**Sygn. akt: KIO 207/16**

**WYROK**
**z dnia 2 marca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2016 roku. przez wykonawcę **FOX SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FOX SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FOX SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **FOX SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach,** kwotę **3 870 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.



---

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

**Przewodniczący: ……**



---

**Sygn. akt: KIO 207/16**

**Uzasadnienie**

W dniu 16 lutego 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164) (zwaną dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp"), odwołanie złożył wykonawca FOX SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, (zwany dalej „Odwołującym").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług utrzymania czystości i porządku nieruchomości zarządzanych przez KZGM w Katowicach prowadzi Zamawiający: Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz. U./S S238-432576-PL w dniu 09/12/2015. Odwołanie wniesiono w zakresie części nr 1, 4, 5, 7 odnośnie wyboru oferty wykonawcy IMPEL CLEANING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanej dalej „IMPEL") jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności:
1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą Pzp,
3. art. 89 ust 1 pkt 1-3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPEL dla wskazanych części przedmiotu zamówienia, która jest niezgodna z ustawą, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPEL zawierającej rażąco niską cenę,
5. art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 58 kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPEL, której złożenie stanowi czynność prawną sprzeczną z ustawą lub mającą na celu obejście ustawy,
6. art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPEL, która zawiera rażąco niską cenę, a ocena złożonych wyjaśnień przez IMPEL dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa,
7. art. 90 ust. 1-2 poprzez dokonanie wadliwej oraz dowolnej oceny złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez IMPEL.



---

Odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy IMPEL, jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 1, 4, 5, 7 przedmiotu zamówienia,
3. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1-4 i 8 ustawy Pzp. oferty IMPEL,
4. odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. oferty IMPEL,
5. nakazanie dokonania czynności powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej dla części nr 1,4,5,7 przedmiotu zamówienia, spośród ofert ważnych, nieodrzuconych, zgodnie z ustawą Pzp. odpowiednimi zapisami SIWZ, oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
7. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

Odwołujący ma interes prawny i ekonomiczny we wniesieniu odwołania, albowiem w razie uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności, oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą dla części nr 1, 4, 5, 7 w świetle odpowiednich zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej „SIWZ"). Działanie Zamawiającego naruszające przepisy ustawy Pzp, uniemożliwia wybór oferty Odwołującego dla części nr 1,4,5,7 jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący poniesie szkodę, poprzez uniemożliwienie osiągnięcia zakładanego dochodu.

Wskazano, że w dniu 6 lutego 2016 r. pocztą elektroniczną Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty wykonawcy IMPEL jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 1, 4, 5, 7 przedmiotu zamówienia. Odwołanie wniesione zostało w terminie 10 dni od dnia doręczenia informacji o rozstrzygnięciu postępowania. Uwzględniając dyspozycję art. 182 ust. 1 Ustawy Pzp, odwołanie należy uznać za wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący wniósł wpis od odwołania na konto UZP. Zgodnie z art. 180 ust 5 ustawy Pzp, Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu pocztą elektroniczną na adres e-mail wskazany w SIWZ.

W uzasadnieniu podniesiono, że przedmiot zamówienia został podzielony na 10 części. Kryterium wyboru oferty jest cena za wykonanie zamówienia. W dniu 6 luty 2016r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych dla części nr 1,2,3,4,5,7,9,10 przedmiotu zamówienia wskazując IMPEL jako wykonawcę.

Ogłaszając przedmiotowe postępowania, w rozdziale VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków" w pkt 3b SIWZ, wskazał minimalną ilość osób Zamawiający wymaganą uczestniczących w wykonywaniu zamówienia dla poszczególnych części. Jednocześnie w dniu 5 stycznia 2016r. Zamawiający doprecyzował zapisy SIWZ udzielając wyjaśnień treści SIWZ,

a dotyczących minimalnego czasu pracy osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, które musi być uwzględnione w złożonej ofercie. Odpowiadając na pytanie nr 6 Zamawiający wymagał, aby Wykonawca uwzględnił w ofercie zatrudnienie minimalnej ilości osób wykonujących czynności utrzymania porządku i czystości dla poszczególnych części wskazanych w rozdziale VI pkt 3b SIWZ w pełnym wymiarze czasu pracy. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź jasno i precyzyjnie potwierdza warunek, iż wykonawca w ofercie powinien uwzględnić, w przypadku zatrudnienia na etat co najmniej minimalny koszt wynagrodzenia pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wykonawca IMPEL wskazał w swoich ofertach dla poszczególnych części zamówienia, iż zatrudnia osoby na podstawie umowy o pracę.

Wyciąg z oferty IMPEL dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia (tabela)

| | Część nr 1 | Część nr 4 | Część nr 5 | Część nr 7 | Część nr 10 |
|---|---|---|---|---|---|
| Ilość osób wymagana zgodnie z SIWZ | 23 | 7 | 20 | 21 | 16 |
| Ilość osób niepełnosprawnych (w ofercie IMPEL) (%) | 18 (100%) | 20 (100%) | 21 (100%) | 16 (78,26%) | 7 (100%) |
| „Średnia wysokość dofinansowania" (w ofercie IMPEL) | 381493,80 | 300.737,59 | 87 668,04 | 129.500,00 | 365.337,90 |
| *Cena netto oferty IMPEL* | 726.656,91 | 306.593,49 | 320.349,42 | 234.480,90 | 177.899,25 |
| Roczny fundusz płac (ilość osób x 18S0zł x 12 miesięcy) bez składek społecznych ponoszonych przez Pracodawcę (obliczenia Odwołującego) | 510.600,00 | 444.000.00 | 466.200,00 | 355200,00 | 155400,00 |

Ponieważ zaoferowane przez IMPEL ceny netto dla poszczególnych części zamówienia były często niższe niż wymagany roczny fundusz plac i to bez uwzględnienia obowiązkowych składek ponoszonych przez Pracodawcę (cześć nr 4, 5, 7) albo bardzo zbliżone (część nr 1) i jednocześnie znacznie odbiegały od cen zaoferowanych przez konkurencyjne podmioty, do zamawiającego wpłynęło zawiadomienie o złożeniu przez IMPEL ofert z rażąco niską ceną.

Jednocześnie Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z podejrzeniem złożenia oferty z rażąco niską ceną, wezwał w dniu 2 lutego 2016r. firmę IMPEL do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zgodnie z treścią wezwania Zamawiający w szczególności zażądał:



„(…) Wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację realnych kosztów związanych z realizacją zamówienia, jakie poniesienie Wykonawca, wskazujące też na konkretne okoliczności (czynniki), które są właściwe dla Wykonawcy, a które w sposób znaczący wpływają na możliwość ustalenia ceny ofertowej (a także stanowią punkt wyjścia dla cen jednostkowych (…)” .„(…) Muszą dotyczyć okoliczności związanych z elementami oferty mającymi wpływ na cenę w szczególności:

- kosztów pracy obejmujących, co najmniej minimalną ilość liczbę (23) wykazanych w wykazie dla części nr 1 zamówienia oraz zakresy ich obowiązków (uwzględniających rodzaj i częstotliwość wykonywanych proc wskazanych w załącznikach 3 i 3 a dla poszczególnych części. Wykonawca powinien także zawrzeć informację, czy korzysta z pomocy publicznej (np. PFRON, które z wykazanych osób są nią objęte i jak ona kształtuje się/ wpływa na koszty pracy) (…)”.

Zamawiający wezwał również IMPEL do przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca powinien dowody takie przedłożyć np.

- kopie dokumentów z PFRON potwierdzających wysokość / dofinansowania z podaniem dokładnie, której z osób dotyczy,
- kopie umów, zleceń, innych dokumentów kadrowych...."

Jednocześnie Zamawiający przestrzegł IMPEL przed udzieleniem zbyt ogólnikowych

wyjaśnień.

W związku z powyższym należy uznać za bezsporne, iż Zamawiający na tym etapie postępowania wskazał właściwie i precyzyjnie zakres wyjaśnień jakich oczekuje od IMPEL. Ponieważ w tego typu usługach koszt wynagrodzeń stanowi podstawowy koszt każdego Wykonawcy, bezsporne jest, iż zgodnie z treścią wezwania, szczególnie wysokość wynagrodzeń powinien IMPEL przedstawić z wyjątkową dbałością, starannością i z poparciem dowodów.

Wykonawca IMPEL złożył wyjaśnienia w dniu 3 luty 2016r. Wyjaśnienia składały się z części opisowej, dowodów na poparcie tez (niektórych) oraz tabeli pt „kalkulacja ceny" sporządzonych osobno dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia.
W każdej części opisowej wyjaśnień, wykonawca IMPEL poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach:
- o bogatym 25 letnim doświadczeniu,
- o sprzęcie, który posiada na własność i który został zamortyzowany (jednak jak wynika z załączonych do wyjaśnień dokumentów księgowych - dowód nr 1, sprzęt ten znajduje się w odległości kilkuset km od Katowic, czyli miejsca wykonywania zamówienia, np. Świdnik),
- o posiadanym statusie zakładu pracy chronionej,



- o otrzymywanym dofinansowaniu z PERON.

W odpowiedzi na powyższe ogólnikowe informacje IMPEL, Odwołujący podkreśla, iż wszyscy oferenci startujący w przetargu to firmy z wieloletnią tradycją albo mające za partnerów firmy z długoletnią praktyką, posiadające siedzibę i zakłady w Katowicach albo w najbliższej odległości, posiadające sprzęt techniczny na miejscu lub w najbliższej odległości.

Dalej IMPEL w wyjaśnieniach wskazał, iż podstawowym instrumentem pozwalającym zaproponować tak niskie ceny jest otrzymywane dofinansowanie z PERON.

Odwołujący przytoczył w celach dowodowych zgodnie z art. 26 a ust. 1 ustawy o rehabilitacji osób niepełnosprawnych maksymalną miesięczną i roczną wysokość dofinansowania dla każdego pracodawcy zatrudniającego osoby niepełnosprawne w zależności od stopnia niepełnosprawności.

| Stopień niepełnosprawności | Miesięczna kwota dofinansowania do 1 etatu osoby niepełnosprawnej | Roczna maksymalna kwota dofinansowania maksymalna dofinansowania do 1 etatu osoby |
|---|---|---|
| Lekki | 450,00 | 5.400,00 |
| Umiarkowany | 1.125,00 | 13.500,00 |
| Znaczny | 1.800,00 | 21.600,00 |

Odwołujący podkreśla, iż IMPEL błędnie wskazuje w złożonych wyjaśnieniach, iż jest to „wysokość składek", a Zamawiający przyjmuje to twierdzenie bez zastrzeżeń. IMPEL w kalkulacji ceny oferty powołuje się na „...średnią wysokość dofinansowania do etatu osób niepełnosprawnych...", wyliczenie tej średniej ma być rzekomo poparte dowodem nr 8 z jego wyjaśnień. Dowód nr 8 wskazuje jedynie treść art. 26a ustawy, który mówi o maksymalnym miesięcznym dofinansowaniu dla pracodawców zatrudniających osoby niepełnosprawne, w zależności od posiadanego przez pracownika stopnia niepełnosprawności. Firma IMPEL nie podaje w wyjaśnieniach liczby osób niepełnosprawnych z podziałem na poszczególne stopnie niepełnosprawności, a więc przywołany dowód jest bezużyteczny i nie pozwala zweryfikować prawdziwości i prawidłowości wyliczenia „średniej wysokość dofinansowania do etatu osób niepełnosprawnych”.

Jak zauważa Odwołujący, średnia wysokość dofinansowania do etatu osób niepełnosprawnych przyjęta przez IMPEL jest różna dla różnych części przedmiotu zamówienia a zatem jest dowodem na to, że średnia ta zależy od stopnia niepełnosprawności pracowników. Nie ma możliwości zweryfikowania rzetelności wyliczenia tej „średniej” na podstawie dokumentów załączonych do wyjaśnień IMPEL. Zupełnie niezrozumiałe jest, iż Zamawiający również nie wnosił uwag do powyższego, uznając chyba

rzetelność wyliczenia na podstawie jakiś innych (nieznanych Odwołującemu) dokumentów i dowodów, których w samych wyjaśnieniach nie ma.

Jeżeli dla każdej części zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca zatrudniał co najmniej minimalną ilość osób, które należało wskazać z imienia i nazwiska zgodnie z zapisami rozdziału SIWZ, a następnie Zamawiający wezwał IMPEL do złożenia wyjaśnień ze wskazaniem, które z wymienionych osób są objęte pomocą publiczną i jak się ona kształtuje/wpływa na koszty pracy, to bezspornie dla udowodnienia wysokości dofinansowania IMPEL zobowiązany był wskazać, które osoby są osobami niepełnosprawnymi, w jakim stopniu i do kiedy mają przyznany stopień niepełnosprawności (np. czy na cały czas wykonywania usługi). Jest to niezbędne do udowodnienia jakie dofinansowanie tak naprawdę się należy pracodawcy, ponieważ wysokość dofinansowania jest zależna od stopnia niepełnosprawności. Wbrew treści wezwania, IMPEL powołując się na ustawę o ochronie danych osobowych i brak zgody pracowników odmówił ujawnienia, którzy pracownicy posiadają status osób niepełnosprawnych i w jakim stopniu niepełnosprawności. IMPEL mimo twierdzenia, iż nie uzyskał zgody pracowników na ujawnienie niezbędnych danych, nie przedstawił dowodu na twierdzenie, że prośbę o taką zgodę w ogóle skierował do pracowników. Poprzestał jedynie na podaniu ogólnej liczby osób niepełnosprawnych, bez wskazania chociażby liczby osób z podziałem na poszczególnie stopnie niepełnosprawności (pomimo ciążącego na IMPEL obowiązku dowodowego), co umożliwiłoby Zamawiającemu jak i każdemu Wykonawcy możliwość weryfikacji prawdziwości i rzetelności kalkulacji ceny oferty. Wyjaśnienia IMPEL w tym zakresie są bezwartościowe, nie stanowią dowodu na prawdziwość, realność i prawidłowość złożonej oferty cenowej.

Nie jest też dowodem na potwierdzenie rzetelności i prawdziwości kalkulacji ceny, oświadczenie IMPEL o strukturze zatrudnienia (dowód nr 3 do wyjaśnień), którego treść mówi o udziale procentowym osób niepełnosprawnych w całkowitej liczbie zatrudnionych w Regionie Operacyjnym Śląsk, ponieważ kalkulacja ceny musi się odnosić i mieć oparcie wyłącznie w osobach, które z imienia i nazwiska IMPEL wskazał w swojej ofercie dla wykonania tej części przedmiotu zamówienia (wymóg SIWZ). Wyłącznie z ostrożności procesowej, Odwołujący podnosi również, iż stan zatrudnienia w regionie operacyjnym Śląsk jest wskazany na dzień 31.01.2016r czyli już po terminie składania ofert, a więc jako taki dokument ten w żadnym wypadku nie może być brany pod uwagę do dowodzenia kalkulacji ceny oferty. Odnosi się bowiem do stanu faktycznego już po terminie składania ofert tj. po 20 stycznia 2016r.

Odwołujący podkreśla, iż pomimo, że IMPEL korzysta z pracowników o umiarkowanym i znacznym stopniu niepełnosprawności, nie dokonał w sposób należyty oszacowania roboczogodzin pracowników zgodnie z wymogami dotyczącymi czasu pracy osób niepełnosprawnych tj. art. 15 ust 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 o rehabilitacji



zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011, nr 127, poz. 721 ze zm.) zgodnie z którym czas pracy osoby niepełnosprawnej, zaliczonej do umiarkowanego lub znacznego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

IMPEL nie uwzględnił w przedstawionej kalkulacji ceny oferty, faktu, iż osoby z umiarkowanym lub wyższym stopniem niepełnosprawności mogą pracować jedynie 7 godzin dziennie, a więc ten ubytek roboczogodzin powinien być uzupełniony większą ilością etatów przeznaczonych do realizacji zamówienia, tak aby spełniać wymóg SIWZ. Uwzględnił jedynie pozytywne aspekty finansowe zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tzn. pomoc publiczną w postaci dofinansowania do wynagrodzenia tychże osób.

Wobec oferty IMPEL dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, Odwołujący podnosi, iż: zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożone wyjaśnienia są nierzetelne, nieprecyzyjne i nie poparte dowodami świadcząc, że kalkulacja ceny jest nierzetelna i nierealna, wyjaśnienia złożone przez IMPEL zostały ocenione przez Zamawiającego nierzetelnie i z brakiem należytej staranności.

Dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał, aby wykonawca zatrudniał co najmniej 23 osoby, które należało wskazać z imienia i nazwiska zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 3b.

IMPEL w ofercie wskazał 23 osoby, natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż wśród 23 pracowników jest 18 osób niepełnosprawnych.

Z pozycji „średnia wysokość dofinansowania do etatu osoby niepełnosprawnej" ujętej

w tabeli „kalkulacja ceny" (dowód nr 9 do wyjaśnień) wynika, iż dofinansowanie którego spodziewa się IMPEL wynosi 129.600,00 zł rocznie. Oznacza to, iż w grupie 18 osób niepełnosprawnych muszą znajdować się osoby z umiarkowanym lub/i znacznym stopniem niepełnosprawności.
Na dowód tego wystarczy wskazać proste działanie matematyczne: 18 osób x 450 zł x 12 miesięcy = 97.200,00 zł
gdzie 450,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności, czyli takich których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 8 godzin
Ponieważ jest to kwota niższa niż ujęta w kalkulacji ceny IMPEL, to zaistniała różnica między kwotę 97.200,00 zł a 129.600,00 która wynosi 32.400,00, niezbicie dowodzi, iż w liczbie pracowników niepełnosprawnych muszę być ujęte 4 osoby z co najmniej umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, dla których 1.125,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania, czyli takich, których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 7 godzin.
W tym przypadku kwota dofinansowania podana w kalkulacji IMPEL jest możliwa do uzyskania.



Dla 14 osób z lekkim stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 75.600,00 zł (14 x 450zł x 12 miesięcy)
Dla 4 osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 54000,00 zł (4 osoby x 1.125,00 x 12 miesięcy)
co łącznie dopiero może dać kwotę 129.600,00 zł dofinansowania wskazaną przez IMPEL w tabeli kalkulacji ceny dla 18 pracowników niepełnosprawnych.

Oznacza to, iż w przypadku gdy 4 z 18 osób niepełnosprawnych są osobami, z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności z 7 godzinnym dobowym czasem pracy (35 godzin w tygodniu), to oferta firmy IMPEL powinna zakładać zatrudnienie większej ilości osób niż 23 osoby wymagane przez Zamawiającego, tak aby oferta była zgodna z treścią przedmiotu zamówienia, gwarantowała wykonywanie usługi przez wymaganą ilość osób oraz wymaganą ilość roboczogodzin i obejmowała cały przedmiot zamówienia.

IMPEL miał obowiązek wskazać większą ilość pracowników tak, aby pokryć różnicę pomiędzy mniejszą ilością roboczogodzin wynikającą z krótszego czasu pracy osób niepełnosprawnych, a ilością roboczogodzin wymaganą przez Zamawiającego.

W skali miesiąca IMPEL nie uwzględnił ubytku 1 godziny pracy dziennie, czyli 5 godzin tygodniowo dla każdego z 4 pracowników niepełnosprawnych o wyższym stopniu niepełnosprawności niż lekki, w skali roku powoduje to, iż przy 52 tygodniach, niepokryty ubytek wynosi co najmniej 260 roboczogodzin dla każdego z 4 pracowników z co najmniej umiarkowanym stopniem niepełnosprawności (łącznie 1040 roboczogodzin rocznie).
Tym samym, IMPEL przyjął do kalkulacji ceny zbyt małą ilość osób i roboczogodzin, czym nie spełnił warunku opisanego w rozdziale VI pkt 3 SIWZ i w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, nie uwzględniającą dobowych i tygodniowych norm czasu pracy dla osób niepełnosprawnych z umiarkowanym lub znacznym stopniem niepełnosprawności.
W związku z powyższym, oferta IMPEL jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec oferty IMPEL dla części nr 4 przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca zatrudniał co najmniej 20 osób, które należało wskazać z imienia i nazwiska, zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 3b.

IMPEL w ofercie wskazał 20 osób przewidzianych do zatrudnienia, natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż wszyscy pracownicy to osoby niepełnosprawne.

Z pozycji „średnia wysokość dofinansowania do etatu osoby niepełnosprawnej" ujętej w tabeli „kalkulacja ceny" (dowód nr 9 do wyjaśnień) wynika, iż dofinansowanie, którego spodziewa się IMPEL wynosi 365.337,90 zł rocznie. Biorąc pod uwagę wykazaną ilość 20 osób niepełnosprawnych, to średnio na 1 pracownika wychodzi dofinansowanie w kwocie 18.266,90 zł rocznie. Oznacza to, iż w grupie 20 osób musi się znajdować większość osób z umiarkowanym lub/i znacznym stopniem niepełnosprawności, ponieważ dopiero



dofinansowanie zatrudnienia osób z najwyższym stopniem niepełnosprawności może pozwolić uzyskać dofinansowanie w wykazanej wielkości.

Na dowód tego wystarczy wskazać proste działanie matematyczne:
20 osób x 450 zł x 12 miesięcy = 108.000,00 zł
gdzie 450,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności, czyli takich, których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 8 godzin. Ponieważ jest to kwota niższa niż ujęta w kalkulacji ceny IMPEL, to zaistniała różnica między kwotą 108.000,00 zł a kwotą 365.337,90 która wynosi 257.337,90 zł niezbicie dowodzi, iż w liczbie pracowników niepełnosprawnych musi być ujęte 16 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności, dla których 1.800,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania zatrudnienia, czyli takich, których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 7 godzin. W tym przypadku kwota dofinansowania podana w kalkulacji IMPEL jest możliwa do uzyskania.
Dla 4 osób z lekkim stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 21.600,00 zł (4 x 450zł miesięcznie x 12 miesięcy)
Dla 16 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 345.600,00 zł (16 osób x 1.800,00 miesięcznie x 12 miesięcy)
co łącznie dopiero może dać kwotę 367.200,00 zł dofinansowania tj, kwotę zbliżoną do wskazanej przez IMPEL w tabeli kalkulacji ceny dla 20 pracowników niepełnosprawnych.

Oznacza to, iż w przypadku, gdy 16 z 20 osób niepełnosprawnych, są osobami z znacznym stopniem niepełnosprawności z 7 godzinnym dobowym czasem pracy (35 godzin w tygodniu), to oferta firmy IMPEL powinna zakładać zatrudnienie większej ilości osób niż 20 osoby wymagane przez Zamawiającego, tak aby oferta była zgodna z treścią przedmiotu zamówienia, gwarantowała wykonywanie usługi przez wymaganą ilość osób oraz wymaganą ilość roboczogodzin i obejmowała cały przedmiot zamówienia.

IMPEL miał obowiązek wskazać większą ilość pracowników tak, aby pokryć różnicę pomiędzy mniejszą ilością roboczogodzin wynikającą z krótszego czasu pracy osób niepełnosprawnych, a ilością roboczogodzin wymaganą przez Zamawiającego.

W skali miesiąca IMPEL nie uwzględnił ubytku 1 godziny pracy dziennie, czyli 5 godzin tygodniowo dla każdego z 16 pracowników niepełnosprawnych o wyższym stopniu niepełnosprawności niż lekki, w skali roku powoduje, iż przy 52 tygodniach w roku niepokryty ubytek wynosi co najmniej 260 roboczogodzin dla każdego z 16 pracowników ze znacznym stopniem niepełnosprawności (łącznie 4160 roboczogodzin rocznie).

Tym samym, IMPEL przyjął do kalkulacji ceny zbyt małą ilość osób i roboczogodzin, czym nie spełnił warunku opisanego w rozdziale VI pkt 3 SIWZ i w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, nie uwzględniającą dobowych i tygodniowych norm czasu pracy dla osób niepełnosprawnych z umiarkowanym lub znacznym stopniem niepełnosprawności.



---

W związku z powyższym, oferta IMPEL jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec oferty IMPEL dla części nr 5 przedmiotu zamówienia Odwołujący podnosi, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca zatrudniał co najmniej 21 osób, które należało wskazać z imienia i nazwiska, zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 3b.

IMPEL w ofercie wskazał 21 osób przewidzianych do zatrudnienia, natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż wszyscy pracownicy to osoby niepełnosprawne.

Z pozycji „średnia wysokość dofinansowania do etatu osoby niepełnosprawnej" ujętej w tabeli „kalkulacja ceny" (dowód nr 9 do wyjaśnień) wynika, iż dofinansowanie, którego spodziewa się IMPEL wynosi 381.493,80 zł rocznie. Biorąc pod uwagę wykazaną ilość 21 osób niepełnosprawnych, to średnio na 1 pracownika wychodzi dofinansowanie w kwocie 18.166,37 zł rocznie. Oznacza to, iż w grupie 20 osób musi się znajdować większość osób z umiarkowanym lub/i znacznym stopniem niepełnosprawności, ponieważ dopiero dofinansowanie zatrudnienia osób z najwyższym stopniem niepełnosprawności może pozwolić uzyskać dofinansowanie w wykazanej wielkości. Na dowód tego wystarczy wskazać proste działanie matematyczne:
21 osób x 450 zł x 12 miesięcy = 113.400,00 zł
gdzie 450,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności, czyli takich których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 8 godzin. Ponieważ jest to kwota niższa niż ujęta w kalkulacji ceny IMPEL, to zaistniała różnica między kwotą 113.400,00 zł a kwotą 381.493,80, która wynosi 268 093,80, niezbicie dowodzi, iż w liczbie pracowników niepełnosprawnych musi być ujęte 17 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności, dla których 1.800,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania

zatrudnienia, czyli takich, których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 7 godzin. W tym przypadku kwota dofinansowania podana w kalkulacji IMPEL jest możliwa do uzyskania.
Dla 4 osób z lekkim stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 21.600,00 zł (4 x 450zł miesięcznie x 12 miesięcy)
Dla 17 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 367.200,00zł (17 osób x 1.800,00 miesięcznie x 12 miesięcy)
co łącznie dopiero może dać kwotę 388,800,00 zł dofinansowania tj, kwotę zbliżoną do wskazanej przez IMPEL w tabeli kalkulacji ceny dla 21 pracowników niepełnosprawnych. Oznacza to, iż w przypadku, gdy 17 z 21 osób niepełnosprawnych, są osobami z znacznym stopniem niepełnosprawności z 7 godzinnym dobowym czasem pracy (35 godzin w tygodniu) to oferta firmy IMPEL powinna zakładać zatrudnienie większej ilości osób niż 21 osoby wymagane przez Zamawiającego, tak aby oferta była zgodna z treścią przedmiotu zamówienia, gwarantowała wykonywanie usługi przez wymaganą ilość osób oraz wymaganą ilość roboczogodzin i obejmowała cały przedmiot zamówienia. IMPEL miał obowiązek



wskazać większą ilość pracowników tak, aby pokryć różnicę pomiędzy mniejszą ilością roboczogodzin wynikającą z krótszego czasu pracy osób niepełnosprawnych, a ilością roboczogodzin wymaganą przez Zamawiającego.

W skali miesiąca IMPEL nie uwzględnił ubytku 1 godziny pracy dziennie, czyli 5 godzin tygodniowo dla każdego z 17 pracowników niepełnosprawnych o wyższym stopniu niepełnosprawności niż lekki, w skali roku powoduje to, iż przy 52 tygodniach w roku niepokryty ubytek wynosi co najmniej 260 roboczogodzin dla każdego z 17 pracowników z znacznym stopniem niepełnosprawności (łącznie 4420 roboczogodzin rocznie).

Tym samym, IMPEL przyjął do kalkulacji ceny zbyt małą ilość osób i roboczogodzin, czym nie spełnił warunku opisanego w rozdziale VI pkt 3 SIWZ i w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, nie uwzględniającą dobowych i tygodniowych norm czasu pracy dla osób niepełnosprawnych z umiarkowanym lub znacznym stopniem niepełnosprawności. W związku z powyższym, oferta IMPEL jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec oferty IMPEL dla części nr 7 przedmiotu zamówienia Odwołujący podnosi, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca zatrudniał co najmniej 16 osób. które należało wskazać z imienia i nazwiska, zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 3b.

IMPEL w ofercie wskazał 16 osób przewidzianych do zatrudnienia, natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż wszyscy pracownicy to osoby niepełnosprawne.

W pozycji „średnia wysokość dofinansowania do etatu osoby niepełnosprawnej" ujętej w tabeli „kalkulacja ceny" (dowód nr 9 do wyjaśnień) wynika, iż dofinansowanie, którego spodziewa się IMPEL wynosi 300.737,59 zł rocznie. Biorąc pod uwagę wykazaną ilość 16 osób niepełnosprawnych to średnio na 1 pracownika wychodzi dofinansowanie w kwocie 18 796,10 zł rocznie. Oznacza to, iż w grupie 16 osób musi się znajdować większość osób z umiarkowanym lub/i znacznym stopniem niepełnosprawności, ponieważ dopiero dofinansowanie zatrudnienia osób z najwyższym stopniem niepełnosprawności może pozwolić uzyskać dofinansowanie w wykazanej wielkości. Na dowód tego wystarczy wskazać proste działanie matematyczne:
16 osób x 450 zł x 12 miesięcy = 86.400,00 zł
gdzie 450,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania osoby z lekkim stopniem niepełnosprawności, czyli takich których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 8 godzin.

Ponieważ jest to kwota niższa niż ujęta w kalkulacji ceny IMPEL, to zaistniała różnica między kwotą 86.400,00 zł a kwotą 300.737,59 zł która wynosi 214.337,59 zł niezbicie dowodzi, iż w liczbie pracowników niepełnosprawnych musi być ujęte 14 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności, dla których 1.800,00 zł to kwota miesięcznego dofinansowania zatrudnienia, czyli takich, których dobowy wymiar czasu pracy wynosi 7



godzin w tym przypadku kwota dofinansowania podana w kalkulacji IMPEL jest możliwa do uzyskania.
Dla 2 osób z lekkim stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 10.800,00 zł (2 x 450zł miesięcznie x 12 miesięcy)

Dla 14 osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności dofinansowanie roczne wynosi 302.400,00 zł (14 osób x 1.800,00 miesięcznie x 12 miesięcy)
co łącznie dopiero może dać kwotę 313.200,00 zł dofinansowania tj, kwotę niewiele wyższą niż wskazanej przez IMPEL w tabeli kalkulacji ceny dla 16 pracowników niepełnosprawnych. Oznacza to, iż w przypadku, gdy 14 z 16 osób niepełnosprawnych, są osobami, ze znacznym stopniem niepełnosprawności z 7 godzinnym dobowym czasem pracy (35 godzin w tygodniu), to oferta firmy IMPEL powinna zakładać zatrudnienie większej ilości osób niż 16 osoby wymagane przez Zamawiającego, tak aby oferta była zgodna z treścią przedmiotu zamówienia, gwarantowała wykonywanie usługi przez wymaganą ilość osób oraz wymaganą ilość roboczogodzin i obejmowała cały przedmiot zamówienia.

IMPEL miał obowiązek wskazać większą ilość pracowników tak, aby pokryć różnicę pomiędzy mniejszą ilością roboczogodzin wynikającą z krótszego czasu pracy osób niepełnosprawnych, a ilością roboczogodzin wymaganą przez Zamawiającego.

W skali miesiąca IMPEL nie uwzględnił ubytku 1 godziny pracy dziennie, czyli 5 godzin tygodniowo dla każdego z 14 pracowników niepełnosprawnych o wyższym stopniu niepełnosprawności niż lekki, w skali roku powoduje to, iż przy 52 tygodniach roboczych niepokryty ubytek wynosi co najmniej 260 roboczogodzin dla każdego z 14 pracowników z znacznym stopniem niepełnosprawności (łącznie 3640 roboczogodzin rocznie). Tym samym, IMPEL przyjął do kalkulacji ceny zbyt małą ilość osób i roboczogodzin, czym nie spełnił warunku opisanego w rozdziale VI pkt 3 SIWZ i w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, nie uwzględniającą dobowych i tygodniowych norm czasu pracy dla osób niepełnosprawnych z umiarkowanym lub znacznym stopniem niepełnosprawności.
W związku z powyższym, oferta IMPEL jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie wyłącznie z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż brak uwzględniania wymaganej ilości pracowników pracujących w pełnym wymiarze czasu pracy i kosztów roboczogodzin stanowi również dowód na nierzetelność kalkulacji, złożonych wyjaśnień i skutkować powinien odrzuceniem oferty zgodnie z art.89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazuje KIO w wyroku KIO 1886/15, w odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Wobec powyższego Odwołujący podkreśla, iż złożone



przez IMPEL wyjaśnienia dotyczące ceny oferty są ogólnikowe i niepoparte dowodami, zwłaszcza w zakresie najistotniejszego elementu ceny czyli kosztu wynagrodzeń, a zatem IMPEL nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Firma IMPEL udzieliła wyjaśnień, które nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego z dnia 1 lutego 2016r, natomiast wskazują bezspornie, iż oferta IMPEL jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie zbyt małej ilości pracowników i ilości roboczogodzin przeznaczonych do wykonywania przedmiotu zamówienia.
Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, czym naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Wskazany w ofercie dokument informujący o strukturze osób niepełnosprawnych (dowód nr 3 do wyjaśnień) jest w istocie dowodem na coś zupełnie przeciwstawnego. Zgodnie z treścią oświadczenia IMPEL procentowy udział osób niepełnosprawnych w ogólnej liczbie pracowników wynosi 53,25% (osobowo) albo 57,81 % (etatowo), a zatem w każdym przypadku jest mniejszy niż procentowy udziału osób niepełnosprawnych w ogólnej licznie osób wykonujących zamówienie w ofertach na poszczególne części przedmiotu. Co miałby ten dokument dowodzić i jakie skutki finansowe miałby dla kalkulacji ceny oferty tego IMPEL nie wskazał, a Odwołujący nie jest w stanie przy maksymalnej staranności wskazać jego znaczenia. Zdaniem Odwołującego dokument ten jest bez znaczenia dla składanych wyjaśnień. Wyłącznie z ostrożności procesowej. Odwołujący podnosi również, iż stan zatrudnienia w regionie operacyjnym Śląsk jest wskazany na dzień 31.01.2016r czyli już po terminie składania ofert, a więc jako taki dokument ten w żadnym wypadku nie może być brany pod uwagę do dowodzenia kalkulacji ceny oferty.

Warto wskazać na mało prawdopodobną możliwość świadczenia usług porządkowo - czystościowych w terenie przez osoby posiadające drugi, a tym bardziej trzeci stopień niepełnosprawności. Trzeci, najwyższy stopień niepełnosprawności oznacza ciężkie

schorzenia i uszkodzenia ciała niepełnosprawnego, często z dysfunkcjami ruchu. Stwierdzenie czy takie osoby są rzeczywiście zdolne do wykonywania ciężkich prac porządkowych w terenie, odśnieżania terenów, mycia klatek i okien w budynkach kilkupiętrowych lub obsługi maszyn ogrodniczych, bez dowodów określających ich niepełnosprawność i zaleceń lekarskich jest niemożliwe.

Zdaniem Odwołującego złożona oferta wypełnia przesłanki przepisu art. 58 kc tj. czynnością mającą na celu obejście prawa, w tym wypadku przepisów ustawy Pzp o rażąco niskiej cenie (art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp). Rzekome zatrudnienie osób o drugim i trzecim (najwyższym) stopniu niepełnosprawności do wykonywania przedmiotu zamówienia ma jedynie umożliwić „obronę" Wykonawcy przed zarzutami o zastosowaniu rażąco niskiej cenie w ofercie. Po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, faktycznym wykonawcą staje się podwykonawca, który zatrudnia mniejszą ilość osób niż wskazana przez Zamawiającego



---

w SIWZ, zamiast umowy o pracę oferuje umowę zlecenie, a proponowane wynagrodzenie odbiega w dół od wskazanego w kalkulacji ceny oferty. Praktyka ta jest doskonale znana Zamawiającemu, zarówno od strony faktycznej jak i formalnej. IMPEL wykonuje bowiem obecnie usługę na części przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego i zgodnie z treścią wykonywanych umów jest zobowiązany do zgłaszania Zamawiającemu faktu zatrudnienia podwykonawców, co ma obecnie miejsce. Zastanawiające jest dlaczego Zamawiający pomimo powyższej praktyki, nie reaguje na składanie w nowym postępowaniu przetargowym oferty mającej na celu obejście ustawy, co więcej nie dochowuje nawet należytej staranności w swoim działaniu oceniając wyjaśnienia złożone przez IMPEL w sposób nierzetelny z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca również, iż w kalkulacji ceny oferty (tabele) brak jest wskazania wynagrodzenia podwykonawcy pomimo tego, iż zgodnie z oświadczeniem złożonym przez IMPEL w formularzu ofertowym w pkt 5, z takiego podwykonawcy będzie korzystał zlecając mu część prac porządkowo - czystościowych. Stanowi to kolejny dowód braku rzetelności sporządzenia kalkulacji ceny i świadczy o rażąco niskiej cenie usługi nieuwzględniającej wszystkich koszty wykonania usługi.

Odwołujący podkreśla, iż pomimo treści wezwania, w kalkulacji ceny oferty brak jest w ogóle wskazania kosztów ogólnych, podatków itd. Wskazywałoby to, że IMPEL jest jedynym znanym wykonawcą, który takich kosztów w ogóle nie ponosi. Jest to oczywiście nieprawdą na dowód czego można wskazać skonsolidowane sprawozdania finansowe GRUPY IMPEL S.A., spółki notowanej na GPW w Warszawie, do której Spółka IMPEL należy. Jest to fakt powszechnie znany.

Zdaniem Odwołującego, każdy podmiot gospodarczy ponosi koszty księgowości, obsługi prawnej, obsługi kadrowej, wynajmu biur i pomieszczeń socjalnych, kosztów zaopatrzenia, podatków od nieruchomości i od środków transportu, wynagrodzeń zarządu i rady nadzorczej (o ile takie organy występują) i szeregu innych kosztów. Brak uwzględniania w cenie oferty powyższych kosztów stanowi dowód na nieprawdziwy, nierzetelny i nierealny sposób kalkulacji ceny oferty dla wskazanych części przedmiotu zamówienia, stanowiąc jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreśla również, iż twierdzenie IMPEL, iż z uwagi na fakt, iż sprzęt drobny ( łopaty, wiaderka, zamiatacz ogrodowy) jako „środek trwały niskocenny"' został zamortyzowany na innym obiekcie, to nie ma potrzeby uwzględniania kosztów zakupu tych urządzeń jest błędne. W innych postępowaniach przetargowych, IMPEL z takim twierdzeniem w ofertach konkurencyjnych podmiotów się nie zgadza i przykładowo wskazuje jako zarzut w treści odwołania będącego podstawą wyroku w sprawie KIO 1886/15, że brak amortyzacji jest czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na nieuwzględnieniu w cenie oferty kosztów amortyzacji sprzętu.



---

Dodatkowo Odwołujący podnosi również, iż sprzęt taki w toku użytkowania podlega normalnemu zużyciu i na przestrzeni wykonywania zamówienia niezbędna będzie jego wymiana w całości lub w znacznej części. Koszt tej wymiany nie został uwzględniony w kalkulacji ceny oferty IMPEL.

Brak uwzględniania w cenie oferty powyższych kosztów stanowi dowód na nieprawdziwy, nierzetelny i nierealny sposób kalkulacji ceny oferty dla wskazanych części

przedmiotu zamówienia, stanowiąc jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreśla, iż wskazane w tabeli kalkulacja ceny w pkt 3 „koszty usług dodatkowych wykonywanych w zakresie usługi w podpunkcie koszty paliwa, napraw, mediów w okresie 1 roku" są znacznie zaniżone a właściwie abstrakcyjne. Rocznie IMPEL planuje przeznaczyć 12.060,00 zł na te koszty. Czyli średniomiesięcznie w podziale na 12 miesięcy daje to kwotę jedynie 1.005,00 zł i ma zdaniem IMPEL wystarczyć na:
- paliwo do kosiarek i kos spalinowych niezbędne do 3-krotnego koszenia trawy w ciągu 1 roku o powierzchni ponad 183 000 m2;
- paliwo do nożyc do żywopłotu niezbędne do 3-krotnego cięcia żywopłotu w ciągu 1 roku;
- paliwo do transportu piasku (cena 1 tony piasku podana przez IMPEL od dostawcy z Zabrza nie zawiera kosztów transportu);
- paliwa do transportu soli,
- paliwo do pojazdu do odśnieżania na cały okres zimy,
- wodę niezbędną do umycia wszystkich powierzchni wewnętrznych i okien o powierzchni ponad 17 000 m2,
- wodę i kanalizację niezbędną w pomieszczeniach socjalnych,
• prąd we wszystkich pomieszczeniach socjalnych dla 23 pracowników,
• koszt transportu sprzętu z miejsca obecnego użytkowania na teren wykonywania usługi, koszty napraw sprzętu niezbędnego i wymaganego przez Zamawiającego, tym bardziej, że sprzęt, jak wynika z dokumentów dołączonych do oferty, jest już wiekowy więc będzie wymagał napraw.

Zamawiający bez dokonania analizy akceptuje wyjaśnienia IMPEL. Zdaniem Odwołującego błędy w opisie wyjaśnień, wskazują na niechlujność, nierzetelność oraz fakt, iż powielone zostały wielokrotnie, przygotowane są wg jednego schematu, bez zwracania uwagi na rzeczywiste warunki świadczenia usług na każdej części zamówienia.

Zadziwiający jest fakt pobłażliwego traktowania przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez IMPEL, tym bardziej, że w przypadku innych wykonawców Zamawiający bardzo dokładnie badał treść złożonych wyjaśnień np. w przypadku wykonawcy ZHU „ACER" dla części nr 1, którego proszono o wyjaśnienia dwukrotnie. Oferty kilku innych wykonawców



zostały odrzucone z uwagi na złożenie wyjaśnień, które zostały uznane za niewystarczające. Zamawiający w ich wypadku uznał, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Firma IMPEL wykonuje obecnie usługę porządkową dla Zamawiającego na części przedmiotu zamówienia korzystając w szerokim zakresie z podwykonawstwa, którego skutkiem są uwagi Zamawiającego co do złej jakości usług. Z informacji, które posiada Odwołujący wynika, iż IMPEL wielokrotnie był wzywany do usunięcia zalegających liści, które znajdowały się na terenach zielonych jeszcze w miesiącu styczniu, czyli kilka tygodni po czasie liście kiedy spadły z drzew. Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na pozytywnej ocenie złożonych przez IMPEL wyjaśnień i zaniechania odrzucenia oferty IMPEL jest błędna, a Zamawiający nie dochował należytej staranności przy badaniu wyjaśnień złożonych przez IMPEL, dysponując wszelkimi dostępnymi instrumentami prawnymi ustawy Pzp. Na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający (ani żaden inny podmiot) nie był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez IMPEL nie jest rażąco niska. A zatem zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający powinien odrzucić ofertę IMPEL.

Co więcej wskazywana kwota średniego dofinansowania wskazuje, iż oferta IMPEL jest niezgodna z zapisami rozdziału VII SIWZ w zakresie minimalnej ilości pracowników i ilości roboczogodzin, które muszą być uwzględnione w ofercie i powinna podlegać odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez IMPEL uzasadniały odrzucenie oferty z uwagi na niewykazanie okoliczności, które spowodowały obniżenie ceny ofertowej, w tym przede wszystkim niezłożenie dowodów potwierdzających prawdziwość złożonych wyjaśnień. Okoliczność, które rzekomo wpływałyby na możliwość obniżenia ceny w stosunku do ofert konkurencji w żaden sposób nie zostały przez IMPEL potwierdzone dowodami. A zatem oferta IMPEL dla wskazanych części przedmiotu zamówienia zawiera ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ me obejmuje

wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia i dodatkowo jest niezgodna z treścią SIWZ. W opinii Odwołującego, całościowa ocena sposobu prowadzenia postępowania przez Zamawiającego, potwierdza, iż dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust 1-3, art. 89 ust 1 pkt 1-4 i 8, art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 58 kodeksu cywilnego.

Zważywszy na powyższe ustalenia faktyczne i prawne oraz oczywiste naruszenia przepisów Ustawy Pzp, Odwołujący wnosił jak na wstępie.



**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz uznanie oferty Przystępującego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 19 lutego 2016 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca IMPEL CLEANING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnosił o oddalenie odwołania. Podkreślił, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 8 ustawy Pzp nie mogą znaleźć potwierdzenia. Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też stanowi czynność prawną sprzeczną z ustawą lub mającą na celu obejście ustawy. Nie wykazano uchybienia przepisom Pzp, aktów wykonawczych. Odwołujący nie wykazał na czym polega rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji i nie przeprowadził w tym zakresie żadnych dowodów.

Co do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że dogłębnie i szczegółowo przeanalizował wyjaśnienia wykonawcy, jego zdaniem wyjaśnienia zawierają konkretne informacje, których w wezwaniu wymagał Zamawiający. Zamawiający oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę, że wykonawca jest zakładem pracy chronionej, korzysta z pomocy publicznej w postaci dofinansowania zatrudnionych osób



niepełnosprawnych, posiada na własność sprzęt i narzędzia niezbędne do realizacji zamówienia, ma wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług, stosuje określone standardy organizacji pracy w zakresie świadczenia tego typu usług.

Zamawiający zauważył, że wymagał dysponowania odpowiednią liczbą osób dla poszczególnych części zamówienia. W wyniku odpowiedzi na pytania Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na zakres zamówienia wymaga, aby wykonawcy uwzględnili w ofercie minimalnej ilości osób w pełnym wymiarze czasu pracy, nie wskazując jednocześnie dziennej, tygodniowej i miesięcznej liczby godzin przeznaczonych na pełen wymiar czasu pracy, ponieważ regulują to odpowiednie przepisy. Obliczenia Odwołującego zawierają dlatego błędne założenia i dane, które nie wynikają z SIWZ. Stanowią jedynie jego interpretację. Zamawiający w odpowiedzi odniósł się do wyliczeń wynikających z wyjaśnień

Przystępującego, zarówno w zakresie kosztów zatrudnienia osób, jak też innych czynników kosztotwórczych. Reasumując, Zamawiający w oparcie o złożone wyjaśnienia mógł uznać, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Izba ustaliła,** że:

W dniu 1 lutego 2016 roku Zamawiający wezwał wykonawcę IMPEL do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że przez cenę w postępowaniu rozumie wartość zamówienia za okres 12 miesięcy, na którą składa się utrzymanie czystości i porządku powierzchni wewnętrznych, utrzymanie czystości i porządku terenów zewnętrznych oraz obowiązkowe koszenie trawników we wskazanym okresie. Dla każdej z części zamówienia Zamawiający podał wartość za okres 12 miesięcy (bez zamówień uzupełniających).

Zamawiający zauważył, że z uwagi na specyfikę zamówienia zachodzą wątpliwości co do możliwości realnego wykonania zamówienia za cenę oferty, ponieważ znaczącą część kosztów stanowią koszty osobowe, a aktualne minimalne wynagrodzenie za pracę za 2016 rok wynosi 1850 zł brutto. Wyjaśnienia wykonawcy miały odnosić się do oszczędności metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, kosztów pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wyjaśnienia miały zawierać kalkulację realnych kosztów związanych z realizacją zamówienia, jakie poniesie wykonawca, wskazując na konkretne okoliczności (czynniki), które są właściwe dla wykonawcy, a które w sposób znaczący wpływają na możliwość ustalenia ceny ofertowej na określonym poziomie. Miały dotyczyć następujących okoliczności:
- kosztów pracy obejmujących co najmniej minimalną liczbę osób wskazanych w wykazie dla danej części zamówienia oraz zakres ich obowiązków (uwzględniając rodzaj i częstotliwość



wykonywanych prac z załączników 3, 3a dla poszczególnych części). Wykonawca powinien także zawrzeć informacje, czy korzysta z pomocy publicznej (np. PEFRON, które ze wskazanych osób są nią objęte i jak ona kształtuje/wpływa na koszty pracy);
- koszty narzędzi i sprzętu niezbędnych do wykonywania zamówienia (zwłaszcza wymienionych w wykazie, stanowiących własność wykonawcy, tj. samochód skrzyniowy, pojazd silnikowy z pługiem śnieżnym, 5 sztuk kosiarek spalinowych, 3 sztuki wykasza rek, 3 sztuki nożyc do cięcia żywopłotu, z wymienieniem cen kosztów nabycia i eksploatacji, kosztów paliwa, serwisów, napraw, przeglądów technicznych, koszt amortyzacji);
- koszty transportu osób i sprzętu oraz narzędzi, w tym koszty paliwa, amortyzacji;
- koszty wywozu i utylizacji trawy, innych odpadów biodegradowanych;
-koszty materiałów wykorzystywanych do realizacji zamówienia (środki czystości, piasek, sól, piasek do piaskownic, worki, kontenery na skoszoną trawę, woda, prąd, odzież ochronna);
- koszty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie przedmiotu zamówienia w odpowiedniej dla każdej z części wysokości;
- zysk/wynagrodzenie wykonawcy, łącznie z kosztami zarządu, podatkami (dochodami przedsiębiorstwa, od środków transportu).

Argumentacja wykonawcy miała być wsparta dowodami, które wykonawca zobowiązany był przedłożyć:
- kopie dokumentów z PFRON potwierdzające wysokość/stopień dofinansowania z podaniem dokładnie, której z osób dotyczy;
- kopie umów, zleceń, inne dokumenty kadrowe;
- cenniki hurtowni producentów środków czystości, soli, piasku, trawy, worków, odzieży ochronnej, dowody zakupu, cenniki wysypiska za utylizację odpadów;
- inne dokumenty.

Wyjaśnienia miały być wyczerpujące, konkretne, przekonywujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. Miały pokazywać, że oferta jest rzetelnie przygotowana a cena prawidłowo oszacowana. Podkreślono, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (KIO 239/14; KIO 1287/14).

Przystępujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia o treści przywołanej przez Odwołującego w odwołaniu, załączając do nich jednocześnie dowody ponoszenia kosztów w określonej wysokości za zakup materiałów, przysługujące mu wysokości rabatów oraz

szczegółowe kalkulacje na każdej z części, które uwzględniały robociznę (w tym: koszt zatrudnienia odpowiedniej ilości osób, w tym osób niepełnosprawnych, średnią wysokość dofinansowania do etatu dla osób niepełnosprawnych, koszty zakupu środków chemicznych i materiałów eksploatacyjnych, koszty usług dodatkowych wykonywanych w zakresie usług, koszty zakupu sprzętu, w tym drobnego sprzętu, koszty polisy, zysk netto).



Na podstawie nadesłanej i przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego dokumentacji z postępowania, Izba ustaliła i uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do okoliczności, czy w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zmowa przetargowa.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11.10.2002 r., III CKN 271/01).

Odwołujący w sposób bardzo ogólnikowy przedstawił w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem, brak wskazania podstawy prawnej, a w szczególności zaniechanie ustalenia znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości argumentacji Odwołującego. Adnotacji wymaga fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12). Z tych powodów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący nie tylko nie wskazał



konkretnego czynu, ale także nie opisał, na czym miałyby polegać nieuprawnione działania Przystępującego, nie przedstawił też żadnych dowodów w tym zakresie.

Podobnie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do wskazywanego w odwołaniu naruszania art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp. Odwołujący swoje zastrzeżenia co do działań i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu ograniczył jedynie do przywołania podstawy prawnej. Nie określił w żaden sposób, bardziej lub mniej szczegółowy, przepisów, z którymi działania Przystępującego należy uznać za sprzeczne. Sformułowanie zarzutu, iż Przystępujący rzekomo tylko zatrudnia osoby o drugim i trzecim (najwyższym) stopniu niepełnosprawności do wykonywania przedmiotu zamówienia, co ma jedynie umożliwić mu obronę przed zarzutami o zastosowaniu rażąco niskiej ceny w ofercie, a następnie zleca prace podwykonawcom oferującym zacznie gorsze warunki płacy i zatrudnienia, jest w istocie bardzo poważnym oskarżeniem. Jednocześnie Odwołujący zauważa, że praktyka ta jest doskonale znana Zamawiającemu, na co istnieją dowody, ale żadnych materialnych treści Odwołujący nie przedstawia. Co więcej, twierdzenia te stoją w opozycji do kolejnych

tez samego Odwołującego, który przywołuje (choćby na rozprawie) sprawozdania z funkcjonowania grupy kapitałowej Impel, z których jednak wynika, że grupa ta korzysta z pomocy publicznej polegającej na dofinansowaniu związanym z aktywizacją zawodową osób niepełnosprawnych. Informacje o sposobie wykonywania dotychczasowej umowy w trybie dostępu do informacji publicznej możliwe są do uzyskania dla każdego podmiotu, w tym także dla Odwołującego. Jeżeli więc istnieją uzasadnione wątpliwości co do zachowań innego podmiotu z branży, wykonawca powinien postarać się o uzyskanie wymiernych dokumentów powyższe podejrzenia poświadczających. Odwołujący tymczasem obciążający go ciężar dowodowy sprowadził jedynie do przywołania odpowiednich przepisów ustawy Pzp, co w ocenie składu orzekającego Izby, było działaniem niewystarczającym, a postawione zarzuty były de facto wynikiem wskazywania na naruszenie art. 89 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, w tym bowiem zakresie Odwołujący prowadził wnikliwe postępowanie dowodowe.

Ustosunkowując się do zarzutów potencjalnego naruszenia w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp dostrzeżenia wymaga, że niewątpliwie na wysokość ceny oferty Przystępującego największy wpływ miała liczba personelu przewidziana do realizacji poszczególnych części zamówienia i zatrudnianie osób niepełnosprawnych, bowiem przy tego rodzaju zamówieniu czynnik ludzki jest największym czynnikiem kosztotwórczym. Rozważyć zatem należało, czy ujęcie tego czynnika w ofercie wykonawcy i przedstawionej z wyjaśnieniami kalkulacji mogło spowodować, że cenę oferty Przystępującego można uznać za rażąco niską oraz że sposób zatrudnienia osób niepełnosprawnych spowodować mógł niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.



---

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zgodnie z zapisami rozdziału VI pkt 3b SIWZ Zamawiający określił odpowiednią minimalną dla każdej z części liczbę osób niezbędnych do wykonania zamówienia. W zakresie tych minimalnych wartości liczba osób ujęta w ofercie Przystępującego odpowiada zapisom SIWZ. Odpowiadając na pytania wykonawców w postępowaniu (m.in. pytanie 6 i 21 z 5 stycznia 2016 roku), Zamawiający wymagał, by wykonawcy uwzględnili zatrudnienie osób w pełnym wymiarze czasu pracy. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego w żadnym miejscu SIWZ i odpowiedziach Zamawiający nie określił, że pojęcie „pełnego wymiaru czasu pracy" rozumieć należy jako uwzględnienie podstawowych norm czasu pracy wynikających z kodeksu pracy, rozumianych jako 8 godzin dziennie, 40 godzin tygodniowo i 168 godzin miesięczne. Co warto podkreślić, zadający pytanie nr 21 przywołał w jego treści podstawową normę czasu pracy (168 godzin miesięcznie), jednak Zamawiający nie potwierdził wyraźnie, że taką normę przyjmował będzie za regułę. Z pewnością Zamawiający, a także Odwołujący zdają sobie sprawę, że te podstawowe reguły mogą być modyfikowane przez przepisy szczególne, w tym także przepisy dotyczące czasu pracy osób niepełnosprawnych. W ocenie Izby Zamawiający odpowiadając na pytania miał na myśli pełny wymiar czasu pracy stosownie do kategorii zatrudnianych osób. Zamawiający nie określił w SIWZ w żaden sposób czasochłonności poszczególnych prac, odnosił się wszędzie do minimalnej liczby osób, którą uważa za niezbędną do wykonania kategorii opisanych czynności. Nie można zatem przyjąć, że oferta Przystępującego jest niezgodna z zapisami SIWZ odnośnie wymaganej ilości roboczogodzin w ujęciu osobowym, które mogą być zrealizowane przez określoną liczbę osób, ponieważ po prostu takie wymagania nie istniały. Fakt, iż Zamawiający odrzucając ofertę innego wykonawcy (firma Zakład Handlowo-

Usługowy ACER) odnosił się do 168 godzin miesięcznie wiąże się z treścią złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten opisując

24

strukturę zatrudnienia nie wskazywał na okoliczność zatrudniania osób niepełnosprawnych, co ma wpływ na obniżenie kosztów. Dlatego też w ocenie Izby, każdy z wykonawców został potraktowany w sposób indywidualny, oferty i ich cena zostały ocenione w zależności od wykazywanych czynników, które mogły znaleźć odzwierciedlenie w cenie oferty. Tym samym obliczenia wykonane przez Odwołującego w odwołaniu zawierają błędne założenia odnoszące się do danych nie wynikających z treści SIWZ, zatem nie mogą stanowić dowodu na niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba podziela opinię Zamawiającego odnośnie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień związanych z elementami cenotwórczymi jego oferty i nie może zgodzić się z zarzutem odwołania, że cenę oferty Przystępującego należałoby uznać za rażąco niską.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty - w opinii Zamawiającego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca Impel w wyjaśnieniach przedstawił bardzo szczegółowe wyliczenia i twierdzenia, nie były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy) nie poparte żadnymi dowodami, odwoływał się bowiem choćby do umów realizowanych w zakresie podobnych usług, w tym umowy realizowanej na rzecz samego Zamawiającego, a także do możliwości wykorzystania elementów infrastruktury będącej już w posiadaniu Przystępującego, a zlokalizowanej w niewielkiej odległości od siedziby Zamawiającego. Przystępujący wykazał także, że może osiągnąć określony poziom upustów przy zakupie materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, na co przedstawił dowody pochodzące od jego dostawców.

25

Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał konkretne stawki, w tym także stawki otrzymanych rabatów od podmiotów, z którymi współpracuje. Uwzględnił niezbędne koszty zakupu materiałów w postaci środków czystości, środków chemicznych, materiałów eksploatacyjnych, zakupu paliwa przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym także koszty transportu i utylizacji odpadów zielonych, koszty zakupu worków, koszty napraw sprzętu i niezbędnych mediów. Przystępujący wyjaśnił dlaczego nie będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów ubezpieczenia – posiadania polisy OC, która z uwagi, że dotyczy kompleksowej ochrony ubezpieczeniowej całej działalności gospodarczej, nie jest kosztem dedykowanym konkretnie przedmiotowemu postępowaniu. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający przeprowadził szczegółową analizę poszczególnych pozycji kalkulacji, sprawdzając, czy rzeczywiście wysokość zabezpieczonych przez wykonawcę środków pieniężnych jest wystarczająca na realizację elementów danej pozycji kosztowej.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący (wbrew twierdzeniom Odwołującego) nie był zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia i specjalnego

wyodrębnienia wynagrodzenia z tytułu powierzenia części prac podwykonawcom. Słusznie zauważył Zamawiający, że można przyjąć, iż wynagrodzenie to uwzględnione zostało w wynagrodzeniu samego wykonawcy, skoro część prac porządkowych (a więc mieszczących się w podstawowym zakresie zamówienia) przekazana zostanie do wykonania innemu podmiotowi. Bez znaczenia jest wysokość wynagrodzenia jaka należała będzie się podwykonawcy, skoro do uiszczenia tej należności zobowiązany będzie sam wykonawca w ramach otrzymywanego od Zamawiającego wynagrodzenia. Zakładając racjonalność działania podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą ukierunkowaną na osiąganie zysku, trudno wyobrazić sobie, że wysokość wynagrodzenia podwykonawcy będzie wyższa od wynagrodzenia, które będzie otrzymywał sam związany umową z Zamawiającym. Jeżeli zaś wysokość tego wynagrodzenia będzie niższa, to tylko oznacza, że podmiot zobowiązany z umowy osiągnie większy zysk. Jeżeli zaś Przystępujący zobowiązał się, że wszystkie osoby przewidziane do wykonywania zamówienia zatrudnione będą na podstawie umowy o pracę, to zobowiązanie to z pewnością dotyczyć musi podwykonawcy, ponieważ kalkulacja przedstawiona z wyjaśnieniami obejmowała wszystkie osoby przewidziane do realizacji zamówienia. Nie ma zatem obaw, że Przystępujący sztucznie obniżył koszty przez powierzenie części prac podwykonawcy, który zatrudniał będzie osoby w ramach innych umów niż umowa o pracę, na mniej korzystnych warunkach finansowych.

Co do braku ujęcia w kalkulacji pozycji kosztów ogólnych, to podnieść należy, iż koszty te mogły zostać uwzględnione w każdej z pozycji kalkulacji, nie było obowiązku ich



wyodrębnienia jako oddzielnej pozycji. Posłużenie się w kalkulacji pojęciem „zysk netto” nie oznacza, że Przystępujący pominął tę część wyceny usługi.

Odwołującym nie udało się tym samym skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego IMPEL należy traktować jak rażąco niską. Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym są zobowiązani do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne, a przedstawiona kalkulacja nierzetelna. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący choć przedstawił własną kalkulację, w jaki sposób powinna kształtować się cena oferty w zakresie zatrudnienia osób, to do wyliczeń przyjął założenia, które uwzględniają jego własne ofertowe uwarunkowania koncepcyjne, a te w porównaniu do oferty Przystępującego okazały się odmienne.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia Przystępującego IMPEL mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień. Bez znaczenia zatem dla przedmiotu sporu pozostawały przedstawione na rozprawie przez Przystępującego zaświadczenia lekarskie, choć niewątpliwie gdyby zostały one przedstawione wraz z wyjaśnieniami, czyniłyby one te wyjaśnienia bardziej wiarygodnymi.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające, wiarygodne i rzetelne. Reasumując, Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie

zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**