowników z 2021 roku + 5 % waloryzacji wynagrodzenia = 62.511,20 zł (zwaloryzowane miesięczne wynagrodzenie w 2022 roku)

Zważywszy, że w 2022 r. są 3 miesiące pracy, a różnica między wynagrodzeniem należnym w roku 2021 i 2022 wyniesie 2.976,73 zł, otrzymujemy niedoszacowanie oferty w skali tych trzech miesięcy na kwotę 8.930,19 zł (3 x 2976,73 zł), co rozkładając na cały czas trwania umowy daje dodatkowy koszt miesięczny w wysokości 744,20 zł, nieuwzględniony w kalkulacji.

Odwołujący zaznaczył, że GAMMA w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje wyraźnie, że wykazuje w kalkulacji koszty w odniesieniu do „jednego pracownika na umowie o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy minimalnym wynagrodzeniu”

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem 1a Opis Przedmiotu zamówienia część I:

Dla następujących usług:

A. Odśnieżanie, usuwanie śliskości/gołoledzi, albo alternatywnie: Zimowe sprzątanie terenów utwardzonych i zielonych

Prace porządkowe i inne wykonywane będą przez 6 dni w tygodniu obejmując wolne soboty z zastrzeżeniem usuwania skutków opadów śniegu i śliskości – bez ograniczeń w okresie 16.11.2021-31.03.2022.

Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z utrzymaniem porządku i czystości wynikające z realizacji umowy.

B. Utrzymanie porządku i czystości

Prace porządkowe i inne wykonywane będą przez 6 dni w tygodniu obejmując wolne soboty. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z utrzymaniem porządku i czystości wynikające z realizacji umowy.

C. Koszenie trawników

Usługa wykonywana będzie codziennie w dni robocze i wolne soboty, 4-krotnie w każdym roku

Skoszoną trawę należy zgrabić na drugi dzień

Zasady wykonywania usługi: Koszenie należy wykonać maksymalnie w czasie 16 dni (wliczając niedziele i święta)

D. Grabienie liści

Okres wykonywania usługi: w okresie podstawowym: 16.10.2021– 15.11.2021 w okresie dodatkowym: od 16.11.2021.

Dni wykonywania usługi - codziennie w dni robocze i wolne soboty

16.10.2021 – 15.11.2021 – okres podstawowy

16.11.2021 – 30.11.2021 – okres dodatkowy

Odwołujący stwierdził, że powyższe wymagania dowodzą, że przedstawione w kalkulacji koszty dla pracowników w wymiarze jedynie jednego etatu jak wskazuje GAMMA (40 RBH tygodniowo) są niewystarczające do zapewnienia realizacji usług w sześciodniowym wymiarze czasu pracy wymaganym treścią SIWZ (48 RBH tygodniowo). Z uwagi na wymagania stawiane w SIWZ do kalkulacji GAMMA nie zostały ujęte koszty dla 16 pracowników w dodatkowym wymiarze 8 godzin tygodniowo.

Odwołujący podniósł, że uwzględniając najniższe wynagrodzenie godzinowe dla pracowników posiadających umowę o pracę z kosztem pracodawcy – 20,02 zł (3.373,44 zł najniższe wynagrodzenie/168 rbh w miesiącu), zastępstw chorobowych i pozostałych) oraz przyjmując już pomniejszony skład osobowy i wymiar czasu pracy w sobotę, zakładając, że oddelegowanych będzie wyłącznie 10 pracowników po 6 godzin pracy, do przedstawionej kalkulacji GAMMA doliczyć należy:

Dodatkowe soboty w miesiącu – przyjmując tylko 4 weekendy = 24 godziny (24 godziny x 10 pracowników x najniższe wynagrodzenie godzinowe 20,02 zł = dodatkowy koszt miesięczny = 4.804,80 nieuwzględniony przez GAMMA w kalkulacji).

Dalej Odwołujący podniósł, że istotnym elementem umowy jest okresowe zgrabianie liści oraz cykliczne usługi koszenia, opisane w załącznikach do umowy (1a, 1e, 1f oraz 2a), wykonywane także w niedziele i święta. Prace te muszą zostać wykonane na całej powierzchni objętej umową, przy czym na czas ich realizacji nie odstępuje się od bieżącego utrzymania czystości w standardowym zakresie, a więc celem zabezpieczenia należytego wykonania prac, wykonawca zobowiązany jest zatrudnić dodatkowo osoby (powierzchnia do koszenia / grabienia wynosi każdorazowo blisko 410 tysięcy m²).

Odwołujący stwierdził, że obecnie ceny rynkowe koszenia oscylują pomiędzy 0,20 zł do 0.50 zł /m². Uwzględniając szczególnie sprzyjające warunki świadczenia usługi

(zamortyzowany, wydajny i bezawaryjny sprzęt, odbiór przez Zamawiającego pokosu, wykorzystanie własnych sprawdzonych pracowników, sprzyjające warunki atmosferyczne, nie przerośnięta trawa itp.) z ostrożności Odwołujący założył 0,10 zł/m². Przy takich założeniach niezbędna kwota na wykonanie koszenia na powierzchni 407.000 m² zamknie się w wartości 40.000 zł jednorazowo. Uwzględniając cztery koszenia w sezonie, otrzymamy 160.000zł, co dzieląc na 12 miesięcy daje dodatkowy koszt miesięczny 13.000,00 zł, nieuwzględniony przez GAMMA w kalkulacji.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z Załącznikiem 1a (Opis Przedmiotu Zamówienia) wykonawcy mają obowiązek zapewnić serwis interwencyjny godzinach popołudniowych. GAMMA nie wskazał żadnego kosztu przewidzianego na dodatkowe wynagrodzenie osób pełniących po godzinach pracy obowiązki serwisu interwencyjnego. Przyjmując tylko 3 godziny tygodniowo x 20,02 zł najniższą stawkę godzinową dla 2 osób otrzymujemy dodatkowy koszt miesięczny 480,48 zł, nieuwzględniony przez GAMMA w kalkulacji.

Podsumowując Odwołujący przedstawił następujące zestawienie kosztów wykazanych przez GAMMA oraz kosztów, jakie nie zostały wykazane, a są konieczne do prawidłowej realizacji usługi:

miesięczna wartość oferty GAMMA 84 104,94 zł			
Miesięczne podsumowanie kosztów GAMMY wskazane przez Odwołującego z uwzględnieniem zapisów SIWZ		Kalkulacja GAMMY	
Rzeczywisty koszt zatrudnienia 16 osób	59.534,47 zł	53.975,04 zł	Wykazany koszt zatrudnienia 16 osób
koszty badań, BHP 16 osób	132,00 zł	11.000,00 zł	dodatkowe nieprzewidziane koszty takie jak naprawy, dodatkowe zatrudnienie w tym zastępstwa
waloryzacja 2022	744,20 zł		
wynagrodzenie - soboty	4.804,80 zł		
serwis interwencyjny	480,48 zł		
4 krotne koszenie	13.000,00 zł		
eksploatacja maszyn	7.000,00 zł	7.000,00 zł	eksploatacja maszyn

transport i utylizacja odpadów	4.000,00 zł	4.000,00 zł	transport i utylizacja odpadów
Materiały ubrania narzędzia	5.000,00 zł	5.000,00 zł	Materiały ubrania narzędzia
koordynacja, obsługa biurowa, szkolenia	2.000,00 zł	2.000,00 zł	koordynacja, obsługa biurowa, szkolenia
suma faktycznych kosztów	96 695,95	82.975,04 zł	suma wykazanych kosztów
STRATA	- 12 591,01	1.129,90 zł	szacowany zysk

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo ocenił możliwość wykonania zamówienia przez GAMMA, ponieważ z wyjaśnień wynika, że GAMMA nie jest w stanie w zimie odśnieżyć powierzchni objętych zakresem prac dla zadania nr 1. Posiadany przez GAMMA sprzęt do odśnieżania posiada wydajność 1.000 m²/godz. Zadeklarowana ilość jednostek wynosi 10 szt. W związku z tym powierzchnię przeznaczoną do odśnieżania 190 tys. m² (271 tys. x 70%) GAMMA jest w stanie odśnieżyć mechanicznie w 19 godzin, a w ciągu jednego dnia pracy 80.000 m². Pozostali pracownicy w liczbie 6 osób (wydajność sprawnego i wprawionego w odśnieżaniu pracownika wynosi 100m² /godz.) w ciągu całego dnia pracy odśnieżą powierzchnię jedynie (100 m²/h*6 osób*8 godz.) = 4.800 m², czyli ogółem 84.800 m². Z tego wynika, że odśnieżona zostanie powierzchnia poniżej połowy wartości, jaką Zamawiający przeznacza do obsługi. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazuje, iż w na zakończenie odśnieżania wykonawca ma 3 godziny.

Zdaniem Odwołującego podobna sytuacja ma miejsce w przypadku zmiatania, firma GAMMA wykorzystuje te same maszyny (oświadczenie wykonawcy) do odśnieżania i zmiatania, przeobraża je i dostosowuje do warunków letnich. Według zapewnień oferenta wydajność pozostaje na tym samym poziomie, jak przy pracach zimowych. Dokonując podobnych wyliczeń jak powyżej, że przy uwzględnieniu tylko ok. 60% powierzchni utwardzonej (z uwagi na fakt, że nie wszystkie powierzchnie każdorazowo są zanieczyszczone), tj. 163 tysiące m² na posprzątanie mechaniczne terenu niezbędne będzie poświęcenie ponad 16 godzin, przy wykorzystaniu wszystkich 10 maszyn. Pozostałe sześć osób będzie zatrudnionych przy sprzątnięciu powierzchni terenów zielonych oraz opróżnianie koszy.

Odnosząc się do powyższej kalkulacji Odwołujący stwierdził, że GAMMA musi dodatkowo zatrudnić osoby do odśnieżania oraz zmiatania w okresie letnim lub zatrudnić podwykonawcę celem wywiązania się z obowiązków nałożonych przez Zamawiającego. Wiąże się to z ogromnymi kosztami, które nie zostały uwzględnione w kalkulacji, ale przede

wszystkim dowodzi, że GAMMA nie jest w stanie w sposób należyty zabezpieczyć prawidłowej realizacji usługi, w szczególności w okresie zimowym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy złożonych wyjaśnień, mimo że wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Co więcej, opisany w wyjaśnieniach sposób obliczenia ceny wskazuje, że wykonawca nie skalkulował należycie pełnych kosztów realizacji usługi.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy brak złożenia dowodów nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Odnosząc się do możliwych do uzyskania dodatkowych środków pomocy publicznej Odwołujący podniósł, że ze złożonej dokumentacji i z oświadczenia wykonawcy wynika, że na dzień złożenia oferty i na dzień aukcji elektronicznej GAMMA nie dysponował środkami z funduszu PFRON, a wniosek taki złożył dopiero 2 dni po zakończonej aukcji. Co za tym idzie, wskazywanie funduszy i środków, jakich GAMMA nie posiada, jest bezpodstawne i nie powinno być uwzględnione przy ocenie wyjaśnień. Złożenie wniosku po zakończonej aukcji elektronicznej nie dowodzi faktu dysponowania środkami na dzień zaoferowanej ceny, a samo złożenie wniosku o wsparcie z funduszu PFRON nie dowodzi, że takie wsparcie przedsiębiorstwo uzyska. Wykonawca przedłożył jedynie dokumenty potwierdzające otrzymywanie dofinansowania miesięcznego w wysokości 200,00 zł dla opiekuna stażu na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy.

Zarzuty dotyczące zadania nr 2 zostały przez Odwołującego wycofane oświadczeniem z 25 marca 2021 r.

Zarzuty dotyczące zadania nr 3

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował następujące kryteria oceny ofert: cena – waga 60%, dysponowanie sprzętem – waga 20%, koncepcja wykonania usługi – waga 20%. Zarówno Odwołujący jak i GAMMA w kryterium dysponowanie sprzętem otrzymali najwyższą możliwą do zdobycia ilość punktów. Rozdział 19 SIWZ ust. 19.7 wskazuje, że Zamawiający wymaga minimalnego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę. Przyznawanie punktów w ramach koncepcji wykonania usługi odbywało się komisyjnie, m.in. na podstawie zadeklarowanej przez uczestników postępowania liczby osób, jakie zostaną zatrudnione do jego realizacji, w szczególności do realizujących usługi sprzątnięcia w pełnym wymiarze czasu pracy (1/1etatu) (...) część III – 6 osób w tym 1 osoba z uprawnieniami do pracy na

wysokości. Aby w kryterium „koncepcja wykonania usługi” otrzymać wysoką ilość punktów, wykonawcy musieli zadeklarować tyle osób, by powierzchnia przypadająca na jednego pracownika była jak najmniejsza.

Zdaniem Odwołującego, celem uzyskania większej liczby punktów wykonawca GAMMA w zakresie zadania nr 3 oświadczył, że zgodnie z powyższymi zapisami SIWZ zatrudni do realizacji przedmiotowego zamówienia 8 osób, za co otrzymał wysoką liczbę punktów w tym kryterium. Cena oferty GAMMA po zakończonej aukcji wynosi 285 000,00 zł brutto 260 298,42 netto. Koszt zatrudnienia zadeklarowanych 8 osób w zakresie zadania nr 3 wynosi 3.720,91zł (koszt pracownika z zastępstwem urlopowym) x 8 osób x 12 miesięcy = 357.207,36 zł.

Odwołujący zaznaczył, że wskazuje jedynie na kwotę wynagrodzenia ośmiu wskazanych przez GAMMA pracowników, nie uwzględniając tu takich kosztów, jak waloryzacja wynagrodzenia na rok 2022, kosztów koordynacji, sprzętu, transportu materiałów, ubrań, narzędzi i innych nieprzewidzianych w kalkulacji. Z powyższego wynika, że GAMMA nie jest w stanie zrealizować zamówienia w zakresie zadania nr 3 za zaoferowaną cenę, mimo to Zamawiający dokonał wyboru jego oferty.

Odwołujący stwierdził, że przepisy ustawy Pzp uzależniają obowiązek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny od jej stosunku do wartości zamówienia lub średniej pozostałych ocen, niemniej Zamawiający winien był powziąć wątpliwość co do realności zaoferowanej kwoty podczas aukcji elektronicznej w stosunku do udzielonych wykonawcy GAMMA punktów za kryterium koncepcji wykonania usługi, zważywszy na fakt zobligowania się do zatrudnienia 8 osób, zgodnie z SIWZ w pełnym wymiarze (1/1 etatu). Jednak z uwagi na sprzedaż usług przez firmę GAMMA poniżej kosztów wytworzenia Zamawiający, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, powinien odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający.

Zdaniem Odwołującemu złożenie przez GAMMA oferty w zakresie zadania 3 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez firmę GAMMA towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3.1. SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- Część I Usługi sprzątania terenów utwardzonych (270 963,96 m²) i zielonych (407 219,65 m²), koszenia trawy oraz grabienia liści, odśnieżania terenów utwardzonych, usuwania gołoledzi/śliskości i gotowości do odśnieżania terenów zarządzanych przez ZGN Bielany m.st. Warszawy, w terminie od 01.04.2021 r. do 31.03.2022 r.
- Część III Usługi sprzątania terenów utwardzonych (54 167,80 m²) i zielonych (34 353,61 m²), koszenia trawy oraz grabienia liści, sprzątania powierzchni wewnętrznych w halach garażowych (1 072,37 m²), wraz z odśnieżaniem dachów (5 779,75 m²) i usuwaniem sopli (350 m), odśnieżania terenów utwardzonych, usuwania gołoledzi/śliskości i gotowości do odśnieżania terenów, sprzątania powierzchni wewnętrznej w lokalach użytkowych przeznaczonych do wynajęcia w drodze konkursu ofert (1 000 m²), mycia okien i witryn wraz z usuwaniem oklein w lokalach użytkowych przeznaczonych do wynajęcia w drodze konkursu ofert (200 m²) zarządzanych przez ZGN Bielany m.st. Warszawy, w terminie od 01.04.2021 r. do 31.03.2022 r.

W punkcie 19 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena – waga 60%, dysponowanie sprzętem – waga 20%, koncepcja wykonania usługi – waga 20%. Zamawiający określił następujące zasady przyznawania punktów w kryterium „koncepcja wykonania usługi”:

Członkowie komisji przetargowej będą powyższe kryterium ocenie wg. następujących zasad (uwaga z wyłączeniem w rejonie III sprzątania lokali użytkowych)

- sposób organizacji pracy gwarantujący: spełnienie wymagań Zamawiającego, optymalizację kosztów, funkcjonalny nadzór nad pracownikami ze strony Wykonawcy (organizacja nadzoru) – od 1 pkt do 5 pkt. Maksymalną liczbę punktów uzyska oferta, która uwzględnia wymagania Zamawiającego, zawiera optymalne rozwiązania, gwarantuje wykonanie usługi na najwyższym poziomie.
- opis sposobu reagowania na uwagi i spostrzeżenia Zamawiającego – od 1 pkt do 5 pkt. Maksymalną liczbę punktów otrzyma rozwiązanie, które będzie miało wpływ na poprawę jakości i efektywności świadczonych usług, oraz najkrótszy deklarowany czas reakcji.
- liczba osób na danym obiekcie/terenie przewidzianych do realizacji zadania w podziale na poszczególne obiekty/tereny – od 1 pkt do 5 pkt. Maksymalną liczbę punktów uzyska

oferta, która przewiduje najmniejszą powierzchnię spośród ocenianych przypadającą na jedną osobę.

Podane przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to: 1 863 403,25 w zakresie części I oraz 365 257,58 zł w zakresie części III.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami (po aukcji):

Część I:

- P.H.U.GAMMA A.Z.: 1 090 000,00 PLN,
- Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o.: 1 134 541,24 PLN,
- Skromak Sp. z o.o.: 1 300 000,00 PLN,
- Trans-Kam2: 1 310 000,00 PLN,
- AG - MAR Sp. z o.o.: 1 581 264,55 PLN,

Część III:

- P.H.U.GAMMA A.Z.: 285 000,00 PLN,
- Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o.: 291 691,55 PLN,
- Skromak Sp. z o.o.: 370 572,14 PLN.

Wykonawca GAMMA zadeklarował skierowanie do zadania I 16 pracowników, a do zadania III 8 pracowników.

Pismem z 25 lutego 2021 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy GAMMA w odniesieniu do części I: *o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);*
- 2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*
- 3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca GAMMA złożył następujące wyjaśnienia:

W odpowiedzi na pismo z dnia 25.02.2020 r. informujemy, iż uzyskana przez P.H.U. GAMMA A.Z. cena 1 090 000,00 zł brutto (VAT 8% - 80 740,74 zł) - 1 009 259,26 zł netto, zaktualizowana w formularzu ofertowym uwzględniając wynik aukcji elektronicznej dotyczącej ww. postępowania, daje pewność wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością przez wymagany okres 12 miesięcy zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż P.H.U. GAMMA A.Z. od kilku lat jest wykonawcą usług sprzątanania na terenie ZGN Bielany W tym okresie firma poznała w pełni specyfikę terenów. Dzięki temu doświadczeniu mogliśmy w sposób realny i bardzo dokładny ocenić koszty wykonania poszczególnej usługi, a także możliwe było zoptymalizowanie wszelkich niezbędnych nakładów finansowych przy zachowaniu zakładanej rentowności kontraktu w sposób rynkowy, obejmujący zysk oraz wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zarówno z uwzględnieniem kosztów minimalnego wynagrodzenia dla pracowników oraz obowiązkowych składek który ponosi pracodawca.

Zaproponowanie zaoferowanej ceny było możliwe z uwagi na oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy GAMMA, takich jak na przykład stałe upusty dotyczące zakupu profesjonalnych środków.

W tym miejscu wskazujemy, iż kalkulacja ta została sporządzona w oparciu o wieloletnie doświadczenie firmy GAMMA w wykonywaniu tego rodzaju usług oraz faktu iż firma posiada na własność cały sprzęt do wykonania usługi. Został on zakupiony i zamortyzowany a koszt ich zapewnienia nie stanowi obciążenia dla obecnej kalkulacji, co spowodowało obniżenie ceny z uwagi na znaczne obniżenie kosztów. Warto podkreślić, iż jest to sprzęt nowoczesny i wydajny i w całości jest własnością firmy GAMMA. Pozwala to obniżyć koszty realizacji umowy o 10%.

PHU GAMMA dzięki długoletniej współpracy z dostawcami środków czystości wypracowało sobie bardzo korzystne ceny dostawy środków czystości na dowód czego dołączamy pismo z firmy (...), wiodącej hurtowni profesjonalnych urządzeń i środków do utrzymania czystości oraz BSM dostawcy środków przeciwoślodzeniowych.

Zaproponowanie zaoferowanych cen jednostkowych było możliwe również z uwagi na oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy GAMMA, takich jak na przykład stałe upusty dotyczące zakupu profesjonalnej chemii a także pomocy publicznej udzielonej na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych których firma GAMMA już zatrudnia od dłuższego czasu.

W załączeniu przedstawiamy pismo (...) profesjonalnych środków i urzędzeń do utrzymania czystości, (...) – profesjonalnej hurtowni środków przemysłowo-technicznych, oraz Wniosek Wn-D o miesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. Pozwala to obniżyć koszty realizacji umowy o 10%.

Dodatkowo należy podkreślić że firma GAMMA ma zawarte porozumienie w ramach projektu „Pokonaj wykluczenie – niepełnosprawność to nie ograniczenie” współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na zatrudnianie stażystów. Pracownicy firmy GAMMA przydzieleni jako opiekunowie dostają dodatkowo dodatek ze środków projektu. Całkowity koszt zatrudniania stażystów wraz z wynagrodzeniem jest pokrywany przez Europejski Fundusz Społeczny w ramach tego projektu. Jest to niezmiernie korzystny warunek względem zarówno oszczędności kosztów pracy dla pracodawcy jak i dla osób niepełnosprawnych odbywających staż w firmie GAMMA, co pozwala w dużej mierze obniżyć koszty zatrudnienia. W załączeniu przedstawiamy stosowną umowę. Pozwala to obniżyć koszty realizacji umowy o 15%.

Takie czynności jak odśnieżanie ciągów ulicznych i pieszych oraz zmiatanie może być wykonywane maszynowo przy użyciu posiadanego przez firmę GAMMA na własność sprzętu (brak dodatkowych kosztów związanych z jego zakupem) - profesjonalnych mikrociągników jednoosiowych - odśnieżarek mechanicznych Pasquali, Honda, Partner, Troy-bit oraz wyposażonych w kompletny zestaw do odśnieżania.

Urządzenia wielofunkcyjne — odśnieżarki takie jak Pasquali, Troy-bit, Partner charakteryzują się wysoką wydajnością (do 1000 m²/godz.), niezawodnością oraz funkcjonalnością w każdych warunkach. Takie odśnieżarki są narzędziami, które znaczenie usprawniają pracę i pozwalają skrócić czas przeznaczony na usuwanie śniegu, jak również do maszynowego zmiatania w razie potrzeby, co pozwala na znaczną optymalizację kosztów pracy i eksploatacji.

Łatwość operowania maszyną, komfort pracy sprawiają, że czynności zmiatania lub usuwania śniegu przebiega płynnie i wydajnie, co znacznie skraca czas i redukuje wysiłek

operatora. Zaawansowane rozwiązania techniczne sprawiają, że odśnieżarka jest przystosowana do intensywnej eksploatacji przy zachowaniu pełnej sprawności i funkcjonalności, co również znaczenie obniża koszty związane z serwisem maszyny.

Te urządzenia wielofunkcyjne skonfigurowane są na bazie ciągnika jednoosiowego, który po odłączeniu frezu odśnieżającego, można wyposażyć w narzędzia robocze tworząc uniwersalną maszynę do całorocznego utrzymania obiektów (co może dodatkowo wpłynąć na optymalizację i obniżenie kosztów również w zakresie przedmiotu zamówienia sprzętania powierzchni zewnętrznych). Pozwala to obniżyć koszty realizacji umowy o 10%.

Metody te pozwoliły na wyliczenie przedmiotowej ceny i miały wpływ jej wysokość. Przy uwzględnieniu dotychczasowego doświadczenia firma GAMMA mogła w sposób bardzo dokładny i realny ocenić koszty wykonywania przedmiotu zamówienia.

Przy kalkulacji ceny zostały uwzględnione koszty co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodnie z przepisami prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, wybrane rozwiązania techniczne, metoda wykonania zamówienia zgodnie z informacjami złożonymi w koncepcji do oferty.

Szacunkowy koszt prac związanych z eksploatacją maszyn i urządzeń w trakcie realizacji zamówienia został policzony w sposób bardzo precyzyjny, który zapewnia prawidłową i zgodną z SIWZ realizację tej usługi, a także pokrywa koszty jej wykonania i zapewnia firmie GAMMA zysk.

Należy podkreślić, że w przypadku skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, w każdej chwili mogą zostać uruchomione środki udzielane firmie GAMMA na podstawie pomocy publicznej ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, który podniesie to rentowność i bezpieczeństwo należytego wykonania umowy względem jakichkolwiek nieprzewidywanych kosztów w trakcie jej realizacji. Wniosek Wn-D PFRON z miesięczną kwotą dofinansowania około 12 000,00 zł w załączeniu do wglądu.

Poniżej przedstawiamy szczegółową kalkulację elementów zaoferowanych ceny netto 1 009 259,26 zł, stosując przeliczenie w skali miesiąca, które mają wpływ na ich wysokość z uwzględnieniem i uzasadnieniem kosztów pracy w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę 2021 r., kosztów materiałów oraz zysku firmy obejmującego wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Cena brutto 1 090 000,00 zł

VAT 8% - 80 740,74 zł

Cena netto 1 009 259,26 zł: 12 miesięcy = 84 104.94 zł netto miesięcznie

Na powyższą cenę netto miesięcznie składają się następujące elementy:

- 1) Koszt całkowity pracy ludzkiej – 53 975,04 zł*
- 2) Szacunkowy koszt prac związanych z eksploatacją maszyn oraz amortyzacją, paliwa, itp. koniecznych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy – 7 000,00 zł*
- 3) Szacunkowy koszt transportu i utylizacji odpadów – 4 000,00 zł*
- 4) Szacunkowy koszt niezbędnych materiałów, ubrań i narzędzi – 5 000,00 zł*
- 5) Dodatkowe nieprzewidywane koszty takie jak naprawy i dodatkowe zatrudnienie (w tym zastępstwa urlopowe) – 11 000,00 zł*
- 6) Koszt obsługi biurowej, szkoleń oraz koordynacji kontraktu – 2 000,00 zł*
- 7) Przewidywany zysk – 1 129,90 zł*

Wyszczególnienie:

Zgodnie z zadeklarowaną ilością pracowników w liczbie 16 osób zatrudnionych na podstawie umowy, w pełnym wymiarze czasu pracy:

3 373,44 zł – przewidywany koszt całkowity pracodawcy jednego pracownika na umowie o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy minimalnym wynagrodzeniu 2 800 00 zł brutto w 2021 r. przy uwzględnieniu dodatkowych obciążeń na:

- składki na ubezpieczenie emerytalne*
- składki na ubezpieczenie rentowe*
- składki na ubezpieczenie wypadkowe*
- składki na Fundusz Pracy*
- składki na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych*
- zastępstwa urlopowe*
- pozostałe koszty zaplecza świadczenia usług w zakresie zatrudnienia pracownika (badania lekarskie, zwolnienia lekarskie, szkolenia BHP, obsługa kadrowa, środki ochrony BHP, koszty diety w przypadku zatrudnienia pracowników zamiejscowych.*

Koszt całkowity 16 pracowników na umowie o pracę o pełnym wymiarze godzin miesięcznie uwzględniając powyższe: 3 373,44 zł x 16 = 53 975,04 zł

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia oraz opis merytoryczny analizy kalkulacji cen, zaferowane przez GAMMA oferta cenowa na Część I w zakresie przedmiotowego

zapytania gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Wykonawca GAMMA zastrzegł całość wyjaśnień i załączonych do nich dowodów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający odtajnił treść wyjaśnień, z wyjątkiem nazw kontrahentów oraz załączników nr 1 i 2 do wyjaśnień.

Pismem z 4 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy GAMMA, jako najkorzystniejszej w częściach I-III zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 15 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zadania nr 2, z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu tych zarzutów.

Odwołanie w zakresie części I i III zamówienia zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 3: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- pkt 4: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę Gamma wyjaśnień dotyczących części I Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest – w świetle przywołanych przepisów ustawy – obowiązek odrzucenia oferty. Wobec powyższego należy stwierdzić, że o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

Zauważenia wymaga również, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 nowej ustawy Pzp). W rozpoznawanej sprawie wykonawca Gamma nie przystąpił do postępowania odwoławczego, zatem ciężar wykazania, że wyjaśnienia są rzetelne i wyczerpujące oraz że dają podstawę do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska, spoczywał na Zamawiającym.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Gamma nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Wykonawca ten złożył bowiem w znacznej mierze ogólnikowe i gołosłowne wyjaśnienia, które nie wykazują, że cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się kolejno do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że nie potwierdzają one realności ceny.

Po pierwsze, znaczna część wyjaśnień to nieskonkretyzowane zapewnienia wykonawcy o tym, że zaoferowana cena daje pewność należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Są to twierdzenia, które nie dają Zamawiającemu żadnej wiedzy na temat sposobu kalkulacji ceny oraz przyjętych do tego celu założeń.

Ponadto wykonawca powołał się na posiadane przez siebie doświadczenie, którego nie sposób uznać za okoliczność szczególną, wyróżniającego tego wykonawcę spośród innych. Dodatkowo wykonawca nie sprecyzował, w jaki konkretnie sposób doświadczenie to pozwoliło obniżyć zakładane koszty wykonania zamówienia.

Wykonawca Gamma powołał się również na *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla firmy GAMMA*, przy czym nie sprecyzował tych okoliczności i nie wykazał ich przełożenia na kalkulację ceny. Przykładowo, powołując się na *stałe upusty dotyczące zakupu profesjonalnych środków* wykonawca nie wykazał, w jakim stopniu dysponowanie tymi upustami wpływa na zaoferowaną cenę. Nie wiadomo, ile takich środków wykonawca będzie musiał nabyć na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji – jakie przełożenie na ponoszone koszty tej realizacji mają przyznane mu upusty.

Wykonawca Gamma przedstawił również informację o dysponowaniu własnym zamortyzowanym sprzętem, przy czym nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Nie wykazał też, że jest to sprzęt na tyle nowoczesny i wydajny, że stanowi to okoliczność wyróżniającą go spośród innych wykonawców. Co więcej, nie wiadomo na jakiej podstawie wykonawca stwierdził, że pozwala to obniżyć koszty realizacji zamówienia o 10%, nie przedstawiono żadnych obliczeń na poparcie tych twierdzeń. Podane w wyjaśnieniach zalety tego sprzętu stanowią jedynie ogólniki, niedające konkretnej wiedzy na temat ich wpływu na ponoszone koszty.

Odnosząc się do wskazanej w wyjaśnieniach pomocy publicznej udzielonej na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zauważyć należy, że z wyjaśnień nie wynika, ile osób niepełnosprawnych wykonawca skieruje do realizacji przedmiotowego zamówienia, w związku z czym nie wiadomo, jaki będzie wpływ ewentualnego dofinansowania z tego tytułu na koszty realizacji zamówienia. Co więcej, z wyjaśnień wynika, że sam wykonawca nie ma jeszcze wiedzy, czy osoby niepełnosprawne będą brały udział w wykonaniu zamówienia i jaką to wygeneruje oszczędność, w wyjaśnieniach podał bowiem, że:

w przypadku skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, w każdej chwili mogą zostać uruchomione środki udzielane firmie GAMMA na podstawie pomocy publicznej ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Załączony do wyjaśnień wniosek o dofinansowanie świadczy tylko o tym, że wykonawca o takie dofinansowanie wystąpił, co nie jest tożsame z obniżeniem kosztów realizacji tej części zamówienia, skoro wykonawca nie przedstawił założeń dotyczących udziału w jej realizacji osób niepełnosprawnych. Dodatkowo zauważenia wymaga, że nie jest to pomoc przyznana wykonawcy, ale pomoc, o której przyznanie wykonawca dopiero wnioskuje.

Odnosząc się natomiast do wskazanego w wyjaśnieniach porozumienia w ramach projektu „Pokonaj wykluczenie – niepełnosprawność to nie ograniczenie”, załączone do wyjaśnień porozumienie dotyczy dodatku dla opiekuna stażysty odbywającego staż zawodowy w ramach ww. projektu i wynosi maksymalnie 200 zł brutto miesięcznie. Z wyjaśnień nie sposób powziąć wiedzy, z czego wynika wskazana 15-procentowa oszczędność z tego tytułu. Wykonawca nie podał założeń dotyczących udziału opiekuna stażysty w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, nie wiadomo czy i ile takich osób będzie brało udział w realizacji umowy. Nie przedstawiono też żadnych obliczeń dotyczących wpływu tej okoliczności na cenę oferty. Ponadto, wykonawca stwierdził w wyjaśnieniach, że *całkowity koszty zatrudnienia stażystów wraz z wynagrodzeniem jest pokrywany przez Europejski Fundusz Społeczny.* Odnosząc się do tej informacji zauważyć należy, że wykonawca nie ujawnił, ilu stażystów zamierza skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia ani nie udowodnił faktu pokrywania wszystkich kosztów ich zatrudnienia ze środków europejskich. Załączone do wyjaśnień porozumienie dotyczy dodatku dla opiekuna stażysty, nie zaś finansowania kosztów zatrudnienia stażysty.

Podsumowując, przedstawiona wyżej część wyjaśnień stanowi zbiór ogólnikowych twierdzeń, bez wykazania ich konkretnego przełożenia na cenę oferty w tym postępowaniu. Są to wyjaśnienia na tyle ogólne, że mogłyby być przedstawione w każdym innym postępowaniu dotyczącym podobnego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do części wyjaśnień, którą wykonawca Gamma określił jako „szczegółową kalkulację” zauważyć należy, że stanowi ona rozbitcie ceny ofertowej na 7 pozycji, co nie może być uznane za wystarczające wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny. Jest to jedynie zaprezentowanie podziału ceny na główne elementy kosztotwórcze oraz zysk. Wykonawca, prezentując szacunkowe koszty poszczególnych rodzajów, nie wyjaśnił, jakie założenia do tego szacowania przyjął.

Jedyną grupą kosztów, co do których przedstawiono bardziej szczegółowe informacje, są koszty pracy, jednak i w tym przypadku nie ujawniono w wyjaśnieniach informacji, które pozwalałyby dojść do wniosku, że przedstawione w tym zakresie obliczenia są prawidłowe.

Po pierwsze, wykonawca nie wykazał, aby ujął w ofercie rezerwę na waloryzację wynagrodzeń związanych ze wzrostem płacy minimalnej w 2022 r. Wskazana w wyjaśnieniach kalkulacja nie zawiera takiej pozycji, brak jest również informacji, aby koszty z tego tytułu zostały ujęte w rezerwie na nieprzewidziane koszty.

Co do kosztów zastępstw urlopowych i dodatkowego zatrudnienia wykonawca wskazał, że ujął je w kwocie 11 000,00 zł dotyczącej dodatkowych nieprzewidzianych kosztów, nie przedstawił jednak żadnych danych pozwalających zweryfikować tę kwotę. Nie wiadomo, jakie koszty z tytułu zastępstw urlopowych i dodatkowego zatrudnienia wykonawca zakłada oraz czy znajdują one pokrycie w ww. kwocie, która ma pokryć również inne nieprzewidziane wydatki, w tym koszty napraw.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego na temat nieujęcia w cenie oferty kosztów 6-dniowego tygodnia pracy, kosztów koszenia i zagrabiania pokosu oraz grabienia liści, a także kosztów serwisu interwencyjnego, stwierdzić należy, że Zamawiający nie określił wymagań dotyczących zatrudnienia w tym celu dodatkowych pracowników, a taka organizacja pracy, która zapewnia zrealizowanie powyższych elementów zamówienia, pozostawała w gestii wykonawcy. Nie oznacza to jednak, że ww. obowiązki wykonawcy pozostają bez wpływu na cenę, niezależnie od sposobu zapewnienia ich realizacji wiążą się one bowiem z ponoszeniem określonych kosztów. Nawet gdyby wykonawca nie zakładał zatrudnienia dodatkowych pracowników, to powinien wskazać koszty związane z wynagrodzeniem za pracę w godzinach nadliczbowych czy w dni ustawowo wolne od pracy. Wykonawca Gamma nie przedstawił założeń dotyczących realizacji ww. obowiązków i sposobu kalkulacji związanych z nimi kosztów, nie ma zatem podstaw do wniosku, że cena oferty pokrywa związane z tym koszty.

Odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu obliczeń dotyczących poszczególnych rodzajów kosztów, w ocenie Izby nie można uznać ich za jedyne prawidłowe, niemożliwe jest bowiem wykluczenie takiej sytuacji, że wykonawca w inny sposób, przy przyjęciu innych założeń dotyczących organizacji pracy oraz przy uwzględnieniu szczególnie korzystnych okoliczności, byłby uprawniony do skalkulowania kosztów na niższym poziomie. Stwierdzić jednak należy, że w złożonych przez wykonawcę Gamma wyjaśnieniach brak jest informacji, które pozwalałyby na wniosek, że cena została skalkulowana prawidłowo. Ponadto wykonawca ten nie przystąpił do postępowania

odwoławczego w celu obrony swojej oferty, a Zamawiający – na którym w tej sytuacji spoczywał ciężar dowodu – nie podważył skutecznie twierdzeń Odwołującego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Gamma nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gamma stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do części III zamówienia Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty przez wykonawcę Gamma stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Oceniając ten zarzut podkreślić należy, że ciężar dowodu spoczywał – na zasadach ogólnych – na Odwołującym, który zobowiązany był wykazać zaistnienie wszystkich znamion któregoś z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby powyższe nie zostało wykazane. Odwołujący oparł się wyłącznie na przemnożeniu liczby osób, które według deklaracji wykonawcy zostaną skierowane do realizacji zamówienia, i kosztów pracy jednej osoby, wskazując, że zaoferowana cena nie pokrywa nawet kosztów pracy. Jednocześnie Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że niemożliwe jest istnienie po stronie wykonawcy szczególnych okoliczności, które pozwalają obniżyć koszty pracy. Co więcej, Odwołujący oświadczył na rozprawie, że nie można wykluczyć, że wykonawca jest w stanie sfinansować za zaoferowaną cenę koszty pracy 8 osób oraz pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, jednak wymagało to wyjaśnienia przez wykonawcę. Tym samym Odwołujący przyznał w ten sposób, że brak jest dowodu na to, że zaoferowana została sprzedaż usług poniżej kosztów.

Zauważenia wymaga, że sam Odwołujący zadeklarował skierowanie do realizacji zamówienia 8 osób, a zastosowanie przedstawionego w odwołaniu przeliczenia (liczba osób przemnożona przez minimalne wynagrodzenie za pracę) również w przypadku Odwołującego daje kwotę wyższą niż cena oferty. Odwołujący twierdził, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę ze względu na możliwość obniżenia kosztów pracy związaną z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych. Trudno zatem podzielić stanowisko, że w przypadku wykonawcy Gamma doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, taka okoliczność z pewnością nie została wykazana.

Izba podzieliła natomiast zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Gamma do wyjaśnień w zakresie ceny za zadanie III i związane z tym żądanie ewentualne, dotyczące nakazania wezwania do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Skoro cena ta jest niższa niż iloczyn liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia i kosztów pracy przy uwzględnieniu płacy minimalnej, to stwierdzenie, że cena nie jest rażąco niska wymaga

wykazania istnienia po strony wykonawcy szczególnych okoliczności pozwalających obniżyć koszty wykonania zamówienia, w szczególności koszty pracy. W związku z tym Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny. Ponieważ to właśnie koszty pracy są głównym czynnikiem kosztotwórczym, bez wątpienia stanowią one istotny element składowy ceny. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był skierować do wykonawcy Gamma wezwania do wyjaśnień, a następnie – w zależności od treści tych wyjaśnień – podjąć dalsze decyzje w postępowaniu. Zaniechanie skierowania takiego wezwania stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie wskazać należy, że Zamawiający, będąc zobowiązany do równego traktowania wykonawców, powinien w ten sam sposób postąpić wobec wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji. Zamawiający powinien więc wziąć pod uwagę, że okoliczność, iż cena oferty jest niższa niż iloczyn liczby osób kierowanych do realizacji zamówienia i minimalnego wynagrodzenia za pracę, dotyczy nie tylko oferty wykonawcy Gamma.

Wobec powyższego odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: