

WYROK
z dnia 7 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 roku przez wykonawcę **AWMA Sp. j. B. W., ul. 3Maja 2B/22, 05-410 Józefów** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Lares Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 58, 00-545 Warszawa (część I zamówienia),**
- 2. kosztami postępowania obciąża Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AWMA Sp. j. B. W., ul. 3Maja 2B/22, 05-410 Józefów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa** na rzecz wykonawcy **AWMA Sp. j. B. W., ul. 3Maja 2B/22, 05-410 Józefów** 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.

KIO 2217/17 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

KIO 2217/17 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości w obiektach przy ul. Czerniakowskiej 100A i ul. Marszałkowskiej 82 w Warszawie mieszczących komórki organizacyjne Sądu

Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie” – część I (ZP/SR/04/17), prowadzonym przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca **AWMA Sp. j. B. W., ul. 3 Maja 2B/22, 05 - 410 Józefów** (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lares Sp. z o. o. (dalej Lares”),
2. zaniechania odrzucenia oferty Lares,
3. powtórnego wezwania Lares do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lares pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia, które zostały udzielone przez tego wykonawcę,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1-3, poprzez wystosowanie do wykonawcy Lares powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2017 roku wykonawca ten powinien był w sposób kompleksowy i poparty dowodami wyjaśnić wszystkie składniki ceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Lares,
2. odrzucenia oferty Lares,
3. ponowną ocenę ofert.

Odwołujący podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ – zgodnie z jego treścią przedmiotem części I zamówienia jest świadczenie usług utrzymania czystości w obiekcie przy ul. Czerniakowskiej 100A w Warszawie w zakresie powierzchni wewnętrznej i terenów zewnętrznych; zamawiający przedstawił szczegółowe wyliczenie powierzchni objętych usługą i czynności, które będą KIO 2217/17 3

objęte zamówieniem, część czynności ma być wykonywana w godzinach pracy zamawiającego (co do zasady od godz. 7:30 do 15:30 – tzw. serwis dzienny), część po tych godzinach. Zamawiający określił również szczegółowe wymagania co do sprzętu, który ma być używany przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia, oraz co do środków czystości. Wykonawca został także obciążony dodatkowymi obowiązkami w okresie

zimowym, tj.: oczyszczaniem powierzchni ze śniegu, lodu i błota; usuwaniem zlodowaceń; systematycznym wywozem śniegu i lodu do wybranych przez siebie miejsc; posypywaniem ciągów pieszych i jezdnych piaskiem, a w przypadku ich oblodzenia piaskiem i solą; odśnieżaniem maszynami. Zamawiający wskazał, że czynności świadczone przez wykonawcę na terenach zewnętrznych będą wymagały dysponowania odśnieżarką o napędzie spalinowym oraz kosiarką. Dodatkowo jakkolwiek nie wynika to wprost z treści opisu przedmiotu zamówienia, to wykonawca - w celu wywożenia śniegu poza teren obiektu - będzie musiał używać w tym celu samochodu ciężarowego i ponosić związane z tym koszty zakupu paliwa.

Zamawiający opisał również swoje wymagania w zakresie środków czystości, chemicznych i artykułów higienicznych. Nie podał jednak szacunkowej ilości środków, których koszt zużycia powinien zostać przewidziany przez wykonawców w cenie oferty. Z tego względu każdy z wykonawców powinien był obliczyć wymaganą ilość środków przy uwzględnieniu podanych przez Zamawiającego wartości wielkości powierzchni, zakładanej ilości osób korzystających z obiektów oraz własnego doświadczenia, w szczególności zaś innych podobnych zamówień.

Z treści opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy wynika, że Zamawiający wymaga, by wykonawca zatrudnił w celu realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej 3 osoby, które będą świadczyły usługę w ramach tzw. serwisu dziennego (w godzinach pracy Zamawiającego) oraz dodatkowo taką ilość pracowników, która będzie gwarantowała należyte wykonanie zamówienia.

Zamawiający wymaga *“(…) by ilość osób do wykonywania usługi w zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych wskazana została przez wykonawcę, przy założeniu dziennej średniej wydajności jednej osoby wykonującej usługę na powierzchniach wewnętrznych - w pokojach, łazienkach, salach rozpraw, holach, itd. - do 800 m².”* Wykonawca powinien uwzględnić w tej liczbie absencje pracowników z powodu zwolnień lekarskich, urlopów itp. i związane z tym zastępstwa. Liczba pracowników, którzy zostaną zatrudnieni przez wykonawcę do świadczenia usługi po godzinach pracy Zamawiającego, stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (o wadze 50 %; pozostałe kryteria - cena [40 %], czas reakcji serwisu [10 %]). Wykonawca miał obowiązek wskazania tej liczby w treści swojej oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią oferty uznanej przez zamawiającego za

zatrudnić łącznie 17 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy (3 osoby do serwisu dziennego oraz 14 osób do sprzątnięcia poza godzinami pracy zamawiającego).

Podał, że cena oferty Lares wynosi 1.239.287,04 zł brutto (świadczenie usługi przez 24 miesiące) – cena za miesiąc to 46.651,90 zł brutto (37.928.37 netto) w zamian za świadczenie usług w zakresie powierzchni wewnętrznych oraz 4.985,06 zł brutto (4.615,80 zł netto) w zamian za świadczenie usług w zakresie terenów zewnętrznych; łączna miesięczna wartość netto oferty wynosi 42.544,17 zł.

Wskazał również, że zgodnie ze złożonym w ofercie oświadczeniem wykonawcy Lares podana w ofercie cena zawiera „(...)wszelkie koszty konieczne do prawidłowego zrealizowania zamówienia, w tym m.in.: koszt robocizny, koszty materiałów, koszty odpowiedniej do zakresu zamówienia ilości i jakości środków czystości, chemicznych i higienicznych, sprzętu, narzędzi i urządzeń użytych do świadczenia usługi, koszty odzieży ochronnej, koszty transportu, dojazdu do miejsca świadczenia usługi, wszelkie koszty utrudnień związanych z realizacją umowy, zysk, narzuty, ewentualne opusty, ubezpieczenia oraz pozostałe składniki cenotwórcze, wszelkie podatki, w tym należny podatek VAT i inne należności publicznoprawne”

Odwolujący podał, że pismem z dnia 29 września 2017 r. zamawiający wezwał Lares „(...) do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów, że cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska.”, oczekując w szczególności wyjaśnienia, w jaki sposób Lares dokonał obliczenia wynagrodzenia za jedną osobę zatrudnioną na podstawie umowy

o pracę z wyszczególnieniem wszystkich składników kosztów pracodawcy oraz zastrzegając, że jeżeli wykonawca posiada indywidualną decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotyczącą wysokości składki na ubezpieczenie wypadkowe, powinien wskazać tę stawkę w postaci procentowej i kwotowej oraz złożyć dokumenty, które potwierdzą tę okoliczność. Uzupełnił, że taki sam obowiązek zamawiający nałożył na Lares w przypadku, gdyby w treści wyjaśnień powoływał się na jakiekolwiek ulgi lub dotacje mające wpływ na „kalkulację ceny wynagrodzenia pracownika”. Wskazał, że zamawiający odwołał się do treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp („Wykonawca składając wyjaśnienia może wskazać oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Odwolujący podniósł, że pomimo faktu, że zgodnie z informacją zawartą w wezwaniu wszelkie wyjaśnienia oraz dowody powinny być zostać złożone przez Lares w terminie do dnia 5 października 2017 roku zamawiający ponowił swoje wezwanie, zezwalając wykonawcy Lares na złożenie kolejnych wyjaśnień dotyczących przedstawienia kosztów środków czystości, chemicznych i higienicznych.

KIO 2217/17 5

Odwolujący podał w dalszej kolejności, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2017 roku Lares w dniu 5 października 2017 roku udzielił wyjaśnień – całość wyjaśnień została zawarta na jednej stronie. Wskazał, że w treści wyjaśnień Lares:

- ☐ potwierdził fakt, że w celu realizacji zamówienia zamierza zatrudnić łącznie 17 osób w pełnym wymiarze czasu pracy, przy czym miesięczny koszt zatrudnienia jednego pracownika stanowi co do zasady kwotę 2.394,20 zł (40.701,40 zł miesięcznie za 17 pracowników),
- ☐ podał, że „(...) 8-10 osób będą to osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu lekkim, na które otrzymamy dofinansowanie z PFRON w wysokości 450,00 zł na każdą osobę.” ☐
podał, że brał pod uwagę zatrudnienie od 7 do 10 osób o lekkim stopniu niepełnosprawności, wskazując na oszczędności, które zostaną przez niego poczynione z tego tytułu, powołał kwoty 3.150 zł (= 7 x 450 zł) oraz 4.500 zł (= 10 x 450 zł),
- ☐ oświadczył, że z pozostałej części miesięcznej ceny realizacji usługi (4.992,77 zł – w przypadku zatrudnienia siedmiu osób niepełnosprawnych, a 6.342,77 zł – w przypadku zatrudnienia dziesięciu osób niepełnosprawnych) zamierza pokryć koszty środków czystości i zysk przedsiębiorstwa,

- ☐ wskazał: „(...) realizuje wiele zamówień na usługi sprzątnia w obiektach użyteczności publicznej, między innymi także przedmiot tego postępowania, co daje nam dużą wiedzę i pozwala racjonalnie wykonać przedmiotową usługę oraz zaopatrzyć w środki chemiczne i czystościowe w sposób należyty, czego dowodem jest brak kar w realizowanym obecnie kontrakcie dla zamawiającego. ”

W ocenie odwołującego złożone przez Lares wyjaśnienia z 5 października 2017 r. potwierdzają, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena za realizację zamówienia na charakter rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2017 r. Lares powinien był przedstawić kompleksowe, wyczerpujące, konkretne i poparte dowodami wyjaśnienia świadczące o tym, że cena jego oferty nie jest rażąco niska – w treści wezwania zamawiający wprost wskazał, że oczekuje od wykonawcy

„(...) złożenia wyjaśnień i

przedłożenia dowodów, że cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska”.

KIO 2217/17 6

Stwierdził, że zamawiający w treści wezwania nie wskazał konkretnie wszystkich elementów ceny oferty, które powinny podlegać wyjaśnieniu, co jednak nie zwalniało wykonawcy od obowiązku złożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz dowodów potwierdzających zawarte w niej stawki, które mogłyby podlegać ocenie zamawiającego i innych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że Lares pomimo, że miał taki obowiązek nie przedstawił szczegółowej kalkulacji ceny oferty, a jedynie ograniczył się w treści wyjaśnień do przedstawienia wyliczenia kosztów pracy, opierając swoje wyliczenia na niepopartym żadnymi dowodami założeniu, że w celu realizacji zamówienia zatrudni od 7 do 10 osób o lekkim stopniu niepełnosprawności. Podniósł, że twierdzenie Lares pozostało gołosłowne.

Stanął na stanowisku, że już z samego faktu, że wykonawca na etapie kalkulacji ceny operuje pewnym zakresem osób niepełnosprawnych, które – jego zdaniem – uda mu się zatrudnić w celu realizacji zamówienia, wskazuje na to, że ma to wyłącznie charakter pewnego założenia, możliwości, która nie ma charakteru pewnego.

Stwierdził, że przyznanie dofinansowania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2046, dalej „u.r.z.o.n.”) nie ma charakteru automatycznego, w szczególności zgodnie z art. 26a ust. 1a u.r.z.o.n. miesięczne dofinansowanie nie przysługuje pracodawcy zatrudniającemu co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i nieosiągającemu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Lares w treści wyjaśnień w żaden sposób nie wykazał, że taka okoliczność nie zachodzi w stosunku do jego przedsiębiorstwa, przede wszystkim jednak nie wykazał, że rzeczywiście zatrudnia od 7 do 10 osób o lekkim stopniu niepełnosprawności, a także że uzyskuje w stosunku do tych osób zakładane na etapie kalkulacji ceny oferty dofinansowanie.

Zdaniem odwołującego w celu wykazania tych okoliczności wykonawca powinien był załączyć do wyjaśnień co najmniej listę pracowników będących osobami niepełnosprawnymi, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia wraz z dowodami, że te osoby są przez niego faktycznie zatrudniane oraz – na dowód otrzymywania dofinansowania z PFRON – wygenerowane ze strony <http://www.sod.pfron.org.pl> wnioski o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych oraz miesięczne informacje o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych.

Uzupełnił, że szczegółowe zasady ubiegania się o przyznanie dofinansowania, zasady dotyczące jego wypłaty oraz dokumenty, które są z tym związane, zostały szczegółowo opisane w u.r.z.o.n. oraz rozporządzeniu z dnia 22 czerwca 2016 roku w

KIO 2217/17 7

(Dz. U. z 2016 r. poz. 951).

Podkreślił, że przepis art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi o już udzielonej pomocy publicznej (do której należy zaliczyć otrzymywane przez przedsiębiorców dofinansowanie z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych), a nie tej, która ma jedynie charakter potencjalny.

Staął na stanowisku, że odrębną okolicznością świadczącą o tym, że przedstawiona przez Lares kalkulacja kosztów pracy została sporządzona nieprawidłowo, jest fakt, że w cenę swojej oferty Lares nie wliczył żadnych kosztów związanych z wykonywaniem przez pracowników czynności objętych zamówieniem w porze nocnej (sprzątanie po godzinach pracy zamawiającego) – wskazał, że zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia wykonawca ma prawo rozpocząć sprzątanie obiektu nie wcześniej niż o godz. 16:15, a w poniedziałki nie wcześniej niż o godz. 18:15.

Podniósł, że fakt wykonywania przez pracowników Lares usługi w porze nocnej jest istotny ze względu na fakt, że powinien on być uwzględniony w kalkulacji kosztów pracy konieczność wypłaty pracownikom za każdą godzinę pracy wykonywanej w porze nocnej dodatku w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę; minimalne koszty, które będą ponoszone przez Lares z tego tytułu (przy założeniu, że 14 pracowników będzie świadczyło pracę w porze nocnej), stanowi kwotę 3.349,80 zł (miesięcznie), co wynika z następujących założeń:

1. pora nocna – od godz. 21:00 do godz. 7:00
2. koszt jednej roboczogodziny – 14,25 zł
3. wysokość dodatku za pracę w porze nocnej – 2,85 zł
4. ilość godzin pracy w porze nocnej w poniedziałek (możliwość sprzątnia od godz. 18:15) – 5,3 godziny
5. ilość godzin pracy w porze nocnej od wtorku do piątku (możliwość sprzątnia od godz. 16:15) – 3,5 godziny

koszt dla jednego pracownika 6. w skali jednego miesiąca – 239,27 zł.

Podał, że w swoich wyjaśnieniach Lares nie odniósł się do pozostałych kosztów realizacji zamówienia, stwierdzając jedynie ogólnikowo, że w zakresie pozostałej po odjęciu miesięcznych kosztów pracy kosztów (kwocie 4.992,77 zł lub 6.342,77 zł) uwzględnił wszystkie pozostałe koszty realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego Lares w treści wyjaśnień powinien był w sposób konkretny i rzeczowy przedstawić wszystkie składniki ceny oferty, na które – poza kosztami pracy – składają się co najmniej:

- (1) koszt dostawy i użycia środków czystości, chemicznych i higienicznych

8 KIO2217/17

-
- (2) koszt eksploatacji i zużycia sprzętu
 - (3) koszty paliwa
 - (4) koszty ogólnozakładowe
 - (5) koszt najmu pomieszczenia gospodarczego
 - (6) koszty odzieży ochronnej dla pracowników
 - (7) koszty transportu – dojazdu do miejsca świadczenia usługi.

Odwołujący wskazał, że spośród w/w elementów ceny Lares w treści wyjaśnień podał jedynie (w odpowiedzi na kolejne wezwanie zamawiającego), że z tytułu kosztów dostawy i użycia środków czystości, chemicznych i higienicznych przewidział miesięczny koszt w wysokości 1.294 zł.

Odwołujący podniósł, że wskazana kwota jest zbyt mała w celu prawidłowego wykonania usługi w obiekcie, który jest przedmiotem części I zamówienia i oświadczył, że realizuje u zamawiającego usługę, której przedmiotem jest utrzymanie porządku i czystości Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 82 (II część zamówienia), wyjaśnił, że oba obiekty (przy ul. Czerniakowskiej oraz przy ul. mają stanowią siedzibę Marszałkowskiej) analogiczny charakter: komórek organizacyjnych sądu, są eksploatowane w taki sam sposób oraz cechują się bardzo zbliżoną liczbą interesantów.

Podał, że średni koszt zakupu w/w środków wyliczony na podstawie faktury zakupu za miesiące lipiec, sierpień i wrzesień stanowił kwotę 3.435,06 zł (środki higieniczne – 2.701,58 zł, środki chemiczne – 733,48 zł), co przekłada się na stawkę 0,40 zł/1m²

powierzchni wewnętrznej.

Zestawiając wyliczoną stawkę z powierzchnią wewnętrzną obiektu przy ul. Czerniakowskiej (12.642,79 m²) wskazał, że średni miesięczny koszt dostawy i zakupu środków czystości, chemicznych i higienicznych stanowi kwotę 5.126,93 zł, wobec czego wskazana przez Lares w wyjaśnieniach kwota 1.294 zł/miesiąc jest zdecydowanie zbyt mała, aby świadczyć usługę zgodnie z potrzebami zamawiającemu. Uzupełnił, że w/w stawki nie obejmują również kosztów związanych z wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia praniem wykładzin (do 1.500 m²) i tapicerek (do 150 szt.)

Podniósł, że w treści wyjaśnień Lares w żaden sposób nie odniósł się do kosztów, które będą związane z odśnieżaniem oraz usuwaniem lodu z terenów zewnętrznych obiektu i stwierdził, że Lares w cenie swojej oferty nie uwzględnił żadnych kosztów zakupu służących do tego środków.

Podał, że wyliczył zapotrzebowanie na służącą do usuwania lodu sól na podstawie kosztów poniesionych przy realizacji usługi, którą świadczy na rzecz Ministerstwa Skarbu KIO 2217/17 9

Państwa (obecnie w likwidacji) – z posiadanych przez odwołującego faktur VAT wynika, że średni koszt zakupu soli w obiekcie o powierzchni zewnętrznej 3.631 m² wynosi 865 zł, co w przeliczeniu na powierzchnię zewnętrzną obiektu przy ul. Czerniakowskiej stanowi kwotę 103,12 zł/miesiąc.

Wskazał, że zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga posiadania i używania przez wybranego wykonawcę sprzętu: odkurzaczy przemysłowych dla osób sprząających na sucho; odkurzaczy przemysłowych do sprzątania na mokro; profesjonalnego wózka serwisowego dla każdej osoby sprząającej; urządzeń do pielęgnacji posadzek, w tym: profesjonalnych zmywarek do czyszczenia posadzek kamiennych (co najmniej 1), szorowarki jednotarczowej (co najmniej 1), polerki wysokoobrotowej (co najmniej 1); profesjonalnej odśnieżarki spalinowej; kosiarki.

Podniósł, że z treści wyjaśnień Lares wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił w cenie oferty żadnych kosztów związanych z eksploatacją oraz amortyzacją sprzętu, który będzie konieczny do realizacji usługi.

Zwrócił uwagę, że zamawiający wymaga używania sprzętu o napędzie spalinowym (odśnieżarki i kosiarki), co skutkuje koniecznością wliczenia w cenę oferty kosztów zakupu paliwa, a dodatkowo – ze względu na to, że do realizacji zamówienia wykonawca będzie potrzebował samochodu ciężarowego (do wywożenia śniegu i lodu poza teren obiektu) – cena oferty powinna również obejmować koszty jego eksploatacji oraz koszty paliwa, a takich informacji brak w wyjaśnieniach Lares.

Podał, że minimalne miesięczne koszty zakupu paliwa stanowią (w przypadku tego zamówienia) kwotę 522,91 zł.

Podniósł, że żadne ze złożonych wyjaśnień nie wskazują również na to, by Lares uwzględnił w cenie oferty koszty zapewnienia pracownikom odzieży ochronnej, kosztów transportu pracowników i sprzętu na miejsce świadczenia usługi pomimo, że wykonawca ten złożył takie zapewnienie w treści formularza ofertowego.

Stwierdził, że zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia wykonawca powinien również uwzględnić w cenie oferty koszty najmu od zamawiającego pomieszczenia gospodarczego do przechowywania drobnego sprzętu, korzystania z ujęcia ciepłej i zimnej wody oraz z energii elektrycznej w wysokości 300 zł brutto za miesiąc – Lares nie wykazał, że taki koszt został przez niego uwzględniony w cenie oferty, treść wyjaśnień nie zawiera również żadnych informacji wskazujących na to, że wykonawca przewidział w swojej cenie jakiegokolwiek koszty ogólnozakładowe swojego przedsiębiorstwa (choćby z minimalnej wysokości), przy czym nie ulega wątpliwości, że takie koszty są przez niego ponoszone, co wynika choćby

KIO 2217/17 10

z faktu posiadania biura oraz zatrudniania zarządu i pracowników o charakterze administracyjnym.

Podsumował, że treść złożonych wyjaśnień nie daje podstaw uznania, że wykonawca

Lares wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, przeciwnie wyjaśnienia te wprost potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena ma taki charakter.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2455/16, zgodnie z którym: „Izba ustaliła, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 19 października 2016 r. są niewystarczające: zawarto je na dwóch stronach, które nie wskazują na żadne zobiektywizowane, a równocześnie poparte dowodami okoliczności, pozwalające na ustalenie, że cenę zaoferowano na odpowiednim poziomie. Wobec tego wyjaśnienia nie można uznać za nic innego, jak tylko rozbić ceny ofertowej na poszczególne składniki. Takie działanie nie może być uznane za wystarczające wyjaśnienia, ponieważ wskazane w ten sposób kwoty cząstkowe nie są poparte żadnymi dowodami. Nie udowodniono zatrudniania wyłącznie osób niepełnosprawnych na umowę o pracę, wysokości kosztów administracyjnych, ani podstaw do wyliczenia średniego miesięcznego zużycia środków czystości. Okoliczności, na które powołuje się Wykonawca, powinny być udowodnione za pomocą dowolnych środków dowodowych - ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór w tym zakresie. W ocenie Izby nie ma znaczenia, że ten właśnie Wykonawca obecnie realizuje umowę u Zamawiającego i Zamawiający zna jego sytuację. Gdyby zaakceptować taki pogląd, to wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny byłoby wyłącznie pozbawioną znaczenia formalnością. Wykonawca powinien odpowiedzieć na wezwanie w sposób pełny i wyczerpujący. Choć kompletność wyjaśnień ocenia się każdorazowo w okolicznościach danej sprawy, to jednak powinny one zawierać opis takich zobiektywizowanych okoliczności, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować ich prawdziwość. Analiza wyjaśnień ma umożliwić ocenę, czy doszło do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim, przede wszystkim Zamawiającemu, ale również - ze względu na zasadę transparentności postępowania - wykonawcom, którzy złożyli oferty droższe”.

Podkreślił, że zamawiający w treści wezwań wprost wskazał, że oczekuje przedstawienia konkretnych dowodów, które potwierdzą treść wyjaśnień.

Podał, że zgodnie z orzecznictwem KIO obowiązek złożenia dowodów, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przede wszystkim sytuacji, w których te dowody istnieją, tj. mogą być obiektywnie pozyskane przez wykonawcę (KIO 2180/15), tym samym –

Uznał odwołujący – choć Lares nie miał obowiązku składania dowodów na potwierdzenie tej części wyliczeń, które dotyczyły kosztów pracy, gdyż ich wysokość wynika KIO 2217/17 11

z przepisów prawa (z zastrzeżeniem, że powinien to zrobić w tym zakresie, w jakim powoływał się na zamiar zatrudnienia osób niepełnosprawnych), to miał jednak obowiązek wykazania zamawiającemu, że pozostałe koszty, które złożyły się na ostateczną cenę oferty, mają charakter rzeczywisty i zostały skalkulowane na podstawie realnych, rynkowych stawek; nie przedłożył jednak na te okoliczności żadnych dowodów.

Odwołujący wskazał, że uzasadniając sposób wyliczenia ceny oferty w treści wyjaśnień z dnia 5 października 2017 roku Lares powołał się m.in. na posiadane przez siebie doświadczenia, nie wskazał jednak w jaki sposób wpłynęło ono na wysokość ceny (wyrok KIO 1058/15 z dnia 8 czerwca 2015 roku, w którym Izba stwierdziła, że samo powołanie się na posiadane doświadczenie w wyjaśnieniach dotyczących elementów ceny jest niewystarczające: „Izba zauważyła, że wszelkie wskazane w treści wyjaśnień okoliczności nie tylko nie zostały poparte dowodami, ale są powszechne w branży budowlanej. Co więcej, Odwołujący nie udowodnił zaistnienia tych okoliczności, nie wykazał w żaden sposób oszczędności, jakie ponosi na konkretnych okolicznościach. (...) Dodatkowo [Odwołujący] nie wykazał, jak dokładnie przekłada się na cenę zaoferowaną okoliczność, że Wykonawca posiada duże doświadczenie w realizacji zamówień.”).

Ocenił, że całość wyjaśnień Lares ma charakter lakoniczny i ogólnikowy, oderwany od wskazywania konkretnych stawek i cen, co z kolei umożliwiłoby weryfikację zasadności wyliczenia zamawiającemu oraz pozostałym wykonawcom, w tym odwołującemu.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 roku o sygn. akt KIO 373/17, zgodnie z którym: „W nawiązaniu do powyższego Izba wyjaśnia, że zaniechanie realizacji obowiązku przedstawienia dowodów w postępowaniu wyjaśniającym nie może być następnie sanowane w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek przepis art. 190 ust 1a pkt 1 Pzp wskazuje, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej

ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym niemniej realizacja prawa do obrony w postępowaniu odwoławczym nie może stać w sprzeczności z obowiązkiem aktywnego udziału wykonawcy w wyjaśnieniu prawidłowości skalkulowania ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ergo, co do zasady, wykonawca nie może dopiero w postępowaniu przed Izbą przedstawiać dowodów na to, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, które mogły i powinny być złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. W związku z przywołanym przepisem nasuwa się również wniosek, że obowiązkiem wnoszącego odwołanie jest jedynie uprawdopodobnienie, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę, bowiem ciężar dowodu przeciwnego spoczywa na uczestniku postępowania, którego oferty zarzut odwołania dotyczy. Istotne jest również, że wyjaśnienia ceny oferty powinny być aktualne na moment jej składania, a także dotyczyć rzeczywistych podstaw określenia ceny. Z kolei w postępowaniu odwoławczym wykonawca

KIO 2217/17 12

winien bronić ich zasadności, przez co posługiwanie się argumentami dotyczącymi czynników nie branych pod uwagę przy określeniu ceny oferty, czy też deklarowanie zmiany przedstawionych zamawiającemu założeń nie zasługuje na aprobatę. Działania takie należy oceniać negatywnie, jako rzutujące na prawidłowość i rzetelność skalkulowania badanej ceny”.

Zdaniem odwołującego również zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom wykonawcy w tej części, w której ten powołał się na niepoparty żadnymi dokumentami zamiar zatrudnienia od 7 do 10 osób o lekkim stopniu niepełnosprawności – świadczy o tym treść uzasadnienia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym zamawiający wskazał, że koszty zatrudniania przez Lares 17 pracowników w skali jednego miesiąca będą stanowiły kwotę 40.721,80 zł.

Stwierdził, że pozostała po odjęciu tych kosztów część ceny oferty (za miesiąc świadczenia usługi) – kwota 18.22,37 zł – jest niewystarczająca do uznania, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszelkie niezbędne koszty realizacji zamówienia.

Stwierdził także, że rzeczywiste minimalne miesięczne koszty realizacji zamówienia, które będzie miał obowiązek ponosić wykonawca Lares kształtują się następująco:

1. 40.721,80 zł – koszt zatrudnienia pracowników (przy założeniu zatrudnienia 17 osób w pełnym wymiarze czasu prac)
2. 5.126,93 zł – koszty zakupu środków czystości, chemicznych i higienicznych
3. 103,12 zł – koszty zakupu środków do usuwania śniegu i lodu
4. 522,91 zł – koszty zakupu paliwa do wywozu śniegu i lodu oraz odśnieżania i koszenia trawy
5. 300 zł – miesięczny koszt wynajmu pomieszczenia gospodarczego, korzystania z wody i prądu.

Podał na powyższej podstawie, że same minimalne koszty realizacji usługi przekraczają kwotę miesięcznej Lares (42.544,17 zł) o kwotę 4.230,59 zł, zastrzegając że powyższe wartości nie uwzględniają kosztów związanych z wykonywaniem przez pracowników sprzątaniami w porze nocnej, kosztów eksploatacji i amortyzacji sprzętu, kosztów zapewnienia pracownikom odzieży ochronnej, kosztów ogólnozakładowych przedsiębiorstwa wykonawcy oraz zysku z tytułu realizacji zamówienia, wobec czego ostateczna cena oferty tego wykonawcy powinna być jeszcze wyższa.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający bezpodstawnie powtórnie

KIO 2217/17 13

wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, ponieważ wykonawca Lares miał obowiązek złożenia wszelkich dowodów i wyjaśnień świadczących o tym, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2017 roku. Powołał się na wyrok zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 2025/14, zgodnie z którym:

„Ponowienie wezwania nie może stanowić ”ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca

składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.”

Stwierdził, że wykonawca Lares miał szansę i obowiązek złożyć kompleksowe, odnoszące się do wszystkich składników ceny oferty do 5 października 2017 r., czego nie uczynił.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doręczonej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez zamawiającego w dniu 30 października 2017 roku w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z tego samego dnia, w tym: oferty wykonawcy Lares, wezwań tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień kierowanych przez zamawiającego przy pismach z dnia: 29 września 2017 roku oraz z dnia

9 października 2017 roku, Pism wykonawcy Lares z dnia: 4 października 2017 roku oraz z dnia 10 października 2017 roku, stanowiących odpowiedzi na wezwania zamawiającego, Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 października 2017 roku, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 7 listopada 2017 roku), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia KIO 2217/17 14

szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lares dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut wystosowania do wykonawcy Lares powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2017 roku wykonawca ten powinien był w sposób kompleksowy i poparty dowodami wyjaśnić wszystkie składniki ceny oferty, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, potwierdził się częściowo (brak wyjaśnień w zakresie elementu ceny – wynagrodzenia).

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 29 września 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę Lares, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów, że cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska. Wykonawca musi wyjaśnić w jaki sposób dokonał obliczenia wynagrodzenia za jedną osobę zatrudnioną na podstawie umowy o prace z wyszczególnieniem wszystkich składników kosztów pracodawcy. Proszę o przedstawienie kalkulacji wyliczenia wartości wynagrodzenia pracownika i wszystkich składników kosztów pracodawcy wg stawek procentowych i kwotowych oraz metodykę obliczeń. Jeżeli wykonawca posiada indywidualną decyzję organu ZUS dot. wysokości składki na ubezpieczenie wypadkowe proszę o wskazanie stawki (procentowo i kwotowo) oraz załączenie dokumentu potwierdzającego możliwość korzystania z obniżonej stawki na ubezpieczenie wypadkowe. Jeżeli Wykonawca korzysta z innych ulg lub dotacji mających

wpływ na kalkulację ceny wynagrodzenia pracownika musi złożyć dokumenty potwierdzające otrzymanie ulg lub dotacji, wykazać jaki miały wpływ na kalkulację ceny”, wyznaczając termin do dnia 5 października 2017 roku godz. 12:00.

Wykonawca Lares, w piśmie z dnia 4 października 2017 roku (wpływ do zamawiającego w dniu 5 października 2017 roku godz. 9:25) oświadczył: „Zgodnie z treścią oferty do realizacji zamówienia zamierzamy zatrudnić łącznie 17 osób w pełnym wymiarze KIO 2217/17 15

czasu pracy 17 etatów x 2394,20 zł (przy obowiązującej stopie procentowej na ubezpieczenie wypadkowe 0.9%-załącznik nr 1) co daje nam koszt 40701,40 zł, z czego 8-10 osób będą to osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu lekkim, na które otrzymamy dofinansowanie z PFRON w wysokości 450,00 zł na każdą osobę. W przypadku 7 osób będzie to kwota 3150,00 zł, a dla 10 osób 4500,00 zł. Składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu nasza firma za realizację w/w zamówienia zaproponowała kwotę 42 544,17 zł netto. Zakładając zatrudnienie najniższej planowanej liczby osób niepełnosprawnych czyli 7 osób, po zapłaceniu wynagrodzeń i pochodnych pozostanie jeszcze do naszej dyspozycji kwota 4992,77 zł a w przypadku 10 osób kwota 6342,77 zł, która pokryje koszty środków czystości i zysk firmy.”

Wskazał – odwołując się do „informacji z oceny ofert” pochodzącej od zamawiającego – że druga w kolejności firma złożyła ofertę w bardzo zbliżonej wysokości, co w ocenie wykonawcy Lares zasadnym czyniło wniosek, iż wyliczone przez wykonawcę Lares koszty realizacji zamówienia są bardzo zbliżone do panujących obecnie na rynku cen za usługi sprzątania.

Dodatkowo powołał się na realizację wielu zamówień na usługi sprzątania w obiektach użyteczności publicznej, „między innymi na przedmiot tego postępowania”, wskazując że pozwala mu to na racjonalne i oszczędne wykonywanie usługi oraz zaopatrywanie się w środki chemiczne i czystościowe w sposób należyty, „czego dowodem jest brak kar w realizowanym obecnie kontrakcie dla zamawiającego”.

Do ww. pisma wykonawca Lares załączył tabelę „Koszt minimalnego wynagrodzenia w 2017r.”, w której podał kwoty w kolumnach: Wynagrodzenie brutto – 2 000,00 zł, Składki ZUS – 274,20 zł, Wynagrodzenie brutto minus składki ZUS – 1 725,80 zł, Koszty uzyskania przychodu – 111,25 zł, Podstawa opodatkowania – 1 615,00 zł, Ulga podatkowa – 46,33 zł, Ubezpieczenie zdrowotne – 155,32 zł, Podatek – 111,00 zł, Wynagrodzenie netto – 1 459,48 zł, Składki ZUS pracodawcy – 394,20 zł, Koszt całkowity – 2 394,20 zł.

Żadnych innych załączników wykonawca Lares nie złożył.

Pismem z dnia 9 października 2017 roku, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Lares „do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazania ilości, rodzaju i wartości środków chemicznych i czystościowych (papier toaletowy, ręczniki papierowe, środki czyszczące itp.) jakie Wykonawca w kalkulował w cenę ofertową wykonania przedmiotowego zamówienia tj. ceny zakupu przez wykonawcę tych środków w okresie jednego miesiąca. Zamawiający oczekuje zestawienia asortymentowo-ilościowo-wartościowego.”, termin do dnia wyznaczając 11 października 2017 roku godz. 12:00.

KIO 2217/17 16

W piśmie z dnia 10 października 2017 roku (wpływ do zamawiającego w dniu 11 października 2017 roku godz. 11:30) wykonawca Lares ujął tabelę – zestawienie asortymentowo-ilościowo-wartościowe dla czterech pozycji: ręczniki typu ZZ, mydło, papier toaletowy oraz „środki czyszczące w formie koncentratów i drobny sprzęt sprząający”.

Dodatkowo oświadczył: „posiadamy własny sprzęt potrzebny do realizacji zamówienia to jest: maszyny szorujące, odśnieżarki, odkurzacze, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem bądź zakupem sprzętu.”

Załączył także „Zawiadomienie o wysokości obowiązującej stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe”, opatrując to komentarzem: „W uzupełnieniu wyjaśnień z dnia

4 października 2017”.

Zawiadomienie ZUS nosi datę 19 marca 2017 roku (adresatem jest wykonawca Lares).

Żadnych innych załączników wykonawca Lares nie złożył.

Pismem z dnia 12 października 2017 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze (w części I zamówienia) jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lares.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Analizując treść wezwania zamawiającego z dnia 29 września 2017 roku w pierwszej kolejności nasuwa się wątpliwość, czy zamawiający oczekiwał wyjaśnień co do całości ceny ofertowej, czy jedynie co do elementu tej ceny, tj. co do wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Z jednej bowiem strony zamawiający wskazał ogólnie, w jednym zdaniu, że oczekuje „złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów, że cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przedstawiłona w ofercie nie jest rażąco niska”, z drugiej strony wskazał, precyzując, że „Wykonawca musi wyjaśnić w jaki sposób dokonał obliczenia wynagrodzenia za jedną osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę z wyszczególnieniem wszystkich składników kosztów pracodawcy”, precyzując dalsze oczekiwanie w tym zakresie, w tym co do załączenia dokumentu potwierdzającego możliwość korzystania z obniżonej stawki na ubezpieczenie wypadkowe” (o ile wykonawca posiada indywidualną decyzję organu ZUS) – co skłaniałoby do wniosku, że wątpliwości zamawiającego dotyczą „jedynie” elementu ceny, tj. wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

W ocenie składu orzekającego treść wezwania z dnia 29 września 2017 roku nie była wystarczająco jasna.

KIO 2217/17 17

Uwzględniając fakt, że jedynie w odniesieniu do elementu ceny, tj. co do wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania oraz uwzględniając przyjęty w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że niejasności (wywołane działaniem zamawiającego – tu: w postaci sformułowania treści wezwania) nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wykonawca Lares w związku wezwaniem z dnia 29 września 2017 roku był zobowiązany do złożenia „jednie” wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Uwzględniając w dalszej kolejności brzmienie 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 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.”

stwierdzić należy ponad wszelką wątpliwość, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy Lares, pismem z dnia 29 września 2017 roku, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów bezsprzecznie oznacza, że zamawiającemu co najmniej istotna część składowa w ofercie wykonawcy Lares (wynagrodzenia) wydała się rażąco niska w stosunku

do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Z treści wezwania zamawiającego wynika także jednoznacznie, że wykonawca Lares – o ile posiada on indywidualną decyzję organu ZUS dotyczącą wysokości składki na ubezpieczenie wypadkowe – miał obowiązek załączenie takiej decyzji jako dokumentu na potwierdzenie możliwości korzystania z obniżonej stawki na ubezpieczenie wypadkowe.

KIO 2217/17 18

Bezsprzecznie wykonawca Lares w dacie wezwania z 29 września 2017 roku taką decyzję posiadał (skoro decyzja jest z dnia 19 marca 2017 roku) i powinien złożyć ją, zgodnie z ciążącym na nim na podstawie przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp („Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”) obowiązkiem oraz żądaniem zamawiającego z dnia 29 września 2017 roku

w terminie do

dnia

5 października 2017 roku, czego nie uczynił, a z czego wykonawca Lares zdał sobie sprawę najpóźniej w dniu 10 października 2017 roku (wykonawca Lares oświadczył wówczas, że załącza decyzję „w uzupełnieniu wyjaśnień z dnia 4 października 2017”).

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem 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.”

Fakt, że wykonawca Lares, wbrew żądaniu zamawiającego i spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu, nie złożył zamawiającemu decyzji z dnia 19 marca 2017 roku w terminie do dnia 5 października 2017 roku oznacza, że wykonawca ten nie złożył w istocie adekwatnych do żądania zamawiającego wyjaśnień, popartych wskazanym dowodem, co przesądza o konieczności uznania, że ofertę tego wykonawcy zamawiający zobowiązany był odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Lares pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia, które zostały udzielone przez tego wykonawcę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby wskazuje, o czym była mowa powyżej, że obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty wykonawcy Lares na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z tego powodu, że wykonawca ten nie złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 29 września 2017 roku wyjaśnień potwierdzonych decyzją ZUS, wobec czego dalsze badanie, czy oferta wykonawcy Lares zawiera cenę rażąco niską przy braku ww. wyjaśnień staje się i bezcelowe, a i niemożliwe. Niemożliwe jest bowiem kontynuowanie badania oceny oferty wykonawcy Lares pod kątem jej rażąco niskiego charakteru przy braku możliwości stwierdzenia zasadności przyjętych założeń co do wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy koszty środków czystości oraz wysokość zysku były wyjaśniane przez wykonawcę Lares jako „pozostałość” założeń dotyczących wynagrodzenia („Zakładając zatrudnienie najniższej planowanej liczby osób

KIO 2217/17 19

niepełnosprawnych czyli 7 osób, po zapłaceniu wynagrodzeń i pochodnych pozostanie jeszcze do naszej dyspozycji kwota 4992,77 zł a w przypadku 10 osób kwota 6342,77 zł, która pokryje koszty środków czystości i zysk firmy.”)

W tym stanie rzeczy za bezprzedmiotowe skład orzekający Izby uznał dokumenty złożone przez odwołującego na posiedzeniu (w tym: faktury, dokumenty WZ,

wycena

własna).

Ponieważ zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Lares na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczących wynagrodzeń osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę potwierdził się skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji,

nakazując zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Lares w ramach ponowienia czynności badania i oceny ofert w części I zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, ze zm.).

Przewodniczący

KIO 2217/17 20