Sygn. akt: KIO 47/15
Sygn. akt: KIO 60/15
Sygn. akt: KIO 81/15

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 26 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin, sygn. akt: KIO 47/15,**
B. w dniu 10 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, sygn. akt: KIO 60/15,**
C. w dniu 14 stycznia 2015 r. przez wykonawcę/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań sygn. akt: KIO 81/15;**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o., CS „Company" Sp. z o.o. Sp. K., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp. K. , DC System „Company" Sp. z o.o. Sp. K, ul.** Ślężna

---

118, 53-111 Wrocław zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO 47/15** po stronie zamawiającego oraz o **sygn. akt: KIO 60/15** po stronie zamawiającego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., DGP Clean Partner Sp. z o. o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 47/15 po stronie zamawiającego
C. wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO 81/15** po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin, sygn. akt: KIO 47/15, Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, sygn. akt: KIO 60/15 oraz sygn. akt KIO 81/15 i:**
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin, sygn. akt: KIO 47/15, Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, sygn. akt: KIO 60/15 oraz sygn. akt KIO 81/15** tytułem wpisów od odwołań;
2.2. zasądza od **Zakładu Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin, sygn. akt: KIO 47/15** na rzecz **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o., CS „Company" Sp. z o.o. Sp. K., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp. K. ,**

DC System „Company" Sp. z o.o. Sp. K, ul. Ślężna **118, 53-111 Wrocław** kwotę **4 278 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika i dojazdu na posiedzenie w sprawie sygn. akt KIO 47/15;

2.3. zasądza od **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań** na rzecz **Zakładu Sprzątania Wnętrz – A. N., ul. 5 lipca 4/12, 70-374 Szczecin kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 81/15;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt: KIO 47/15
Sygn. akt: KIO 60/15
Sygn. akt: KIO 81/15

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, 70-111 Szczecin, Al. Powstańców Wielkopolskich nr 72 (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości i prawidłowym stanie sanitarno - higienicznym pomieszczeń wewnątrz budynków wraz z terenem zewnętrznym i pielęgnację terenów zielonych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 2 PUM przy Al. Powstańców Wielkopolskich 72 w Szczecinie" Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014-147667

Sygn. akt KIO 47/15
ODWOŁUJĄCY: A. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Sprzątania Wnętrz-A. N., ul. 5 lipca 4/12 w Szczecinie wniósł odwołane od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.
Rozstrzygnięciu Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt 4, art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3 PZP poprzez: dokonanie wyboru oferty Konsorcjum: IMPEL CLEANING Sp. z o. o., CS "Company" Sp. z o. o. Sp. K., HOSPITAL SERWICE "Company" Sp. z o. o. Sp. K., DC System "Company" Sp. z o. o. Sp. K. adres do doręczeń: ul. Marsa 56 A, 04- 242 Warszawa (dalej jako Konsorcjum nr 1) pomimo, że wykonawca ten nie skalkulował ceny oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ i w konsekwencji, cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ;
- zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 1 do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 1 PZP;
- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum nr 1 jako niezgodnej z SIWZ, oraz ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zaniechanie wezwania Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o. o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o. adres do doręczeń: ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań (dalej jako Konsorcjum nr 2) do złożenia

wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 1 PZP;
- zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum nr 2 jako niezgodnej z SIWZ, oraz ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zaniechanie wezwania Konsorcjum nr 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia wystawionego przez MW- DIAS spółka akcyjna w Ostrawie, co do realnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji niniejszego zamówienia;
- zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., DGP Clean Partner Sp. z o. o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia.
Żądanie odwołania:
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum: IMPEL CLEANING Sp. z o. o., CS "Company" Sp. z o. o. Sp. K., HOSPITAL SERWICE "Company" Sp. z o. o. Sp. K., DC System "Company" Sp. Z o.o. Sp. K.;
2. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez:
uznanie, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza zaś oferty Konsorcjum nr 1 i Konsorcjum nr 2 winny zostać odrzucone jako niezgodne z SIWZ, oraz ze względu na to, że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; ponadto poprzez uznanie, że Konsorcjum nr 2 powinno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia; ewentualnie poprzez nakazanie Zamawiającemu:
wezwania Konsorcjum nr 1 i Konsorcjum nr 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 1 PZP;
- wezwania Konsorcjum nr 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia wystawionego przez MW-DIAS spółka akcyjna w Ostrawie, co do realnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji niniejszego zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 PZP.
Ponadto, w oparciu o przepisy art. 190 ust. 1 i ust. 3 PZP wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentu w postaci oferty firmy „TIMKO" na podstawie której w dniu 14.02.2014 r. określił szacunkową wartość zamówienia (zgodnie z treścią protokołu postępowania] oraz o dopuszczenie przedmiotowego dokumentu w charakterze dowodu na okoliczność sposobu ustalania przez Zamawiającego wartości szacunkowej

przedmiotu zamówienia, czynników cenotwórczych jakie Zamawiający wziął pod uwagę a szczególności, czy dla określenia zakładanych kosztów pracy personelu przyjęto kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu.
W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący wskazuje, iż zarówno Konsorcjum którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, jak i drugie w kolejności Konsorcjum skalkulowały cenę oferty w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ - w szczególności - z zapisami Rozdziału I Pkt XVII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) nie uwzględniając wszystkich wymaganych przez Zamawiającego czynników cenotwórczych. Oferty przytoczonych wykonawców nie uwzględniają minimalnych kosztów pracy personelu zaangażowanego do realizacji usługi, co powoduje, że ceny ofert należało uznać za rażąco niskie a przynajmniej - Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami i w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy PZP wystąpić do wykonawców o stosowne wyjaśnienia. Zaniechanie oznacza naruszenie przytoczonych regulacji, jak również art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP na podstawie których oferty powinny zostać odrzucone.
W dalszej części odwołania Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pracy personelu na minimalnym poziomie przy uwzględnieniu zapisów SIWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego udzielnych na złożone zapytania wykonawców.
Zgodnie z Rozdziałem I Pkt XVII SIWZ, Zamawiający wymaga aby ceny ryczałtowe za utrzymanie czystości w poszczególnych strefach higienicznych i na terenach zewnętrznych

były wyliczone w taki sposób, aby obejmowały pełne koszty świadczenia usługi zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ wraz z ilością niezbędnego sprzętu, środków dezynfekcyjnych, środków czystości, materiałów oraz personelu w ilości niezbędnej do należytego zrealizowania usługi.
Wykonawca winien uwzględnić koszty osobowe personelu przejętego od Zamawiającego w trybie art. 23.1 KP w ilości 48 osób. Koszty zatrudnienia osób przejmowanych określa załącznik nr 21 do SIWZ (Ppkt. 3). Cena ryczałtowa w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją zamówienia na warunkach określonych w SIWZ, z wyjątkiem kosztów, które wg SIWZ ponosi Zamawiający. Wykonawca ma obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (Ppkt 4).
UWAGA: Wykonawcy w oparciu o informacje zawarte w SIWZ oraz w oparciu o dokonaną wizję lokalną (o ile uznają dokonanie wizji za potrzebne} zobowiązani są ustalić we własnym zakresie dla potrzeb przygotowania oferty ilości środków dezynfekcyjnych, środków czystości materiałów, sprzęto oraz personelu niezbędnego do należytego zrealizowania przedmiotu

---

zamówienia, z tym, że ilości te nie mogą być mniejsze od określonych przez Zamawiającego w SIWZ.
We wzorze umowy (R. III SIWZ), w § 7 ust. 2 Zamawiający zawarł zapis zgodnie z którym, Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługi stanowiące przedmiot umowy przy pomocy takiej ilości personelu, która zapewni należytą realizację usług, z tym, że dobowa obsada personelu w poszczególnych jednostkach organizacyjnych Szpitala nie może być mniejsza od ilości osób na dobę określonej w SIWZ (Załącznik nr 8 do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia! 1 nie może wynosić mniej niż 150 etatów przeliczeniowych.
Ponadto, na zapytanie nr 114 litera c:
„Dot: projekt umowy paragraf 31 - kary - zatrudnienie mniejszej ilości osób niż minimum wynikające z umowy. Wnoszę o wykreślenie lub modyfikację tego zapisu ponieważ:
- umowa nie wskazuje minimalnej liczby osób,
- personel zatrudniony na podstawie innej umowy niż umowa o pracę nie podpisuje list obecności,
- pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o prace mają prawo korzystać między innymi z urlopu na żądanie, urlopów okolicznościowych i innych uprawnień zgodnie z KP,
- przy zatrudnieniu personelu na podstawie umów cywilnoprawnych mogą również zdarzyć się nieprzewidzialne sytuacje życiowe,
- zatrudnienie nowego pracownika bez względu na charakter umowy przy poszanowaniu zapisów dotyczących wymagań stawianych odnośnie personelu opisanych w siwz jest procesem długotrwałym (wstępne badania lekarskie, szkolenia wstępne, szkolenia stanowiskowe),
Przy modyfikacji tego punktu wnoszę o wprowadzenie zapisu: zmniejszenie obsady personelu przez okres nie większy niż 7 dni w skali miesiąca w sytuacjach uzasadnionych np. choroba, przypadek losowy itp. i zastosowanie kary za brak pełnej obsady personelu powyżej 7 dni z wyłączeniem jednostek gdzie są jednoosobowe obsady."
Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż nie wyraża zgody na zmianę zapisów projektu umowy w proponowanym zakresie. Minimalna ilość osób wskazana jest we wzorze umowy w par 7 pkt. 2 - nie może wynosić mniej niż 150 etatów przeliczeniowych.
W świetle udzielonej odpowiedzi, wykonawcy w cenie oferty winni uwzględnić koszty pracy dla minimum 150 etatów przeliczeniowych oraz ewentualnie przyjąć współczynnik absencji (urlop, choroba) ponieważ zgodnie z zapisami zał. nr 8 do SIWZ wskazana dobowa obsada personelu jest warunkiem bezwzględnym. Odwołujący zwraca uwagę, iż ograniczając ryzyko związane z obciążeniem karami umownymi, związanymi z absencją personelu wykonawca winien zatrudnić przy realizacji zamówienia większą liczbę osób niż wynika to z zał. Nr 8 co jeszcze bardziej podwyższa koszty pracy.

Ponadto, Zamawiający w załącznikach do SIWZ:
a) wskazał średniomiesięczne zapotrzebowanie na worki na odpady (załącznik NR 11);
b) wskazał minimalną ilość sprzętu niezbędnego do wykonywania usługi utrzymania czystości na terenach przyległych wraz z pielęgnacją terenów zielonych (załącznik NR 13);
c) wskazał minimalną ilość sprzętu wymaganego do wykonania usługi wewnątrz budynków -

proponowany sprzęt musi zyskać akceptację Zamawiającego (załącznik Nr 14);
d) w rozdziale II pkt. II Szczegółowy zakres usług - Zamawiający określił wymagania stawiane oferentom w stosunku co do rodzaju wykonywanych czynności oraz określił krotność ich wykonywania;
e) w rozdziale II pkt. VIII Materiały i sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia - precyzyjnie określił wymogi stawiane oferentom co do sposobu wykonania zamówienia;
f) w rozdziale II pkt. IX SIWZ opisał obowiązki wykonawcy dotyczące dezynfekcji a także sprecyzował wymagania odnośnie doboru środków dezynfekcyjnych.
W konsekwencji, jeżeli już same koszty pracy zatrudnionego personelu nie zostały skalkulowane na minimalnym poziomie wynikającym z zapisów SIWZ, to cena oferty nie uwzględnia także wszystkich pozostałych czynników kosztotwórczych, o których mowa wyżej a tym samym ceny za utrzymanie w czystości lm2 w poszczególnych strefach higienicznych zostały skalkulowane niewłaściwie.
Stosownie do znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 PZP (który wszedł w życie w dniu 19 października 2014 r.), jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Pomimo, że ceny Konsorcjum nr 1 i Konsorcjum nr 2 nie są niższe o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to jednak przy uwzględnieniu wszystkich czynników cenotwórczych, zachodziła uzasadniona podstawa dla

uznania ich za rażąco niskie. Zgodzić się należy z opinią UZP: „Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych" zamieszczoną na: http://www.uzp.aov.pl/cmsws/paae/?D:3060, zgodnie z którą „określony w art. 90 ust 1 Pzp próg „30%" stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponieważ zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy zaznaczyć, że bez względu na brak zaistnienia okoliczności przykładowo wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień
Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, ale wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. O tym, czy cena oferty jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.
Nie może natomiast ulegać wątpliwości, iż stosownie do art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP, jednym z podstawowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są koszty pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407

oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Wobec powyższego, niezależnie od wybranego przez wykonawcę stosunku zaangażowania personelu (umowa o pracę czy umowa cywilnoprawna), wartość kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Tymczasem zarówno w przypadku Konsorcjum nr 1 jak i Konsorcjum nr 2, cena oferty wskazuje, że do kalkulacji przyjęto wartość zdecydowanie niższą.
Dla uzasadnienia odwołania Odwołujący w oparciu o SIWZ i poniższe odpowiedzi na pytania dokona prawidłowej kalkulacji minimalnych kosztów wynagrodzenia minimalnej ilości pracowników w przeliczeniu na 150 etatów przeliczeniowych.

Odwołujący cytuje treść zadanych Zamawiającemu pytań oraz jego odpowiedzi, które mają istotne znaczenie dla obliczenia kosztów pracy w przedmiotowym zamówieniu - wraz z komentarzem.
1) pytanie 11 lit. D Czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami w zakresie Ich zatrudnienia lub wynagradzania, które mogą uniemożliwić modyfikację Ich stosunków pracy?
W odpowiedzi Zamawiający podał, że gwarancję w zakresie zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników w okresie przedemerytalnym zawiera kodeks pracy.
2) pytanie 11 lit. E Czy pracownikom wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń. Jeśli tak, to które składniki wynagrodzeń zostały zmienione do dnia Ich przejęcia?
Zamawiający nie wypowiedział pracownikom warunków umowy.
3) pytanie 11 lit. H Czy w okresie trwania niniejszej umowy pracownicy nabędą prawo do wypłaty dodatkowych składników wynagrodzenia? Jeśli tak to prosimy o podanie Ich kwot, liczby osób uprawnionych z podziałem na stanowiska oraz terminy ich wypłat.
Zamawiający udzielił odpowiedzi zgodnie z którą w okresie trwania umowy pracownicy (salowe i sanitariuszki) nabędą prawo do wypłaty dodatkowych składników wynagrodzenia jakimi są: nagroda jubileuszowa i odprawa emerytalna; Liczba osób uprawnionych do nagrody jubileuszowej wraz z jej wysokością to: w 2015 roku(od lutego J - 4 osoby na kwotę 21.368,67zł brutto, w 2016 roku ~ 7 osób na kwotę 28.037f33zł brutto, w 2017 roku - 10 osób na kwotę 42.654,26 zł brutto, w 2018 roku(do stycznia) -1 osoba na kwotę 2.357,34 zł brutto, liczba osób uprawnionych do odpraw emerytalnych to 10, wysokość odpraw emerytalnych Ad. 6a 75.107,37 zł brutto.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: W świetle odpowiedzi na zadanie pytania. Wykonawca w kalkulacji ceny oferty winien uwzględnić przynajmniej wysokość nagród jubileuszowych, które musi wypłacić w 2015 r. i w 2016 r. do momentu ewentualnego wypowiedzenia regulaminów, oraz wysokość odprawy emerytalnej zgodnie z przekazanymi regulaminami a także wysokość odpraw emerytalnych zgodnie z KP.
4) pytanie 11 lit. J Czy wszyscy pracownicy wykonują aktualnie pracę, korzystają z wypoczynkowych, przebywają na zwolnieniach lekarskich, urlopów świadczeniu rehabilitacyjnym, urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym lub bezpłatnym?
Odpowiedź; na 48 pracowników: 3 korzysta z urlopów macierzyńskich, 1 ze świadczenia rehabilitacyjnego, ze zwolnień lekarskich, pozostali pracują.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: W świetle udzielonej odpowiedzi, Wykonawca winien w cenie oferty wliczyć odprawy rentowe dla pracowników przebywających na długoterminowych zwolnieniach lekarskich i świadczeniu rehabilitacyjnym. Powinien także

uwzględnić zatrudnienie pracowników na zastępstwa do czasu ich powrotu do pracy po skończeniu zwolnienia lekarskiego/urlopu macierzyńskiego.
5) pytanie 62 proszę o informację - dla każdego z osobna dotyczące dobowej normy pracy (7h35min czy 8h)?
Zamawiający udzielił odpowiedzi - dobowa norma czasu pracy dla wszystkich osób wynosi 7h 35 min.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: W świetle udzielonej odpowiedzi, wykonawca przynajmniej przez 12 miesięcy do momentu wypowiedzenia regulaminów, zgodnie z art. 23.1 Kp winien uwzględnić dla przejmowanych osób normę czasu pracy 7.35h x 21 dni ~ 154,35 h. Zamawiający w zał. Nr 8 do SIWZ Harmonogram pracy i minimalna dobową

obsada personelu nie uwzględnił obowiązującej normy czasu pracy przejmowanych pracowników. Wskazał w kolumnach 4, 5 i 7 załącznika nr 8 prace od 7-15. 7-19. 19-7. Przyjmując założenie, że pracownicy przejęci pracować będą tylko w godzinach 7- 15 to wykonawca winien zwiększyć zatrudnienie o 3,09 etatu.
Wyliczenie normy czasu pracy:
- 7,35h x 21 dni = 154,35 h - norma czasu pracy pracowników przejmowanych
- 8,00h x 21 dni = 168,00 h - norma czasu pracy pozostałych pracowników
- 168,00h - 154,35 h = 13,65h
Pracownik przejęty do Zamawiającego ma zmniejszoną normę czasu pracy o 13,65 h przez 12 miesięcy zgodnie z art. 23'1 KP.
W świetle udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi odnoście przebywania na lekarskich, i pracowników zwolnieniach urlopach macierzyńskich świadczeniu rehabilitacyjnym należy przyjąć, że z pośród 48 osób pracę świadczyć będzie 38 osób - 48 osób -10 osób = 38 osób (3 osoby na urlopie macierzyńskim, 6 osób na długoterminowych zwolnieniach lekarskich, 1 na świadczeniu rehabilitacyjnym).
Wyliczenie dodatkowych etatów zgodnie z załącznikiem nr 8 do siwz 38 osób świadczących pracę w pełnym wymiarze (154,35h) x 13,65 h (zmniejszona norma czasu pracy) = 518,70h/miesiąc / 168h = 3,09 etatu
6) pytanie 62 do podanego w zał. 21 wysokości wynagrodzenia brutto proszę podać wysokość wynagrodzenia za pracę w czasie nocnym i święta.
Zamawiający udzielił odpowiedzi - średnia wysokość wynagrodzenia brutto za pracę w czasie nocnym i świątecznym dla wszystkich osób za okres od 8/14 do 10/14 wynosi 16.117,46 zł.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: Zatem średni dodatek miesięczny wynosi (16.117.46/ 2 miesiące = 9.818,96 zł/mc)

Zgodnie z § 15 pkt. 2 i 3 Regulaminu wynagradzania obowiązującego u Zamawiającego dodatek za pracę w porze nocnej wynosi 65% godzinowej stawki wynagrodzenia zasadniczego za każdą godzinę wykonywanej pracy w porze nocnej, dodatek za pracę wykonywaną w porze dziennej w niedzielę i święto oraz dni wolne od pracy wynosi 45% godzinowej stawki wynagrodzenia zasadniczego za każdą godzinę.
Zatem wykonawca winien do kalkulacji ceny oferty wliczyć dodatek nocny i świąteczny dla pracowników przejętych w trybie art. 23' KP w wysokości zgodnej z regulaminem wynagradzania.
7) pytanie 62 lit. c czy wśród zatrudnionych osób znajdują się przebywające na długoterminowych zwolnieniach lekarskich? Proszę wymienić ile osób i od kiedy.
Zamawiający udzielił odpowiedzi - wśród pracowników znajdującą się osoby przebywające na długoterminowych zwolnieniach lekarskich: 6 osób od 02.08.2014, 12.09.2014, 5.07.2014, 15.09.2014, 28.08.2014, 19.05.2014 r.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: Zatem w świetle udzielonej odpowiedzi, w przypadku przebywania na dalszym zwolnieniu lekarskim w/w osób po przejęciu zgodnie z art. 23.1 zatrudnienie pracowników na zastępstwo a w przypadku przejścia na rentę - odprawy rentowe dla tych osób i wypłatę ekwiwalentu za niewykorzystany urlop.
Odprawa rentowa zgodnie z § 21 pkt. 3 Regulaminu wynagradzania wynosi:
- do 15 lat pracy - jednomiesięczne wynagrodzenie
- po 15 latach pracy - dwumiesięczne wynagrodzenie
- po 20 latach pracy - trzymiesięczne wynagrodzenie
W przypadku korzystania przez pracowników z dalszych zwolnień lekarskich okres zasiłkowy wyczerpie się odpowiednio:
1. 02.08.2014 - 30.01.2015 r. - pracownik nie będzie przekazany jeśli nie będzie na świadczeniu rehabilitacyjnym. W przypadku uzyskania zasiłku przebywał rehabilitacyjnego zasiłek ten wyczerpie się po 90 dniach 30.04.2015r.
2. 12.09.2014-12.03.2015 r.
3. 05.07.2014- 02.01.2015 r. - pracownik nie będzie przekazany jeśli nie będzie na świadczeniu rehabilitacyjnym. W przypadku uzyskania zasiłku przebywał rehabilitacyjnego zasiłek ten wyczerpie się po 90 dniach 02.04.2015 r
4. 15.09.2014-15.03.2015 r.
5. 28.08.2014- 03.03.2015 r.

6. 19.05.2014-16.11.2014 r. - pracownik nie będzie przekazany jeśli nie będzie na świadczeniu rehabilitacyjnym. W przypadku uzyskania zasiłku przebywał rehabilitacyjnego zasiłek ten wyczerpie się po 90 dniach 14.02.2015 r.

W świetle powyższego, wykonawca winien w cenie oferty uwzględnić ekwiwalenty za urlop i odprawy rentowe (istnieje bardzo duże ryzyko, że osoby przebywające na tak długich zwolnieniach lekarskich uzyskają prawo do renty).
8) pytanie 62 li. h - Czy obecnie zatrudniający w/w pracowników posiada dla nich zakładowy fundusz socjalny. Jeśli tak jaka jest jego wysokość na 1 -go pracownika.
Zamawiający udzielił odpowiedzi - wysokość odpisu podstawowego na jednego pracownika wynosi rocznie 1.093,93zł.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: W świetle udzielonej odpowiedzi wykonawca w cenę oferty dla przejętej grupy pracowników w trybie art. 231 winien uwzględnić odpis na fundusz socjalny w wysokości podanej przez Zamawiającego minimum przez 12 miesięcy zgodnie z ort. 231 KP (Zamawiający nie wypowiedział przed przejęciem obowiązujących regulaminów).
Zatem odpis na 48 pracowników wynosi: 48 osób x 1093,93 zł = 52 508,64 zł.
Przyjmując założenie, że odpis obowiązywał będzie tylko przez 12 miesięcy i po upływie tego okresu odpis będzie zawieszony, to w cenę oferty winna być wliczona kwota 52 508,64 zł.
Zatem miesięczna kwota odpisu wynosi: 52 508,64 / 36 miesięcy = 1458,57 zł.
W przypadku zmniejszenia kwoty odpisu przez kolejne 24 miesiące zamówienia pozycja kosztowa odpisu na ZFŚS winna być adekwatnie powiększona.
9) pytanie 75 czy przejęci pracownicy w trakcie realizacji umowy nabędą prawo do dodatków stażowych.
Zamawiający udzielił odpowiedzi - dodatki stażowe z każdym rokiem zwiększają się o 1% maksymalnie 25% - wykaz % wysługi znajduje się w załączniku nr 21 do siwz.
KOMENTARZ ODWOŁUJĄCEGO: W świetle udzielonej odpowiedzi, zgodnie z załącznikiem 21 do siwz 14 osób w 2015 r. nabędzie prawo do zwiększenia wynagrodzenia o 1 %. średnia zasadnicza uprawnionych osób to 1589,50 zł.
Zatem 1589.50 złx1% = 15,90zł + ZUS pracodawcy =19.10zł
Wykonawca winien w cenie oferty uwzględnić podwyżkę płacy w związku z wzrostem dodatku stażowego do momentu wypowiedzenia regulaminów.
10) pytanie 147 czy w świetle zapisów SIWZ, Zamawiający dopuszcza zatrudnianie do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, legitymujących się umiarkowanym lub znacznym stopniem niepełnosprawności. Jeśli tak to w jakim zakresie (...)?
Zamawiający udzielił odpowiedzi - nie dopuszcza do zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych.
W świetle udzielonej odpowiedzi wykonawcy przy sporządzaniu kalkulacji ceny oferty nie mogą uwzględniać dofinansowania z PFRON.
11) w końcu, zgodnie z wyżej już cytowaną odpowiedzią za pytanie 114 li. C dotyczącego projektu umowy - Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie wyraża zgody na zmianę zapisów

projektu umowy w proponowanym zakresie. Minimalna ilość osób wskazana jest we wzorze umowy w par 7 pkt. 2 - nie może wynosić mniej niż 150 etatów przeliczeniowych.
Zamawiający na druku ZP-PN, w Protokole postępowania, w pkt 2, ppkt. 2 określił wartość zamówienia podstawowego na kwotę 13 674 081,03 zł netto (w dniu 14.02.2014 r. na podstawie oferty nadesłanej przez firmę TIMKO). W pkt 8 ppkt. 1 - bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego - tj. kwotę 16.819,67 zł brutto.
Uwzględniając powyższe wartości, regulację SIWZ, oraz odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania, Odwołujący przedstawia poniżej kalkulację kosztów pracy zaangażowanego personelu na najniższym dopuszczalnym poziomie z podziałem na personel przejęty przez wykonawcę w trybie art. 23^1 Kp., oraz personel, który wykonawca ma obowiązek zaangażować, w sposób który zagwarantuje liczbę przynajmniej 102 etatów przeliczeniowych (aby został minimum 150 etatów łącznie spełniony warunek przeliczeniowych). W dalszej kolejności, Odwołujący odnosi przedstawione kalkulacje cen Konsorcjum nr 1, Konsorcjum nr 2 jak również przez samego Odwołującego.

I. Koszty pracy personelu przejętego w trybie art. 23 1 Kp.
1. Koszty wynagrodzeń dla 48 pracowników przejmowanych zgodnie z atr. 231 KP wyliczone zgodnie z załącznikiem nr 21 do SIWZ, z uwzględnieniem wzrostu płacy minimalnej w 2015 r. (6 pracowników):
1) Płaca zasadnicza + wysługa lat + ZUS pracodawcy + dodatki za pracę w nocy i święta + ZUS pracodawcy -124.467,67 zł / miesiąc
2) Zatrudnienie dodatkowego personelu ze względu na zmniejszoną godzinową normę czasu pracy (7,35 H), 3.09 etatu (płaca brutto + ZUS pracodawcy) - 6.496,03 zł/miesiąc.
Razem koszty pracy związane z przejęciem pracowników: 130.963,70 zł/miesiąc.
Zgodnie z art. 23 1 Kp. w zw. z art. 241.8 Kp, pracownicy powinni zachować co najmniej przez okres 12 miesięcy takie same warunki pracy i płacy u nowego pracodawcy jakie mieli przed przejęciem. Warunki pracy i płacy mogą ulec zmianie w przypadku gdy nowy pracodawca zaproponuje pracownikom korzystniejsze warunki niż poprzedni pracodawca. Pracownicy nie mogą ponosić negatywnych skutków związanych z przejęciem. Wobec powyższego, poniżej przedstawiona jest kalkulacja uwzględniająca utrzymanie dotychczasowych warunków płacowych dla przejętych pracowników, a następnie, w kolejnych latach realizacji zamówienia przyjęto założenie, że wykonawca wypowie te warunki i jako podstawę przyjmie minimalne wynagrodzenie za pracę.
Koszty wynagrodzeń ponoszone przez 12 miesięcy w związku z przejęciem 48 pracowników:
130.963,70 zł/miesiąc x 12 miesięcy = 1.571.564,40 zł

Koszty wynagrodzeń 48 pracowników po wypowiedzeniu regulaminów-warunków pracy i płacy (zmiana warunków pracy i płacy): wynagrodzenie minimalne, dopłata za pracę w nocy zgodnie z KP, dzienna norma czasu pracy 8h, ZUS pracodawcy Razem koszty pracy po wypowiedzeniu regulaminów: 109. 631,94 zł /miesiąc
Koszty pracy ponoszone przez 24 miesiące w związku z przejęciem pracowników:
109. 631,94 zł x 24 miesiące = 2.631.166,56 zł
Koszty pracy przez 36 miesięcy dla 48 pracowników przejętych w trybie arf. 23 1 Kp.:
1. 571.564,40zł + 2.631.166,56zł = 4.202.730,96 zł
Miesięczne koszty pracy przyjęte do ceny oferty dla 48 przejętych pracowników:
4.202.730,96 zł / 36 miesięcy = 116.374.53 zł /miesiąc
2. Miesięczne koszty pracy dla 102 pracowników zatrudnionych do realizacji zamówienia (przyjęto płacę minimalną - 1750,00 zł brutto w 2015 r„ 1820,00 zł brutto w 2016, 1890,00 zł brutto w 2017 r., 1960,00 zł brutto w 2018 r., podstawa zatrudnienia - umowa zlecenie)
1750.0 zł x 102 pracowników -178.500,00 zł ZUS pracodawcy - 35.932,05 zł
Razem: 214.442.05 zł /miesiąc
Koszty pracy ponoszone przez 11 miesięcy w 2015 r.:
214.442.05zł x 11 miesięcy - 2.358.752.55 zł
Koszty pracy ponoszone przez 12 miesięcy w 2016 r.:
1820.0 zł x 102 pracowników-185.640,00 zł ZUS pracodawcy - 37.369,33 zł
Razem: 223.009,33 zł /miesiąc
223.009,33 zł x 12 miesięcy - 2.676.111.96 zł
Koszty pracy ponoszone przez 12 miesięcy w 2017 r.:
1890.0 zł x 102 pracowników: 192.780,00 zł ZUS pracodawcy: 38.806,61 zł
Razem: 231.586,61 zł /miesiąc
231.586,61 zł x 12 miesięcy: 2.779.039.32 zł
Koszty pracy ponoszone przez 1 miesiąc w 2018 r.:
1960.0 zł brutto x 102 pracowników -199.920,00 zł ZUS pracodawcy: 40.243,90 zł
Razem: 240.163,90 zł /miesiąc
Koszty zatrudnienia 102 pracowników przez 36 miesięcy:
2.358.752.55zł + 2.676.111.96zł + 2.779.039.32zł + 240.163,90zł = 8.054.067,73 zł
Koszty zatrudnienia 150 etatów przeliczeniowych przez 36 miesięcy:
8.054.067,73 zł + 4.202.730,96 zł = 12 256,798,69 zł
Koszty zatrudnienia 150 etatów przeliczeniowych w skali 1 miesiąca:
12 256,798,69 / 36 miesięcy = 340.466,63 zł

Kalkulacja ceny oferty zgodnie z zapisami SIWZ oraz informacjami uzyskanymi w toku postępowania:
Koszty zatrudnienia 150 etatów przeliczeniowych w skali 1 miesiąca : 340.466,63 zł
koszt odpraw dla 10 pracowników: 2.086,32 zł
koszt nagród jubileuszowych w 2015 r.: 593,57zł
koszt nagród jubileuszowych w 2016 r. (przyjęto 1/3 kwoty): 259,61 zł
koszt odpisu na ZFŚS przez 12 miesięcy: 1.458,57 zł
koszt badań okresowych i książeczek zdrowia: 440,00 zł
koszt odzieży roboczej: 625,00 zł
koszt prania odzieży roboczej: 450,00 zł
koszt szkoleń: 750,00 zł
koszt ochrony indywidualnej(rękawice, maski, czepki itp.): 2.900,00 zł
Razem koszty: 350.029,70 zł/miesiąc
Koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego wynosi:
350.029,70 zł / 150 etatów = 2.333,59zł

II. Kalkulacja kosztów pracy dla Konsorcjum nr 1:

Wartość oferty netto za 36 miesięcy: 11.844.025,56 zł netto Wartość oferty netto za 1 miesiąc: 329.000,71 zł netto
Konsorcjum nr 1 nie wyliczyło prawidłowo kosztów zatrudnienia oraz nie wliczyło w cenę oferty wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia.
329. 000,71 zł netto / 150 etatów 2.193,38zł
Pełny koszy wykonania usługi w przeliczeniu na 1 etat według oferty Konsorcjum nr 1- 2193,38 zł - koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego według kalkulacji j/w(odwołującego) - 2333,59 zł.
Różnica: 140,21 zł
Zatem, 140,21 zł x 150 etatów = 21.031,50 zł
Jak wynika z powyższego wyliczenia Konsorcjum nr 1 nie pokryje kosztów zatrudnienia 1 etatu. W stosunku tylko co do kosztów zatrudnienia 150 etatów oferta zaniżona jest o kwotę 21.031,50 zł/miesiąc, zaś w skali całego zamówienia o kwotę
757.134,0 zł netto.
Fakt złej, nierzetelnej kalkulacji ceny w konsekwencji skutkować będzie brakiem środków na realizację zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ.
Kwota 2.193,38 zł na 1 etat przeliczeniowy zawiera - koszty zatrudnienia oraz koszty związane z realizacją zamówienia. Przedstawiona cena netto oferty jest ceną nie realną, poniżej kosztów wytworzenia. Zamawiający winien powziąć wątpliwość co do wysokości ceny i zbadać elementy ceny mające wpływ na jej wysokość w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Zamawiający nie zezwolił na zatrudnianie przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych (co oznacza brak możliwości skorzystania z pomocy publicznej PFRON).

III. Kalkulacja kosztów pracy dla Konsorcjum nr 2:

Wartość oferty netto za 36 miesięcy: 12.254.437,00 zł netto Wartość oferty netto za 1 miesiąc: 340.401,03 zł netto

Zgodnie z kalkulacją poczyniona powyżej, koszty zatrudnienia wymaganej liczby pracowników 150 etatów przeliczeniowych z uwzględnieniem przejęcia 48 osób na mocy art. 231 KP wynoszą: 350.029,70 zł/miesiąc. Koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego wynosi 350.029,70zł / 150 etatów = 2.333,59 zł
Konsorcjum nr 2 nie wyliczyło prawidłowo kosztów zatrudnienia oraz nie wliczyło w cenę oferty wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia.
340.401,03zł netto / 150 etatów = 2.269,34 zł
Pełny koszy wykonania usługi w przeliczeniu na 1 etat Konsorcjum nr 2 to 2.269,34 zł - koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego według kalkulacji j/w 2333,59 zł.
Różnica: - 64,25 zł.
Zatem, - 64,25 zł x 150 etatów = - 9.637,50 zł.
Jak wynika z powyższego wyliczenia Konsorcjum nr 2 nie pokryje kosztów zatrudnienia 1 etatu. W stosunku tylko co do kosztów zatrudnienia 150 etatów oferta zaniżona jest o kwotę 9.637,50 zł/miesiąc a w skali całego zamówienia o kwotę 346,950 zł netto.
Fakt złej, nierzetelnej kalkulacji ceny w konsekwencji skutkować będzie brakiem środków na

realizację zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ. O nie rzetelności sporządzenia ceny oferty i niezgodności z SIWZ świadczy również Zał. Nr 7 do formularza oferty, w którym należało podać ceny za utrzymanie w czystości 1 m2 według stref higienicznych. Profesjonalny wykonawca winien uwzględnić, że ceny w poszczególnych strefach powinny być zróżnicowane ze względu na zagrożenia epidemiologiczne oraz zakresy obowiązków podane w SIWZ.
Podobnie jak w przypadku Konsorcjum nr 1, kwota 2.269,34 zł na 1 etat przeliczeniowy zawiera koszty zatrudnienia oraz koszty związane z realizacją zamówienia. Przedstawiona cena netto oferty jest zatem ceną nierealną, poniżej kosztów wytworzenia. Zamawiający winien powziąć wątpliwość co do wysokości ceny i zbadać elementy ceny mające wpływ na jej wysokość w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zezwolił na zatrudnianie przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych (brak możliwości skorzystania z pomocy publicznej PFRON}.
IV. Kalkulacja kosztów pracy dla Odwołującego:

Wartość oferty netto za 36 miesięcy: 14 017 685,96 zł netto Wartość oferty netto za 1 miesiąc: 389.380,16 zł netto
Zgodnie z kalkulacją poczyniona powyżej, koszty zatrudnienia wymaganej liczby pracowników 150 etatów przeliczeniowych z uwzględnieniem przejęcia 48 osób na mocy art. 231 KP wynoszą: 350.029,70 zł/miesiąc. Koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego wynosi 350.029,70 zł / 150 etatów = 2.333,59 zł
89.380,16 zł netto / 150 etatów = 2.595,87 zł
Pełny koszy wykonania usługi w przeliczeniu na 1 etat Odwołującego to 2.595.67 zł - koszt zatrudnienia 1 etatu przeliczeniowego według kalkulacji j/w 2333,5 .
Różnica na plus: 262,08 zł.
Zatem Odwołujący skalkulował prawidłowo koszty pracy personelu oraz wszelkie pozostałe koszty niezbędne dla zagwarantowania prawidłowej realizacji usługi.
Stosownie do przepisu art. 90 ust. 3 PZP Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjasmen wraz z dostarczonym dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 2 PZP stanowi, iż obowiązek wykazania, ze oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Z powyższym koreluje przepis art. 190 ust. la PZP, zgodnie z którym, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: ,
1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest uczestnikiem postępowania odwoławczego; ...
2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.
Ze względu na specyfikę niniejszego zamówienia publicznego którego przedmiot obok czynności sprzątania pomieszczeń szpitalnych i utrzymania terenów zewnętrznych obejmuje także czynności pomocy przy pacjencie szczegółowo określone w Rozdziale II pkt 11 SIWZ (Wykonywanie innych czynności pomocniczych na zlecenie personelu medycznego obejmujących między innymi pomoc w obsłudze hospitalizowanych pacjentów) - niezwykle ważnym czynnikiem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia jest prawidłowe skalkulowanie kosztów pracy zaangażowanego personelu, tak aby zagwarantować jego stabilność przez cały okres realizacji usługi. Jest to konieczne ze względu na dobro szpitala, ale przede wszystkim - ze względu na dobro pacjentów. Dlatego też ustawodawca wymaga, aby dla przedmiotowych kalkulacji uwzględniać w kosztach pracy wynagrodzenie kadry na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Personel wykonawcy musi ponadto legitymować się odbyciem określonych szkoleń, które przez cały okres umowy mają być aktualizowane. Co więcej, stosownie do postanowień § 25 wzory umowy ewentualna waloryzacja wynagrodzenia umownego wykonawcy, w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy Wykonawca udokumentuje, że personel zatrudniony na podstawie umowy o pracę otrzymywał minimalne wynagrodzenie

za pracę i w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia otrzymał podwyżkę. Zatem także w tym przypadku, punktem odniesienia dla Zamawiającego jest kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę.
Jeżeli zatem Konsorcjum nr 1 i Konsorcjum nr 2 nie skalkulowały swoich cen ofertowych z

uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za prace dla zaangażowanej kadry,to stanowi to samoistną podstawę dla odrzucenia tych ofert mniej jednak, to na Zamawiającym ciążył obowiązek zweryfikowania czy ceny przez nich ceny nie są rażąco niskie jest uzasadnione i Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum nr 2 wskazuje, iż wykonawca w przedłożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia wystawione przez MW-DIAS Spółka akcyjna w Ostrawie (załącznik nr 4 do formularza oferty) wskazano usługę zrealizowaną przez spółkę na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w miejscowości Olomouc (potwierdzenie warunku wykonania co najmniej jednego zamówienia którego przedmiotem było świadczenie przez okres co najmniej 24 miesięcy usług kompleksowego bieżącego trzymania czystości w Szpitalu o ilości łóżek nie mniejszej niż 400). Jednocześnie udostępniający oświadczył. Iż nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Odwołując się do orzecznictwa KIO podnieść należy, iż powoływanie się na potencjał innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bez bezpośredniego udziału teko podmiotu w realizacji zamówienia podlega powszechnej krytyce bowiem może ograniczać się wyłącznie do przekazania wykonawcy wymaganego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku zaś faktyczny udział oddającego zasoby jest fikcyjny. Jak wskazała KIO w Wyroku z dnia 28 sierpnia 2014 r. (KIO 1670/14) potencjał wiedzy i doświadczenia ma z natury rzeczy charakter ściśle związany z podmiotem, który ma prawo się nimi posługiwać. Mając także na uwadze przedmiot niniejszego zamówienia, aby istniała realna możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego koniecznym byłby w tym konkretnym przypadku udział wskazanego podmiotu przy realizacji zamówienia. Treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego powinna wskazywać na realne zobowiązanie podmiotu trzeciego do faktycznego udostępnienia wykonawcy określonego zasobu, ale także na faktyczną możliwość wykorzystania potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Z faktu, iż Spółka MW-DIAS jednoznacznie oświadczyła iż nie będzie brała bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia objętego przedmiotem postępowania należy uznać, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w piśmie złożonym dnia 14 stycznia 2015 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania.
Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - konsorcjum IMPEL CLEANING Sp. z o. o., CS "Company" Sp. z o. o. Sp. K., HOSPITAL SERWICE

"Company" Sp. z o. o. Sp. K., DC System "Company" Sp. Z o. o. Sp. K. adres do doręczeń: ul. Marsa 56 A, 04- 242 Warszawa złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Sygn. akt KIO 60/15
Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp.z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o. zarzucił niezgodność z przepisami ustawy zaniechania odrzucenia wyboru oferty Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERVICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.K. (zwanej dalej „ofertą wybranego konsorcjum") pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią siwz, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.
Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie: 1. art. 7 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, 2. art. 38 ust. 4 u.p.z.p. poprzez dokonanie zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert, 3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo jej sprzeczności z treścią siwz, 4. art. 89 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 5. art. 89 ust. 1 pkt. 6 u.p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż w ofercie znajduje się błąd w obliczeniu ceny, 6. art. 91 ust. 1 u.p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż podlega ona odrzuceniu a zatem nie może podlegać porównaniu według przyjętych kryteriów ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienie czynności wyboru oferty wybranego Konsorcjum, 2. dokonanie czynności odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum, 3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
Zamawiający zawiadomił Odwołujących o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERWICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.K. pomimo, iż oferta jest niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący wskazują, iż wybrana oferta jest niezgodna z treścią siwz, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny, na co wskazują następujące okoliczności:

Co do niezgodności wybranej oferty z treścią siwz: W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryny przedmiotu pojęcie „treści oferty" w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. należy utożsamiać ze świadczeniem wykonawcy, treścią zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy, zatem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozumiana jest jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w aspekcie merytorycznym, dotyczącym przedmiotu zamówienia. Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, gdyż ustawa pzp nie definiuje pojęcia oferty. Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty w sytuacji niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (essentiali negotti). Chodzi więc o materialną sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje i określił w SIWZ. Jak zważyła Izba „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w siwz, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego" (m.in. KIO/UZP 1093/08, KIO 1530/10). sygn.. akt. 2241/12: „Hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami siwz w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób uniemożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego". „Oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji" - Prawo zamówień publicznych, Komentarz C.H. Beck, J. Pieróg, 9 wydanie, str. 303. Mając na uwadze, iż w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił, iż przedmiotem umowy, a zatem i zobowiązaniem/świadczeniem wybranego wykonawcy będzie świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości i prawidłowym stanie sanitarno-higienicznym pomieszczeń wewnątrz budynków wraz z terenami zewnętrznymi i pielęgnacją terenów zielonych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 2 PUM przy AL Powstańców Wielkopolskich 72 w Szczecinie, a następnie doprecyzował, w załączniku nr 20 do SIWZ „formularzu oferty", iż czynności pomocnicze przy pacjencie stanowią 8% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia, a czynności utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych 5% zakresu rzeczowego całości

przedmiotu zamówienia, należy przyjąć, iż Zamawiający określił merytoryczny zakres poszczególnych świadczeń składających się na cały przedmiot zamówienia, które następnie w takich właśnie proporcjach będą realizowane na podstawie podpisanej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane rodzaje usług nie mogły przekroczyć zakreślonych pułapów procentowych. Należ również założyć, mając w szczególności na uwadze miejsce dokonanych zastrzeżeń, iż cena oferty ma odzwierciedlać procentowy udział poszczególnych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia. Jak bowiem zważyła Izba w orzeczeniu z 14 lipca 2011 r., sygn.. akt. KIO 1402/11 „Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że wymaganie to odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie

ilościowym, ustala rozmiar usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia". „Izba uznała również, że postanowienie specyfikacji ustalające dopuszczalny maksymalny procentowy udział każdej z usług w cenie oferty ma znaczenie dla realizacji zamówienia. Wykonawcy oferują zamawiającemu nie jedno, kompleksowe świadczenie, ale składają ofertę na dwie niezależne usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia i mające w nim nierówny udział". Dodatkowo w wyjaśnieniach nr 1 z dnia 05.12.2014 r., Zamawiający odpowiadając na pytania nr 196, 197,198 i 199 przesądził, iż „Zamawiający dokonał w dniu 05.12.2014 r. kolejnej modyfikacji SIWZ w wyniku której został zmieniony Formularz oferty. W zmodyfikowanym Formularzu ofertowym Zamawiający określił, że czynności pomocnicze przy pacjencie stanowią 8% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia a usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych stanowią 5% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia. Powyższe sformułowania w sposób jednoznaczny wskazują, że podane procenty odnoszą się do zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia a nie do wartości ryczałtowej danej pozycji w stosunku do ceny oferty stanowiącej sumę pozycji 1-3". Co ważne postanowienia siwz, określające procentowy udział poszczególnych świadczeń w rzeczowym zakresie całości przedmiotu zamówienia nie zostały skutecznie zakwestionowane zatem należy przyjąć, iż z upływem terminu na wniesienie odwołania stały się ostateczne a tym samym wiążące dla wszystkich uczestników postępowania - „Jeśli Odwołujący uważał, że relacje usługi są ustalone przez zamawiającego nieprawidłowo, winien okoliczność tę podnieść we właściwym czasie, w szczególności służyło mu uprawnienie do wniesienia odwołania wobec dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (wyrok. KIO 1402/11). Przywołane postanowienia siwz są wiążące zarówno dla wykonawców składających oferty jak i dla Zamawiającego na etapie badania i oceny złożonych ofert. Skoro z formularza ofertowego wybranej oferty po dokonanej zmianie wynika, iż cena za cały przedmiot zamówienia wynosi 14.163.952,47 zł, w tym cena za czynności pomocnicze przy pacjencie 1.356.588,00 zł a cena za czynności utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów

zielonych 663.722,81 zł należy przyjąć, iż wybrany Wykonawca nie zastosował się do przywołanych powyżej postanowień siwz gdyż przekroczył określony procentowo zakres czynności pomocniczych przy pacjencie w całości przedmiotu zamówienia a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. Zaniechanie czynności odrzucenia prowadzi do wniosku, iż Zamawiający dokonał zmiany treści siwz po terminie składania ofert bądź naruszył ustanowione przez siebie zasady ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, trzeba bowiem podkreślić, iż Zamawiający nie może ustalonych przez siebie wymagań traktować w ten sposób, że uzna za prawidłowe oferty wykonawców respektujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jednocześnie oferty, które wymagania specyfikacji uznały za nieistniejące. Proporcja nie została również zachowana przed poprawieniem oferty przez Zamawiającego. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazują, iż rzeczona niezgodność nie może zostać sanowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 u.p.z.p. gdyż spowoduje istotną zmianę treści oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy niezwykle istotnym jest dostrzeżenie, iż wskazana niezgodność wybranej oferty z siwz implikuje naruszenie przez wybrane Konsorcjum dalszych przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny co dodatkowo uzasadnia bezprawność wyboru. VI.2. Co do ' zarzutu wyczerpania znamion czynu nieuczciwej konkurencji przez wybranego Wykonawcę: Odnosząc się do naruszenia zasad uczciwej konkurencji należy wskazać, iż Zamawiający nie bez powodu dokonał zastrzeżenia precyzując jaki jest udział procentowy poszczególnych usług w całym przedmiocie zamówienia. Trzeba bowiem wskazać, iż usługi składające się na przedmiot zamówienia są opodatkowane według różnych stawek podatku od towarów i usług vat tj. usługi sprzątania wewnątrz obiektów stawką podstawową 23%, usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych stawką preferencyjną 8 % natomiast usługi pomocnicze przy pacjencie są zwolnione z tego podatku, określając zatem precyzyjnie procentowy udział usług zwolnionych z podatku oraz opodatkowanych stawką preferencyjną Zamawiający zmierzał do zapobieżenia sytuacji, w której wykonawcy naruszają uczciwą konkurencję manipulując ceną a więc dokonując wyceny usług nieproporcjonalnie do ich rzeczywistego udziału w przedmiocie zamówienia. Mając na uwadze, że wybrany wykonawca przekroczył w podanej cenie dopuszczalny zakres procentowy czynności zwolnionych z podatku vat to bez wątpienia należy przyjąć, że jednocześnie niezasadnie

wycenił mniejszy zakres czynności opodatkowanych stawką podstawową czym nie tylko naruszył przepisy karnoskarbowe ale również Jego cena musiała okazać się niższa od cen wykonawców, którzy obliczyli cenę stosując się do zaleceń Zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający z niewiadomych powodów w toku badania i oceny ofert zaniechał odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum

pomimo tego, iż zachodzi przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p. tzn. cena za usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych wobec postanowień siwz została skalkulowana z uwzględnieniem niewłaściwego zakresu co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zarówno klauzuli ogólnej z art.3 ust. 1 i 2 u.z.n.k. jak i stypizowanego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k., polegających na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami kupieckimi, a w szczególności polegających na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, jednocześnie zagrażając ich interesom. VI.3. Odnosząc się do zarzutu błędu w obliczeniu ceny, a więc do zasadności odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 u.p.z.p. wobec braku w ustawie legalnej definicji pojęcia błędu w obliczeniu ceny, istotne jest w jaki sposób termin ten jest definiowany w orzecznictwie np., w wyroku KIO/UZP 275/10 - przez błąd w obliczeniu ceny w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach siwz oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa. Ponadto „o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z siwz. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający” (uchwała KIO/KD 25/12). Zatem z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (KIO/UZP 910/11). W wyroku KIO/UZP 1528/10 Izba stwierdziła, iż „błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwe będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Zatem, jeśli wybrany Wykonawca skalkulował cenę z pominięciem postanowień siwz określających procentowy udział poszczególnych usług należy przyjąć, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niewłaściwym skalkulowaniu zakresu usług, które będą wykonywane na podstawie zawartej umowy. Jak wskazała Izba w orzeczeniu 1402/11): „ryczałtowy charakter wynagrodzenia w żadnym razie nie przemawia przeciwko spornemu postanowieniu

specyfikacji. Umówienie się przez strony umowy, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w określonej kwocie, wynagrodzenie ryczałtowe, oznacza tyle tylko, że nie można żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Natomiast na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie można przyjąć, że wynagrodzenie takie może być obliczone nieprawidłowo lub nie uwzględniać wymagań ustalonych przez zamawiającego”. Podsumowując należy wskazać, że wybrany Wykonawca albo wycenił niewłaściwy zakres przedmiotu zamówienia albo dokonał manipulacji ceną w ten sposób, iż zaniżył wartość sprzątania wewnętrznego w celu uzyskania niższej ceny oferty, jednakże każde z tych działań powinno skutkować w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniem oferty. Zaakceptowanie takiego stanu rzeczy przez Zamawiającego nie tylko narusza przepisy
ustawy Prawo zamówień publicznych ale również rażąco narusza podstawowe zasady władające procedurą przetargową a więc zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców a także podważa zaufanie do treści dokumentów przetargowych. Wobec powyższego niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty odwołania za bezpodstawne. Wskazał, że odwołujący zarzuca naruszenie przez wybranego wykonawcę wymagań siwz w złożonej ofercie, gdzie cena za czynności pomocnicze przy pacjencie oraz cena za usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych nie stanowią odpowiednio 8% i 5% ceny za cały przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wskazał jednak żadnego z postanowień siwz, z którego wynikałby wymóg, aby cena za czynności pomocnicze przy pacjencie stanowiła 8% ceny za cały przedmiot zamówienia, a cena za usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych stanowiła 5% ceny za cały przedmiot zamówienia. Takiego wymogu siwz nie zawiera.
W pkt XVII siwz, który zawiera opis sposobu obliczenia ceny przez wykonawców brak jest jakichkolwiek wymagań w tym zakresie. Natomiast zarówno w cytowanej w odwołaniu odpowiedzi zamawiającego na pytania n4 196, 197, 198 i 199, jak i z treści wzoru formularza oferty wynika jednoznacznie, że podane procenty odnoszą się do zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia, a nie do ceny ofertowej za realizację całego przedmiotu zamówienia (pokr. Zamawiającego).
Zamawiający zauważył także, że w ofercie odwołującego cena za czynności pomocnicze przy pacjencie oraz cena za usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych również nie stanowią odpowiednio 8% i 5% ceny za cały przedmiot zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERWICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.KL

Sygn. akt KIO 81/15
Konsorcjum firm; 1. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o.Poznań
2. DGP Clean Partner Sp. z o.o. Legnica
3. DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o Legnica
4. SEBAN Sp. z 0.0. ul. Jesionowej 9A 40-159 Katowice
(dalej jako odwołujący) wniosło odwołanie od:
1. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERWICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.KL (zwanej dalej „ofertą wybranego konsorcjum") pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią siwz, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny,
2. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERWICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.K. pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią siwz, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny
Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:
1. art. 7 u.p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 38 ust. 4 p.z.p. poprzez dokonanie zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo jej sprzeczności z treścią siwz,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 3 u.p.z.p. w zw.z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 89 ust. 1 pkt. 6 u.p.z.p, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż w ofercie znajduje się błąd w obliczeniu ceny,

---

6. art. 91 ust. 1 u.p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wybranego Konsorcjum pomimo, iż podlega ona odrzuceniu a zatem nie może podlegać porównaniu według przyjętych kryteriów ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.
III. W związku z powyższym wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty wybranego Konsorcjum,
2. dokonanie czynności odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
IV. Odwołujący powzięli wiadomość o czynności Zamawiającego od której składają niniejsze odwołanie w dniu 31 grudnia 2014 r., zawiadomienie zostało doręczone drogą mailową. Termin do złożenia odwołania upłynął w dniu 10 stycznia 2015r.
V. Odwołujący złożyli ofertę spełniającą warunki udziału w postępowaniu i gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa, ich oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą a tym samym uzyskaliby przedmiotowe zamówienie.

Uzasadnienie:
W dniu 31 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołujących o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., CS Company Sp. z o.o. Sp.k., Hospital SERWICE „Company" Sp. z o.o. Sp.K., DC System „Company" Sp. z o.o. Sp.K. pomimo, iż oferta jest niezgodna z treścią siwz, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.
Co do niezgodności wybranej oferty z treścią siwz:
W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryny przedmiotu pojęcie „treści oferty" w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. należy utożsamiać ze świadczeniem wykonawcy, treścią zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy, zatem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozumiana jest jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z w oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie aspekcie merytorycznym, dotyczącym
przedmiotu zamówienia. Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty, wobec czego na podstawie art. 14 u.p.z.p. do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty w sytuacji niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (essentiali negotti). Chodzi więc o materialną sprzeczność zakresu

---

zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje i określił w SIWZ.
Jak zważyła Krajowa Izba Odwoławcza „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w siwz, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego" (m.in. KIO/UZP 1093/08, uzasadnienie wyroku KIO 1530/10). Czy akt. 2241/12: „Hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp objęta jest sytuacj a, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami siwz w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób uniemożliwiający ocenę, czy „Oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia siwz. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji" - Prawo zamówień publicznych, Komentarz C.H. Beck, J. Pieróg, 9 wydanie, str. 303.
Mając na uwadze, iż w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił, iż przedmiotem umowy, a zatem i zobowiązaniem/świadczeniem wybranego wykonawcy będzie świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości i prawidłowym stanie sanitarno¬higienicznym pomieszczeń wewnątrz budynków wraz z terenami zewnętrznymi i pielęgnacją terenów zielonych w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 2 PUM przy Al. Powstańców Wielkopolskich 72 w Szczecinie, a

następnie doprecyzował, w załączniku nr 20 do SIWZ „formularzu oferty", iż czynności pomocnicze przy pacjencie stanowią 8% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia a czynności utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych 5% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia, należy przejąć, iż Zamawiający określił merytoryczny zakres poszczególnych świadczeń składających się na cały przedmiot zamówienia, które następnie w takich właśnie proporcjach będą realizowane na podstawie podpisanej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane rodzaje usług nie mogły przekroczyć zakreślonych pułapów procentowych. Należ również założyć, mając w szczególności na uwadze miejsce dokonanych zastrzeżeń, iż cena oferty ma odzwierciedlać procentowy udział poszczególnych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia. Jak bowiem zważyła Izba w orzeczeniu z 14 lipca 2011 r., sygn.. akt. KIO 1402/11 „Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że wymaganie to odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym, ustala rozmiar usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia". „Izba uznała również, że postanowienie specyfikacji ustalające dopuszczalny maksymalny procentowy udział każdej z usług w cenie oferty ma znaczenie

dla realizacji zamówienia. Wykonawcy oferują zamawiającemu nie jedno, kompleksowe świadczenie, ale składają ofertę na dwie niezależne usługi wchodzące w skład przedmiotu zamówienia i mające w nim nierówny udział".
Dodatkowo w wyjaśnieniach nr 1 z dnia 05.12.2014 r., Zamawiający odpowiadając na pytania nr 196, 197, 198 i 199 przesądził, iż „Zamawiający dokonał w dniu 05.12.2014 r. kolejnej modyfikacji SIWZ w wyniku której został zmieniony Formularz oferty. W zmodyfikowanym Formularzu ofertowym Zamawiający określił, że czynności pomocnicze przy pacjencie stanowią 8% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia a usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych stanowią 5% zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia. Powyższe sformułowania w sposób jednoznaczny wskazują, że podane procenty odnoszą się do zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia a nie do wartości ryczałtowej danej pozycji w stosunku do ceny oferty stanowiącej sumę pozycji 1-3".
Co ważne postanowienia siwz, określające procentowy udział poszczególnych świadczeń w rzeczowym zakresie całości przedmiotu zamówienia nie zostały skutecznie zakwestionowane zatem należy przyjąć, iż z upływem terminu na wniesienie odwołania stały się ostateczne a tym samym wiążące dla wszystkich uczestników postępowania - „Jeśli Odwołujący uważał, że relacje usługi są ustalone przez zamawiającego nieprawidłowo, winien okoliczność tę podnieść we właściwym czasie, w szczególności służyło mu uprawnienie do wniesienia odwołania wobec dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (wyrok KIO z 14.07.2011 r. sygn. akt. KIO 1402/11). Przywołane postanowienia siwz są wiążące zarówno dla wykonawców składających oferty jak i dla Zamawiającego na etapie badania i oceny złożonych ofert.
Skoro z formularza ofertowego wybranej oferty po dokonanej zmianie wynika, iż cena za cały przedmiot zamówienia wynosi 14.163.952,47 zł, w tym cena za czynności pomocnicze przy pacjencie 1.356.588,00 zł a cena za czynności utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych 663.722,81 ń należy przyjąć, iż wybrany Wykonawca nie zastosował się do przywołanych powyżej postanowień siwz gdyż przekroczył określony procentowo zakres czynności pomocniczych przy pacjencie w całości przedmiotu zamówienia a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. Zaniechanie czynności odrzucenia prowadzi do wniosku, iż Zamawiający dokonał zmiany treści siwz po terminie składania ofert bądź naruszył ustanowione przez siebie zasady ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, trzeba bowiem podkreślić, iż Zamawiający nie może ustalonych przez siebie wymagań traktować w ten sposób, że uzna za prawidłowe oferty wykonawców respektujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jednocześnie oferty, które wymagania specyfikacji uznały za

nieistniejące. Proporcja nie została również zachowana przed poprawieniem oferty przez Zamawiającego.
Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazują, iż rzeczona niezgodność nie może zostać sanowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 u.p.z.p. gdyż spowoduje istotną zmianę treści

oferty.
W okolicznościach niniejszej sprawy niezwykle istotnym jest dostrzeżenie, iż wskazana niezgodność wybranej oferty z siwz implikuje naruszenie przez wybrane Konsorcjum dalszych przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny co dodatkowo uzasadnia bezprawność wyboru.
Co do zarzutu wyczerpania znamion czynu nieuczciwej konkurencji przez wybranego Wykonawcę:
Odnosząc się do naruszenia zasad uczciwej konkurencji należy wskazać, iż Zamawiający nie bez powodu dokonał zastrzeżenia precyzując jaki jest udział procentowy poszczególnych usług w całym przedmiocie zamówienia. Trzeba bowiem wskazać, iż usługi składające się na przedmiot zamówienia są opodatkowane według różnych stawek podatku od towarów i usług vat tj. usługi sprzątania wewnątrz obiektów stawką podstawową 23%, usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych stawką preferencyjną 8 % natomiast usługi pomocnicze przy pacjencie są zwolnione z tego podatku, określając zatem precyzyjnie procentowy udział usług zwolnionych z podatku oraz opodatkowanych stawką preferencyjną Zamawiający zmierzał do zapobieżenia sytuacji, w której wykonawcy naruszają uczciwą konkurencję manipulując ceną a więc dokonując wyceny usług nieproporcjonalnie do ich rzeczywistego udziału w przedmiocie zamówienia.
Maiac na uwadze, że wybrany wykonawca przekroczył w podanej cenie dopuszczalny procentowy czynności zwolnionych z podatku vat to bez wątpienia należy przyjać, że jednocześnie niezasadnie wycenił mniejszy zakres czynności opodatkowanych stawka podstawowa czym nie tylko naruszył przepisy karnoskarbowe ale również Jego cena musiała okazać sie niższa od cen wykonawców, którzy obliczyli cenę stosując sie do zaleceń Zamawiającego.
W okolicznościach niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający z niewiadomych powodów w toku badania i oceny ofert zaniechał odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum pomimo tego, iż zachodzi przesłanka z art. 89 ust 1 pkt. 3 u.p.z.p. tzn. cena za usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych wobec postanowień siwz została skalkulowana z uwzględnieniem niewłaściwego zakresu co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zarówno klauzuli ogólnej z art.3 ust. 1 i 2 u.z.n.k. jak i stypizowanego czynu

nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k., polegających na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi
obyczajami kupieckimi, a w szczególności polegających na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, jednocześnie zagrażając ich interesom.
VX.3, Odnosząc sie do zarzutu błędu w obliczeniu ceny, a więc do zasadności odrzucenia wybranej oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt. 6 u.p.z.p. należy wskazać, iż wobec braku w ustawie Prawo zamówień publicznych legalnej definicji pojęcia błędu w obliczeniu ceny, istotne jest w jaki sposób termin ten jest definiowany w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej, i tak np., w wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., sygn.. akt. KIO/UZP 275/10 - przez błąd w obliczeniu ceny w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach siwz oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa.
Ponadto „o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyj ął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z siwz. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający” (uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12), Zatem z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 n, sygn.. KIO/UZP 910/11). W tym miejscu należy podkreślić, iż w wyroku z dnia 30 lipca 2010

r. (sygn.. KIO/UZP 1528/10) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwe będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje.
Zatem, jeśli wybrany Wykonawca skalkulował cenę z pominięciem postanowień siwz określających procentowy udział poszczególnych usług należy przyjąć, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niewłaściwym skalkulowaniu zakresu usług, które będą wykonywane na podstawie zawartej umowy.

Co ważne, jak wskazała Izba w orzeczeniu z dnia 14.07.2011 r. (Sygn.. akt. 1402/11): „ryczałtowy charakter wynagrodzenia w żadnym razie nie przemawia przeciwko spornemu postanowieniu specyfikacji. Umówienie się przez strony umowy, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w określonej kwocie, wynagrodzenie ryczałtowe, oznacza tyle tylko, że nie można żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (art 632§ 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Natomiast na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie można przyjąć, że wynagrodzenie takie może być obliczone nieprawidłowo lub nie uwzględniać wymagań ustalonych przez zamawiającego”.
Podsumowując należy wskazać, że wybrany Wykonawca albo wycenił niewłaściwy zakres przedmiotu zamówienia albo dokonał manipulacji ceną w ten sposób, iż zaniżył wartość sprzątania wewnętrznego w celu uzyskania niższej ceny oferty, jednakże każde z tych działań powinno skutkować w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniem jjferty.
Zaakceptowanie takiego stanu rzeczy przez Zamawiającego nie tylko narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ale również rażąco narusza podstawowe zasady władające procedurą przetargową a więc zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także podważa zaufanie do treści dokumentów przetargowych.
Wobec powyższego niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 81/15
Odwołujący: Konsorcjum firm:
1. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. ul. Gdyńska 54 61-016 Poznań
2. DGP Clean Partner Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 5e 59-220 Legnica
3. DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. ul. Najświętszej Marii Panny 5e 59-220 Legnica
4. SEBAN Sp. z o.o. ul. Jesionowej 9A 40-159 Katowice wniósł odwołanie od:
1. czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu w dniu 12.01.2015 r. w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. do udzielenia wyjaśnień.
Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:
1. art. 7 u.p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 90 ust. 1 u.p.z.p. w zw. z art. 38 ust. 4 u.p.z.p. poprzez wezwanie do wyjaśnienia ceny z uwzględnieniem wymogów, które nie zostały zawarte w siwz, ogłoszeniu o

zamówieniu oraz zmianach do nich i wyjaśnieniach, a tym samym dokonanie zmiany treści dokumentów przetargowych po upływie terminu składania ofert
ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.
Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wezwania Odwołujących do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. w konstrukcji z dnia 12.01.2015r
2. dokonanie czynności wezwania Odwołujących do wyjaśnienia ceny zgodnie z art. 90 u.p.z.p. w zw. z art. 38 ust. 4 u.p.z.p. tj. z uwzględnieniem treści dokumentów przetargowych tj. do wyjaśnienia; 1. kosztów pracy, 2. kosztów minimalnej ilości sprzętu niezbędnego do wykonywania usług, 3, kosztów środków dezynfekcyjnych oraz środków czystości

niezbędnych do wykonania usługi
ewentualnie:
1. unieważnienie czynności wezwania Odwołujących do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p.,
2. zaniechania wezwania do wyjaśnienia ceny, uznając iż cena zaoferowana przez Odwołujących nie jest rażąco niska.
Odwołujący powzięli wiadomość o czynności Zamawiającego od której składają odwołanie w dniu 12 stycznia 2015 r, wezwanie zostało doręczone drogą mailową. Termin do złożenia odwołania upływa w dniu 22 stycznia 2015r.
Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia gdyż złożyli ważną ofertę,
Uzasadnienie:
W dniu 12 stycznia 2015 r Zamawiający wezwał Odwołujących do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 pzp w szczególności w zakresie:
- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może bvć niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U nr 200. poz. 1679 z 2004 r z p.zm) a w odniesieniu do pracowników przejętych od Zamawiającego w trybie art, 23 1 kp nie może być niższa od wynagrodzenia i innych świadczeń jakie przysługiwały tym pracownikom w SPSK-2 na podstawie Regulaminu wynagradzania i kodeksu pracy- do czasu ich zmiany zgodnie z przepisami kodeksu pracy,
- kosztów minimalną ilości sprzętu niezbędnego do wykonywania usługi
- kosztów środków dezynfekcyjnych oraz środków czystości niezbędnych do wykonania usługi
- ew. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący nie mogą się zgodzić z ww. czynnością Zamawiającego, wskazując, na następujące okoliczności:
VI. 1. W pierwszej kolejności, jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO oraz doktryny przedmiotu wszczęcie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 u.p.z.p. powoduje powstanie wzruszalnego domniemania prawnego, iż cena zaoferowana przez wezwanego wykonawcę jest rażąco niska.
Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na jej wysokość nie musi wskazywać, które konkretnie elementy wezwany wykonawca ma wyjaśnić, niemniej jednak jeśli takowe zawiera wykonawca jest zobowiązany odnieść się do każdego z nich. Co ważne aby doszło do obalenia domniemania wyjaśnienia muszą być precyzyjne, jednoznaczne i adekwatne do wezwania, jak bowiem wynika z orzecznictwa Izby i sądów okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 u.p.z.p. nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne (wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. sygn. akt. X Ga 127/08). Innymi słowy, wezwany wykonawca - w odpowiedzi na domniemanie zamawiającego co do istnienia rażąco niskiej ceny - podejmuje się udowodnienia (dowolnymi środkami dowodowymi), że jego cena nie jest zaniżona w rażący sposób. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy zmuszeni są do jego obalenia przez przedstawienie stosownych dowodów (a właściwie „przeciwdowodów") potwierdzających, że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że ze względu na obiektywne czynniki (opisane przykładowo w ustępie 1 artykułu 90 u.p.z.p.) są w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem.
Dodatkowo mając na uwadze, że wykonawcy składają oferty w odpowiedzi na ogłoszone postępowania, przygotowując ofertę ściśle według treści dokumentów przetargowych a także, iż Zamawiający nie może dokonać zmiany treści siwz po upływie terminu składania ofert należy przyjąć, iż wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. nie może wykraczać poza wymagania określone w siwz, ewentualnych zmianach do niej bądź wyjaśnieniach.
Zakaz wynikający z art. 38 ust. 4 u.p.z.p. stanowi dla wykonawców pewnego rodzaju gwarancję, zapewnienie, iż treść dokumentów przetargowych (siwz, ogłoszenie o

zamówieniu) na podstawie których przygotowali swoją ofertę nie ulegnie zmianie po upływie terminu składania ofert, a więc po upływie terminu w jakim wykonawcy mogą dokonać zmiany treści swojej oferty.

34

Pomimo tego Zamawiający kierując do Odwołujących wezwanie do wyjaśnienia ceny, w tym kosztów pracy i zastrzegając jednocześnie, iż koszty te nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U nr 200, poz. 1679 z 2004 r z p.zm) naruszył ustalone zasady władające postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Zamawiający w żadnym z dokumentów przetargowych nie zawarł wymogu, aby wszystkie osoby, które będą realizowały zamówienie były zatrudnione na podstawie umowy o pracę ani wymogu aby koszty ich pracy musiały być na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U nr 200, poz. 1679 z 2004 r z p.zm). Zgodnie z postanowieniami siwz wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy jedynie pracowników przejmowanych na podstawie art. 231KP, w pozostałym zaś zakresie decyzja o podstawie zatrudnienia i kosztach z tym związanych należała do każdego wykonawcy.
Stanowisko Odwołujących znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach Zamawiającego udzielonych w dniu 05.12.2014 r. (Wyjaśnienia nr 1) na pytanie na 146 następującej treści: „Czy Zamawiający wymaga aby poza pracownikami przejętymi na zasadzie 231 KP, wszystkie pozostałe osoby przewidziane do wykonania zamówienia były zatrudnione także na podstawie umowy o pracę?. Czy Zamawiający dopuszcza aby pozostałe osoby były zatrudnione na podstawie innych niż stosunku pracy form zatrudnienia (w tym na podstawie stosunku cywilnoprawnego)?.
Pytający zwraca uwagę na dysproporcję jaka może powstać pomiędzy sytuacją pracowników przejętych, korzystających w pełni z gwarancji i świadczeń przewidzianych prawem pracy a pozostałymi osobami, które mogą zostać zatrudnione na podstawie stosunku cywilnoprawnego (bez zagwarantowanego wynagrodzenia minimalnego za pracę oraz innych świadczeń). Jednocześnie, pytający zwraca uwagę, iż zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 29 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. W tym miejscu podkreślić należy, iż Zamawiający nie dopuścił powierzenia żadnej czynności zamówienia podwykonawcom ze względu na specyficzny charakter usługi świadczonej w Szpitalu, bezpieczeństwo pacjenta a także z uwagi na możliwość zagrożeń epidemiologicznych, z wyłączeniem usługi mycia okien wysokich i sprzątania terenów zielonych. Z powyższych przyczyn (tj. ze względu na bezpieczeństwo pacjenta), na podstawie art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy Pzp, Zamawiający mógłby zastrzec warunek zatrudnienia przez Wykonawcę całości

35

---

kadry na podstawie umowy o pracę, która może zagwarantować stabilność kadry pracującej przy pacjencie oraz zniwelować opisane wyżej dysproporcje’.
Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie wymaga, aby poza pracownikami przejętymi na zasadzie art, 231 KP, wszystkie pozostałe osoby przewidziane do wykonania zamówienia były zatrudnione także na podstawie umowy o pracę, zamawiający dopuszcza, aby pozostałe osoby były zatrudnione na podstawie innych niż stosunek pracy form zatrudnienia, które będą spełniały warunki wskazane we wzorze umowy § 7.
Dla pełnego obrazu Odwołujący wskazują, że w odniesieniu do umów cywilnoprawnych nie ma przepisów określających minimalny poziom wynagrodzenia.
Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący podnoszą, iż obowiązujące od 18 października 2014 r. przepisy art. 29 ust. 4 pkt. 4 u.p.z.p,, art. 36 ust 2 pkt. 9 d i w konsekwencji art. 90 ust, 1 pkt. 1 u.p.z.p. w żadnym wypadku nie obowiązują z mocy prawa, aby Zamawiający mógł na etapie badania i oceny ofert weryfikować zatrudnienie na podstawie umowy o pracę a także uwzględnienie w cenie kosztów umowy o pracę musi uprzednio na etapie opracowania siwz bądź zmian do niej poczynić stosowne zastrzeżenia.

Zatem jeśli z wezwania do wyjaśnienia wynika, iż Zamawiający wzywa do wyjaśnienia ceny poprzez wykazanie czy zawiera ona nie wskazane w dokumentach przetargowych wymagania należy przyjąć, iż wezwanie takie jest niezgodne z przepisami prawa bowiem za pomocą wezwania Zamawiający dokonuje niedopuszczalnej, pozbawionej podstaw prawnych zmiany treści siwz. Taka konstrukcja wezwania, uniemożliwia Odwołującym udzielenie do i jednocześnie z adekwatnych wezwania zgodnych dokumentami przetargowymi wyjaśnień. Natomiast wezwany wykonawca, który nie zgadza się z treścią wezwania w celu uniknięcia negatywnych dla siebie konsekwencji w postaci odrzucenia oferty w wypadku niewłaściwego wyjaśnienia ceny a tym samym nie obalenia domniemania powinien wnieść odwołanie kwestionując czynność wezwania.
VI. 2. W drugiej kolejności Odwołujący wskazują, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował tryb przewidziany w art. 90 ust, 1 u.p.z.p. gdyż zdaniem Odwołujących nie zaistniały przesłanki do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez Odwołujących jest rażąco niska. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie sposób znaleźć jakiekolwiek argumentów uzasadniających skierowanie do Odwołujących wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 u.p.z.p. w szczególności mając na uwadze, iż zaoferowana przez Odwołujących cena nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia ani nawet od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Natomiast dostrzeżenia wymaga, że samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami złożonych ofert jest naturalnym objawem konkurenci i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny.

Co ważne, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który bez wątpienia znajduje zastosowanie również na gruncie zmienionego art. 90 u.p.z.p. cena rażąco niska to cena nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca im zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji - tak. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 n, sygn.. akt. XIX Ga 175/10 „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealną w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen Tynkowych". Porównując wysokość cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie nie sposób uznać, iż cena oferowana przez Odwołujących jest rażąco zaniżona a tym samym nierealna.
W ocenie Odwołujących należy się zgodzić ze stanowiskiem Izby wyrażonym w orzeczeniu z dnia 19 lutego 2014 r., sygn.. akt. KIO 219/14 iż „należy zauważyć, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie nakazuje każdorazowo wzywać wykonawcę, który złożył ofertę z najniższą ceną do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca osiągnął proponowaną cenę. Zastosowanie procedury określonej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp pozostaje suwerenną decyzją zamawiającego, która jednak powinna być osadzona w realiach konkretnego postępowania. Ponadto jako czynność lub ewentualnie zaniechanie czynności, poddawana jest weryfikacji w drodze stosowania środków ochrony prawnej".
Wobec powyższego niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali wcześniej przedstawione na piśmie stanowiska.
W sprawie sygn. akt KIO 81/15 wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania przystępujący Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N. oświadczył do protokołu, że wnosi sprzeciw.

Odwołujący w sprawie sygn. akt: KIO 47/15 zauważył, że postępowanie prowadzone jest pod rządami przepisów obowiązujących od 19 października 2014 r. Wskazał na specyfikę przedmiotu zamówienia w tym znaczący czynnik kosztotwórczy jakim są wynagrodzenia osób wykonujących pracę. Zauważył, że w specyfikacji i odpowiedziach na pytania zamawiający szczegółowo wyjaśniał zakres wymaganych prac i ilość koniecznych do wykonania tych prac pracowników. Potwierdził, że zachodziły przesłanki zastosowania procedury z art. 90 ustawy niezależnie od fakty czy zamawiający nie określił wymogu

pozostawania w stosunku pracy (art. 29 ust 4). W odwołaniu zawarto szczegółowe wyliczenia z których wynika, że koszty pracy, cena z nich wynikająca w dwóch ofertach konkurencyjnych zostały zaniżone w szczególności zostały skalkulowane poniżej kosztów, których podstawą powinno być minimalne wynagrodzenie za pracę.
Zauważył, że odwołanie obecnie jest oczywiście zasadne co najmniej w zakresie żądania wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.
Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o., CS „Company" Sp. z o. o. Sp. K., Hospital Service „Company" Sp. z o. o. Sp. K. , DC System „Company" Sp. z o. o. Sp. K, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 47/15 po stronie zamawiającego i składające sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania wskazało, że na wezwanie zamawiającego złożyło zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące ceny, jednakże zostały one zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca podtrzymał to zastrzeżenie. Wskazał na realną możliwość pozyskania pomocy publicznej w znaczącym zakresie, co obniża koszty pracy. Na tę okoliczność wskazał na dotychczasowe doświadczenie oraz dokonane rozeznanie co do takich samych możliwości w bieżącym kontrakcie. Złożył kopię pisma zamawiającego, w której ocenia się wyjaśnienia wykonawcy dotyczące ceny jako właściwej. Odnosząc się do zarzutów odwołania stwierdził, że wyliczenie kosztów przejętych pracowników dokonane w odwołaniu są nawet niższe. Wskazał, że art. 241.8 kodeksu pracy nie oznacza gwarancji wynagrodzenia w okresie roku, lecz dotyczy stabilności zakładowego układu biurowego w tym okresie. Stwierdził, że kalkulacja zawarta w odwołaniu oparta jest na błędnych parametrach. Wskazał na str. 13 gdzie odwołujący przedstawił wysokość płacy minimalnej w latach przyszłych, która w rzeczywistości jest wielkością nieznaną. Zauważył przy tym, że przy projekcie umowy w § 25 przewidziano możliwość waloryzacji wynagrodzeń z uwagi na ewentualne zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego. Stwierdził, że wyjaśnienia dotyczące zaoferowania ceny złożył na wezwanie zamawiającego, lecz nie oznacza to uznania zarzutów odwołania za zasadne. Podkreślił brak złożenia dowodów przez odwołującego na okoliczność prawidłowej kalkulacji ceny dokonanej w odwołaniu. Przypomniał, że cena rażąco niska odnosi się do całości, a nie poszczególnych elementów.

Odwołujący Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., sygn. akt: KIO 60/15 popiera odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją. Wskazał na obowiązującą treść formularza, z której wynika wielkość procentowa czynności pomocy przy pacjencie

---

oraz utrzymania terenów zewnętrznych. Wybrany wykonawca przekroczył 8% próg co do czynności przy pacjencie poprzez co doprowadził do zaniżenia stawki vat co wpłynęło na cenę całej oferty. Wskazał, że treść formularza ofertowego i specyfikacji są przejrzyste. Wskazano w nich zakres procentowy opisanych części zamówienia, a celem takich sformułowań jest niewątpliwe zapobieżenie niewłaściwym praktykom kalkulowania cen z nadmiernym wykorzystaniem rodzajów prac objętych preferencyjną stawką podatku vat lub zwolnieniem. Potwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i taka możliwość istnieje biorąc pod uwagę czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tym także dot. ewentualnych wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny jak i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp. . Zauważył, że związek między zakresem rzeczowym, a ceną jest zrozumiały. Przypomniał, że w wyniku modyfikacji zamawiający określił wprost procent zakresu stosunku do wcześniejszego określenia „około". Zauważył, że w zakresie usług pomocniczych przy pacjencie przystępujący przekroczył wymagany 8 procentowy próg zakresu rzeczowego, a są to czynności niemal nie wymagające nakładów inwestycyjnych, a nie przypadkowo zwolnione z podatku vat. Jednocześnie 5 procentowy próg zakresu utrzymanie terenów zewnętrznych został przez wykonawcę zachowany, a są to usługi w których ponoszone są największe nakłady inwestycyjne. W ocenie odwołującego został zastosowany typowy zabieg mający na celu sprzedaż usług poniżej kosztów wytworzenia świadczenia. Powyższe wpisuje się w konstrukcję zarzutów odwołania. Wskazał, że czynności pomocowe mają być wykonywane przez 17 osób (przy 150 osobach całego personelu).
Przystępujący Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o., CS „Company" Sp. z o.o. Sp. K., Hospital Service „Company" Sp. z o.o. Sp. K. , DC System „Company" Sp. z o.o. Sp. K, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 60/15

po stronie zamawiającego podzielił pisemne stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że z podanych w odwołaniu odpowiedzi na pytania 196 do 199 wynika, że podane procenty odnoszą się do zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia, a nie do ceny ofertowej przedmiotu zamówienia. Podniósł także wątpliwości co do interesu tego wykonawcy, który nie zakwestionował zarzutów w stosunku do jego oferty zawartych w odwołaniu P. Nowika (KIO 47/15). Wskazał na rozdzielność terminów, zakres rzeczowy oraz zakres cenowy. Stwierdził przy tym, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu wadliwego w jego ocenie zakresu rzeczowego czynności w ofercie przystępującego. Zakwestionował stanowisko odwołującego dot. wysokości kosztów usług w zależność od ich rodzaju. Wskazuje na brak dowodów na tę okoliczność.

Odwołujący Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., sygn. akt: 81/15 odkreślił, że wezwanie do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 narusza przepisy i postanowienie specyfikacji w szczególności w kontekście ustaleń, że zamawiający nie wymagał by osoby świadczące usługi pozostawały w stosunku pracy. Zauważa, że zarówno wezwanie jak i wyjaśnienie odnosić się ma do całej ceny, a w przedmiotowym zamówieniu koszty osobowe wynoszą do 90% ceny całości zamówienia. Z tego też powodu kwestionuje narzucony przez zamawiającego wymóg rodzaju umów, który nie jest wskazany w specyfikacji na zasadach art. 29 ust 4 ustawy pzp. Częściowe wyjaśnienie tj. w zakresie który nie jest kwestionowany nie stanowiłoby wyjaśnienia ceny, tym samym nie doszłoby do obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, poza tym byłoby bezcelowe. Zakwestionował argumentację odwołującego odnosząc do art. 90 ust 1 i wskazywał, iż przy takiej ocenie bezprzedmiotowe byłyby przepisy w art. 29 ust 4, art. 36 ust 2 pkt 9c ustawy pzp. Przystępujący Zakład Sprzątania Wnętrz – A. N., zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 81/15 po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Uznał że niezależnie od rodzaju umowy koszty przyjęte w obliczeniach ceny usługi nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Stwierdził, że treść wezwania odwołującego w pełni odpowiada treść przepisu art. 90 ust 1 Pzp z dodatkowym uwzględnieniem specyfiki zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołań na rozprawie i wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestników przedstawionych na piśmie oraz do protokołu zważyła, co następuje.

Sygn. akt. KIO 47/15

Skład orzekający uznał, że zarzut naruszenia przez zamawiającego w toku oceny ofert zastosowania art. 90 st. 1 ustawy pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum: IMPEL CLEANING Sp. z o. o., CS "Company" Sp. z o. o. Sp. K., HOSPITAL SERWICE "Company" Sp. z o. o. Sp. K., DC System "Company" Sp. Z o. o. Sp. K. oraz oferty złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o. o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o. za uzasadniony. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez uprzedniego dokonania czynności wskazanych w powołanym przepisie ustawy. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.), 2/ pomocy

W sprawie rozpatrywanej publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
wprawdzie nie zachodziły przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień na podstawie porównania wzajemnego cen ofert, jak i odniesienia do wartości przedmiotu zamówienia, uznać należy z uwagi na specyfikę zamówienia, iż zachodziły wątpliwości co do możliwości realnego zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za ceny zaoferowane prze wskazanych wyżej wykonawców. W szczególności za istotną okoliczność należy uznać fakt, iż znaczącą, wg niezaprzeczonych twierdzeń stanowiącą ok. 90% wartości i ceny zamówienia część stanowią koszty osobowe nazywane także kosztami pracy. Izba podziela w tym miejscu stanowisko, iż stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy pzp elementem oferty mający wpływ na wysokość ceny są koszty pracy, który wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazaną w art. 90 ustawy pzp. Należy zauważyć, że przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy pzp tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia, zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych tj. np. zlecenia lub umowy o dzieło. Zważywszy na przedstawione okoliczności zarzuty odwołania w omawianym zakresie należało uznać z uzasadnione.
Należy jednak wziąć pod uwagę, że po wniesieniu odwołania zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w trybie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, a następnie dokonał czynności

unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wysokości zaoferowanej ceny w trybie art. 192 ust. 2 ustawy pzp. W takim stanie rzeczy, pomimo stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 90 ustawy pzp Izba stwierdza, że stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, a nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie cen ofert stało się bezcelowe i nie miałoby wpływu na wynik postępowania, a zatem stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy pzp jest oddalenie odwołania. Ponadto należy stwierdzić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, do którego należy również ocena otrzymanych wyjaśnień. Na dzień wyrokowania wynik takiej oceny rozumiany jako czynność lub zaniechanie nie został przez zamawiającego, stąd brak jest podstawy rozstrzygania w tym zakresie przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Sygn. akt KIO 60/15
Odwołanie zostało oddalone, gdyż Izba podziela stanowisko zamawiającego i uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po jego stronie mając na uwadze treść postanowień siwz sprecyzowanych w odpowiedzi na pytania 196 – 199. Odwołujący zarzuca naruszenie przez wybranego wykonawcę wymagań siwz w złożonej ofercie, gdzie cena za czynności pomocnicze przy pacjencie oraz cena za usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych nie stanowią odpowiednio 8% i 5% ceny za cały przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wskazał jednak w rzeczywistości żadnego z postanowień siwz, z którego wynikałby wymóg, aby cena za czynności pomocnicze przy pacjencie stanowiła 8% ceny za cały przedmiot zamówienia, a cena za usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych wraz z pielęgnacją terenów zielonych stanowiła 5% ceny za cały przedmiot zamówienia. Takiego wymogu de facto nie ma w siwz. W pkt XVII siwz, który zawiera opis sposobu obliczenia ceny przez wykonawców brak jest j wymagań w tym zakresie, takich jak przedstawił odwołujący. Zarówno w cytowanej w odwołaniu odpowiedzi zamawiającego na pytania na 196, 197, 198 i 199, jak i z treści wzoru formularza oferty wynika, że podane i skonkretyzowane wielkości procentowe odnoszą się do zakresu rzeczowego całości przedmiotu zamówienia, a nie do ceny ofertowej za realizację całego przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek rzeczywiści zakres rzeczowy co do zasady powinien być skorelowany z określoną częścią ceny, to wobec jednoznacznego

sformułowania wymagań przez odwołującego, zarzuty odwołania zostały uznane za niepotwierdzone.

42

Sygn. akt KIO 81/15

Jak wynika ze wskazanych wyżej w motywów rozstrzygnięcia sprawy sygn. akt KIO 47/15 skład orzekający uznaje za uzasadnione dokonanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego się wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. W szczególności Izba podtrzymuje zasadność i zgodność z powołanym przepisem treści wezwania skierowanego do odwołującego, w którym precyzuje się wartość kosztów pracy przyjętą do ustalenia ceny, jako nie mogącą być niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, niezależnie od rodzaju stosunku prawnego, na podstawie którego będą wykonywane czynności przez osoby pracujące na rzecz wykonawcy.
Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

……

43