

Sygn. akt: KIO 1866/16

WYROK

z dnia 19 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2016 r. przez wykonawcę **P. P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **W. B.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Miasto Łódź – Urzędowi Miasta Łodzi w Łodzi** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 9 – Rejon IX, odrzucenie oferty wykonawcy **W. B.** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. P.** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Miasta Łódź – Urzędu Miasta Łodzi w Łodzi** – na rzecz **P. P.** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

Sygn. akt: KIO 1866/16

Uzasadnienie

Zamawiający - **Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi w Łodzi** - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg wewnętrznych oraz terenów gminnych niezabudowanych na terenie **Miasta Łodzi** w latach 2016 - 2019”

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 października 2016 roku wykonawca **P. P.** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego raz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **W. B.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **PTHU VIOLBEX W. B.** (dalej: przystępująca), która to oferta zawiera rażąco niską cenę
- b) art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór w rejonie IX oferty przystępującej jako najkorzystniejszej mimo, że przystępująca podlegała wykluczeniu oraz jej oferta podlegała odrzuceniu oraz ofercie tej przyznano 80 pkt za cenę, podczas gdy była ona rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) wykluczenie przystępującej lub
- b) odrzucenie oferty przystępującej lub
- c) ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty
- d) unieważnienia postępowania

oraz przyznania na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego według norm przypisanych

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferta przystępującej została wybrana jako najkorzystniejsza. Kryterium ocen wyboru była cena (80%) i zatrudnienie

(20%). Oferta przystępującej w kryterium "cena" otrzymała maksymalną ilość punktów - 80 - z łącznej ilości 100 pkt. W ocenie odwołującego oferta przystępującej powinna być odrzucona. W zakresie ceny oferowanej przez przystępującą zachodziło domniemanie rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., ponieważ cena oferowana przez przystępującą stanowiła 53,92 % wartości zamówienia, a także jest rażąco niska w porównaniu z ceną drugiego uczestnika postępowania.

Całkowita cena brutto zaoferowana przez przystępującą wynosiła 1.529.160,20 zł, podczas, gdy zamawiający wartość brutto zamówienia określił na kwotę 2.835.815,40 zł.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w załączniku nr 1a do Opisu Przedmiotu Zamówienia w pkt. 4, dotyczącym potencjału ludzkiego, wymagał minimum jednego pracownika do ręcznego oczyszczania terenu na każde rozpoczęte 20 000 m² powierzchni terenów przeznaczonych do oczyszczania na danej części zamówienia, przy czym nie wlicza się w to kierowców samochodów, operatorów ciągników, posypywarek, pługów oraz kadry koordynującej działania w terenie po stronie wykonawcy. Nie wlicza się w to także osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych wykazanych na rzecz kryterium oceny ofert, pn. „zatrudnienie osoby/osób niepełnosprawnych i/lub bezrobotnych w trakcie realizacji zamówienia”.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku Części 9 - Rejon IX, powierzchnia terenów przeznaczonych do cyklicznego oczyszczania wynosi 240 930 m². Wynika z tego, że przy realizacji zamówienia powinno być zatrudnionych 13 pracowników. Doliczyć należy do tego 3 operatorów ciągników oraz przynajmniej jedną osobę koordynującą działania. Przy założeniu, że osoby te osiągną najniższe wynagrodzenie zasadnicze w kwocie 1850 zł zgodnie z obowiązującymi przepisami § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1385). Odwołujący zwrócił uwagę, że realny koszt pracodawcy przy wynagrodzeniu minimalnym wynosi 2 231,29 zł. Przy zatrudnieniu 16 pracowników, koszt ich pracy przy niniejszym wynagrodzeniu aktualnie wynosi 35.700,64 zł miesięcznie, co daje rocznie kwotę 428.407,68 zł, a przez okres trwania całego zamówienia 3 lata kwotę 1.285.223,04 zł. Powyższa kalkulacja nie uwzględnia planowanej przez rząd od początku 2017 roku podwyżki wynagrodzenia minimalnego. Oczyszczaniu cyklicznemu towarzyszą inne koszty takie jak między innymi zakup paliwa, piasku, soli drogowej, worków na śmieci, amortyzacja sprzętu, naprawy sprzętu, kompostowanie śmieci organicznych (np. trawa), wywóz śmieci, ubezpieczenie, ubrania robocze, telekomunikacja, co daje średnio miesięcznie minimalnie około 10.000 zł miesięcznie. W okresie trzech lat daje to kwotę 360.000 zł. Tak więc, licząc po minimalnych kosztach, nie uwzględniających takich czynników jak między innymi obsługa

księgową, zarządzanie firmą, likwidacja szkód tylko dla pozycji formularza cenowego II OCZYSZCZANIE LETNIE - oczyszczanie ręczne cykliczne letnie i zimowe koszt wynosi 1.645.233,04 zł netto.

Przystępująca w tej pozycji formularza cenowego złożonego z ofertą przewidziała na zakres II OCZYSZCZANIE LETNIE - oczyszczanie ręczne cykliczne letnie i zimowe kwotę 936.735,84 zł, czyli 57 % wydatków, które trzeba ponieść zgodnie z przepisami prawa. W

pisemnych wyjaśnieniach przystępująca w sposób mało profesjonalny, nieprzystający firmie wykonującej - jak twierdzi od 20 lat - usługi sprzątania ulic, broni się przed zarzutem rażąco niskiej ceny. W piśmie wyjaśniającym z dnia 6 lipca 2016 r. nie zawarto żadnego konkretnego. Przystępująca wprost stwierdza, że stając do przetargu przewiduje prowadzenie działalności charytatywnej;

- działalność na własnym terenie bez kosztów
- administrowanie firmy we własnym zakresie bez dochodu
- nadzór nad pracownikami we własnym zakresie bez dochodu
- sól od firmy FRODO za darmo, na jakiej zasadzie, bez opodatkowania
- sprzęt własny czyżby za darmo, nie był kupiony, nie podlega amortyzacji, nie podlega awariom a naprawy oczywiście bez kosztów.

Poza tym przystępująca wyjaśnia:

- sezonowość prac, z wyjaśnień wynika, że dotyczy to chyba tylko firmy przystępującej, inni oferenci nie mają sezonowości
- wyjątkowość posiadania podpisanych umów z MPO i Zarządem Gospodarowania Odpadami w Łodzi - nie wiadomo, na czym to polega
- opusty przy zakupie paliwa - brak wyjaśnień, w jakiej wysokości, w jakim stosunku do cen rynkowych, dlaczego
- selektywna zbiórka jest dużo droższa niż brak segregacji odpadów, skąd zysk - brak jakichkolwiek kalkulacji
- hipotetyczne planowane zatrudnienie pracowników w ramach istniejących w PUP programów wspierających czynnik ludzki, jak również pracodawców - jakie programy, jak finansowane, jakie daje to oszczędności - konkretnie brak

- przyjęcie kosztów wynagrodzenia brutto 1850 zł, podczas gdy pracodawca wydaje na minimalne wynagrodzenie realnie 2 231,29 zł miesięcznie

- zmniejszenie zatrudnienia na okres zimowy - niegodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia

- sprawność zarządzania i organizacji pracy - w jaki sposób, jakie oszczędności

Odwołujący zwrócił uwagę, że opis powyższy dotyczy tylko części zamówienia, dotyczącej prac wykonywanych przez cały rok i będących podstawą określenia ceny. Pozostałe prace objęte zamówieniem mają charakter interwencyjny i mogą, ale nie muszą być zrealizowane, jednakże w związku z nimi wykonawca musi posiadać w gotowości dodatkowy potencjał ludzki oraz techniczny.

W ocenie odwołującego, przystępująca nie wykazała, iż cena podana w ofercie nie jest rażąco zaniżona, a zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia przystępującej i uznał, że przystępująca obaliła domniemanie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 785/14 i wyrok z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 669/14.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 października 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu braku wykluczenia wykonawcy przystępującej oraz wniosku o jej wykluczenie, zamawiający wniósł o ich oddalenie z uwagi na brak określenia, na czym ten zarzut polega oraz jakiego rodzaju zaistniały przyczyny uzasadniające wykluczenie przystępującej. Przedstawione w treści uzasadnienia odwołania zarzuty dotyczą kwestii ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty a nie wykluczenia odwołania. Wobec powyższego, zarzut braku wykluczenia przystępującej jest całkowicie bezzasadny i

zamawiający wniósł o oddalenie przedmiotowego zarzutu oraz wniosku w całości.

Odnosząc się do kwestii zarzutu braku odrzucenia oferty przystępującej z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego. Wskazał, że w przedmiotowej sprawie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia zawierają uzasadnienie oraz wskazanie okoliczności, które umożliwiły mu zaoferowanie takiej ceny. Analiza wyjaśnień dotycząca kosztów pracowniczych wskazuje, iż zarzuty odwołującego nie znajdują uzasadnienia. Zamawiający wskazał, iż nieuwzględnienie zmiany stawki wynagrodzenia minimalnego od 1.01.2017r. pozostaje bez wpływu w niniejszej sprawie. Wynika to bowiem z faktu, iż umowa zawierana jest na okres przekraczający 12 miesięcy. Zgodnie z art. 142 ust.

5 P.z.p., w przypadku, gdy umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. W przedmiotowej sprawie umowa zawiera również te zapisy co oznacza, że wykonawca, po 1.01.2017r. przy zaistnieniu ww. przesłanek, będzie mógł skorzystać z prawa żądania waloryzacji wynagrodzenia. Dlatego też powyższy argument pozostaje bez wpływu na okoliczność oceny pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Ponadto wyjaśnienia przystępującej wskazują, iż przyjęta organizacja pracy, przygotowanie pracownika do wykonywania wszystkich usług komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, przewidzenie zatrudniania pracowników sezonowych ma niewątpliwie wpływ na obniżenie kosztów zatrudnienia, a co za tym idzie - również na wysokość zaoferowanej ceny. Również w swoich wyjaśnieniach przystępująca przedstawiła informację dotyczącą podpisania umowy na preferencyjnych warunkach cenowych z firmą Macro-Oil Poland sp. z o.o. w Łodzi. Korzystne warunki zakupu paliwa pozwolą na znaczne obniżenie kosztów związanych z pracą sprzętu niezbędnego do wykonywania zadań w trakcie trwania umowy. Prowadzenie selektywnej zbiórki odpadów pozwala na uzyskanie dodatkowych źródeł dochodu ze sprzedaży pozyskanych surowców wtórnych, a także pozwala na zmniejszenie kosztów wywozu odpadów na wysypisko. Ponadto wiarygodne pozostają wyjaśnienia przystępującej w zakresie możliwości zaoszczędzenia na wywozie trawy. W sezonie zimowym bowiem w stopniu minimalnym przeprowadza się usługę koszenia traw ze względu na obniżoną wegetację roślin. W związku z tym do minimum ograniczony jest wywóz traw na kompostownię.

Zamawiający stwierdził, iż przystępująca określiła, iż dysponuje każdym rodzajem sprzętu, jakiego wymagał zamawiający. Z wyjaśnień wykonawcy wynika również, iż administrowanie firmy prowadzone jest we własnym zakresie, nadzór nad zatrudnionymi pracownikami prowadzony będzie również we własnym zakresie łącznie z wykonywaniem prac przez samego właściciela, co pomniejsza koszty. Brak konieczności zatrudnienia brygadzysty bądź dodatkowej osoby prowadzącej nadzór nad pracownikami, ma również

wpływ na obniżenie kosztów, a co za tym idzie - również na wysokość ceny. Przedstawione powyżej okoliczności wskazują, iż zaoferowana cena stanowi cenę realną, mimo że jest ona niska, to jednak nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający podkreślił, że zaoferowanie niskiej ceny w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych, jak również w praktyce nie jest kwalifikowane jako rażąco niska cena, w wyniku której oferta podlega odrzuceniu. W wyroku KIO z dnia 17.10.2013r., KIO 2298/13; KIO 2299/13; KIO 2320/13, Izba uznała: „Cena niska, nawet bardzo niska może nie zapewniać osiągnięcia wykonawcy na realizacji danego zamówienia zysku, ale daje możliwość pokrycia wszystkich kosztów związanych z jego realizacją, podczas gdy cena rażąco niska takich kosztów nie pokrywa. W czasach ostrej

konkurencji na rynku - co jest również faktem notoryjnym - szczególnie na rynku objętym przedmiotowym zamówieniem, dla szeregu firm, w szczególności tych, które dotychczas zajmowały się działalnością z zakresu gospodarki odpadami istotne jest uzyskanie zamówienia celem przetrwania na rynku (pokrycia kosztów swojej działalności), a nie osiąganie spektakularnych zysków." Mając powyższe na uwadze w ocenie zamawiającego nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną i wobec powyższego zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępująca poparła stanowisko zamawiającego i wniosła o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena brutto zaoferowana przez przystępującą wynosiła 1.529.160,20 zł, podczas gdy zamawiający wartość brutto zamówienia określił na kwotę 2.835.815,40 zł. Cena oferty przystępującej jest o 41,76 % niższa od wartości zamówienia oraz o 36,52 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla części 9 zamówienia.

Pismem z dnia 30 czerwca 2016 roku zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do przystępującej o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oferty złożonej w części 9 zamówienia - w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy,
- 2) 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. z 2015 r. poz. 2008);
- 3) wartości pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, że dowody (o których mowa w pierwszym akapicie pisma) winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z treścią s.i.w.z., przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę.

Zamawiający poinformował, że cena oferty przystępującej jest o 41,76 % niższa od wartości zamówienia oraz o 36,52 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla części 9 zamówienia. W związku z powyższym, zamawiający ma uzasadnione wątpliwości, czy niniejsze zamówienie będzie można wykonać za zaproponowaną cenę.

Przystępująca złożyła wyjaśnienia w piśmie z dnia 6 lipca 2016 roku. W wyjaśnieniach oświadczyła, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo i przy dołożeniu należytej staranności. Ceny jednostkowe nie odbiegają od cen, jakie są obecnie na rynku usług komunalnych. Zostały one skalkulowane z uwzględnieniem czynników składających się na cenę tj. m.in.: cen robocizny i koszty bezpośrednie i pośrednie, jak również wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, jak również zysk. W cenie ofertowej uwzględnione zostały wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego, a w szczególności wymagania i warunki podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla części 9 wszystkie poszczególne ceny - stawki jednostkowe ustalone zostały w sposób realny odzwierciedlający ponoszone koszty i nakłady na wykonanie trzyletniego zamówienia.

Przystępująca wyjaśniła, że prowadzi swoją działalność i działa na rynku już prawie od 20 lat. Zakres usług wykonywanych w ramach wieloletnich umów zawartych z Urzędem Miasta Łodzi w dużej mierze pokrywa się z zakresem prac wymienionych w formularzu cenowym. Tak więc doświadczenie w tym zakresie posiada duże. Niemniej jednak korzystać będzie także z wiedzy i doświadczenia Firmy Frodo, która na chwilę obecną wykonuje w ramach kontraktu z W GK U M Ł przedmiotowe usługi.

Przystępująca wskazała, że w zakresie metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy:

- głównym czynnikiem ceny jest zużycie paliwa, które niezbędne jest do wykonywania zamówienia. Cena paliwa w przypadku przystępującej jest niższa od rynkowej, z uwagi na to, iż korzysta z cen preferencyjnych firmy Macro-Oil Poland Sp. z o.o.. Umowa z Firmą Macro-Oil Poland Sp. z o.o., w Łodzi reprezentowana przez Prezesa P. D. stwarza preferencyjne warunki zakupu paliwa, co pozwoli na znaczne obniżenie kosztów związanych z pracą

sprzętu niezbędnego do wykonywania zadań w trakcie trwania umowy;

- kolejnym czynnikiem wpływającym na przedstawioną cenę jest prowadzenie działalności na prywatnej nieruchomości co znacznie obniża koszty. Przystępująca nie płaci dzierżawy z tytułu wynajęcia bądź dzierżawy nieruchomości;
- administrowanie firmy przystępująca prowadzi we własnym zakresie, wobec czego nie ponosi dodatkowych kosztów;
- nadzór nad zatrudnionymi pracownikami przystępująca będzie prowadzić we własnym zakresie;
- znacznym elementem obniżenia kosztów będzie prowadzenie selektywnej zbiórki odpadów. Na terenach wymienionych w załącznikach w rejonie 9 na „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg wewnętrznych oraz terenów gminnych niezabudowanych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016 -2019" występują duże skupiska zabudowy wielorodzinnej oraz zauważa się duży przepływ ludności, co generuje wytwarzanie znacznej ilości odpadów. Pozwoli to na skuteczną i przeważającą możliwość segregowania poszczególnych frakcji odpadów, do których można zaliczyć m.in. złom stalowy - mieszany, karoserie, sprzęt AGD, blachy druty, złom - puszki stalowe, złom aluminium - puszki, złom miedzi, złom aluminium - elektryczne, makulatura, stłuczka szklana spożywcza - biała, stłuczka szklana spożywcza - kolorowa, folia itp. Powyższe surowce przystępująca planuje sprzedawać do Przedsiębiorstwa Surowców Wtórnych, a pozostałe odpady poddać prasowaniu w celu zmniejszenia ich objętości;
- po uzyskaniu kontraktu, przystępująca korzystać będzie na korzystnych warunkach, z zasobów soli Firmy FRODO, która zgromadziła zapasy z obecnego zamówienia, co stanowi również czynnik cenotwórczy;
- Firma przystępującej ma podpisane umowy z MPO i Zarządem Gospodarowania Odpadami w Łodzi;
- w okresie zamówienia występują różne sezony i różna specyfika prac. Wiadomo jest że w okresie zimowym zmniejszą się koszty wywozu trawy i liści, co też ma swój wpływ cenotwórczy w skali całego kontraktu;
- kolejny element cenotwórczy, to posiadanie w większości swojego własnego sprzętu;
- nieodzownym czynnikiem cenotwórczym jest również posiadanie własnej bazy naprawczej - serwis samochodowy;
- posiadanie sprzętu, który będzie użyczony, podczas negocjowania warunków do oświadczeń, też jest na korzystnych dla mojej firmy warunkach;

W zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008) przystępująca wskazała, co następuje:

- przedmiotowe zamówienie podzielone jest na dwa okresy letnie i zimowe. Po

i przeanalizowaniu

wszystkich poszczególnych usług wynika, iż zarówno w okresie letnim

powtarzają się usługi dotyczące cyklicznego utrzymania, oczyszczania zimowym przystanków MPK oraz opróżniania koszy. Pozostałe usługi to usługi sezonowe.

Zamawiający w postępowaniu wymagał 1 pracownika na każde rozpoczęte 20 000 m² powierzchni terenów przeznaczonych do tego zadania. Z wyliczeń wynika, iż zatrudnienie na części 9, to 12 osób na wykonanie zamówienia. Pomijając zadeklarowane osoby bezrobotne, przystępująca planuje przyjąć do pracy 8 osób bezrobotnych w ramach istniejących w PUP programów wspierających czynnik ludzki jak również pracodawców. Pozostali pracowników będą zatrudnieni na umowy wynikające z zapisów kodeksu pracy, czyli pozostałe 4 osoby. Każdy zatrudniony pracownik będzie miał wynagrodzenie 1 850,00 zł brutto, wobec powyższego suma pracowników w ilości podstawowej 16 osób będzie w stanie zrealizować zadania z należytą starannością i rzetelnie;

- osoby te będą realizowały również prace interwencyjne, zlecane przez

zamawiającego. Wykonywane prace interwencyjne będą wykonywane również ygin z

zarządzania jakością, pracownikami którzy prace

wykonyują również na cyklicie systemu

który usprawnia organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy

w mojej firmie pozwala, aby pracownik był pracownikiem elastycznym i wykonywał wiele

różnych zadań. Wobec powyższego każdy z pracowników nie będzie miał wąskiej specjalizacji, ale będzie umiał poruszać się na wielu płaszczyznach w zakresie realizacji wykonywania usług komunalnych.

- w odniesieniu do okresu zimowego, zatrudnione zostaną osoby w ramach umowy o pracę na okresy wykonywania określonej pracy, co też w dużej mierze obniży poniesione koszty;
- do realizacji usługi „opróżnianie koszy ulicznych - na terenach oczyszczanych interwencyjnie” nie trzeba będzie zatrudniać dodatkowych osób, gdyż w ramach sprawnej organizacji wykonają to pracownicy którzy realizować będą prace cyklicznego utrzymania. Nie zwiększy to więc kosztów.

Przystępująca wskazała, że nie korzysta z pomocy publicznej udzielanej na podstawie odrębnych przepisów.

Po otrzymaniu i przeanalizowaniu wyjaśnień zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do przystępującej o udzielenie dodatkowych wyjaśnień (w tym złożenie dowodów), dotyczących elementów oferty, jakie przystępująca wzięła pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w formularzu cenowym, mających wpływ na wysokość ceny oferty, złożonej w części 9 zamówienia, w szczególności czy przystępująca uwzględniła w cenie oferty wszystkie koszty i zysk, dotyczące ceny oferty za wykonanie pełnego zakresu usług, zgodnie ze s.i.w.z. W tym celu, zamawiający poprosił o wykazanie jako dowodu - szczegółowej kalkulacji ceny oferty, zawierającej koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i ujmującej poszczególne elementy przedmiotowego zamówienia (tj. wszystkie rodzaje usług).

Pismem z dnia 8 sierpnia 2016 roku przystępująca złożyła następującą kalkulację:

**Kalkulacja ceny oferty na poszczególne elementy przedmiotowego zamówienia i rodzajów usług
REJON IX**

L.p Zakres prac Koszty nie Koszty Zysk Wartość pośrednie netto razem bezpośrednie

Robocizna Materiały + Sprzęt zina 11,00 zł

koszty 1. I Utrzymanie 31229,41 94 750,76 33 291,93 38 729,48 10 333,42 208 335,00

zimowe

2. II 181 012,35 441 723,25 1 207 554,00 254 069,36 261 073,17 69 675,87

Oczyszczanie Razem 212 241,76 536 474,01 1415 889,00 287 361,29 299 802,65 80 009,29

(netto) VAT Podatek 113 271,00

Razem 1 529 160,12

(brutto)

Pismem z dnia 29 sierpnia 2016 roku zamawiający w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do przystępującej o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (w części/częściach na które wykonawca złożył ofertę w niniejszym postępowaniu), w n/w zakresie.

Minimalna stawka wynagrodzenia pracowników, zarówno w przypadku umów zlecenia jak i umów o pracę, będzie wynosiła od 01.01.2017 r. 12 zł/h, o czym Rząd Polski informował jeszcze przed terminem złożenia ofert w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym, zamawiający poprosił o złożenie dodatkowych wyjaśnień w kwestii zasad zatrudnienia pracowników związanych z wykonywaniem niniejszej usługi dla Miasta, tj. czy wykonawca uwzględnił zmianę minimalnej stawki wynagrodzenia na 12 zł/h.

Zamawiający poprosił o wskazanie, jak skalkulowano:

- > koszty wynagrodzenia pracowników, którzy będą realizować niniejsze zamówienie,
- > koszty wynagrodzenia osób fizycznych nie prowadzących działalności gospodarczej,
- > umów zlecenia z osobami fizycznymi prowadzącymi jednoosobową działalność gospodarczą.

Minimalna stawka wynagrodzenia przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od

minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów obowiązujących w trakcie realizacji zamówienia, tj. w latach 2016 - 2019.

Pismem z dnia 1 września 2016 roku przystępująca oświadczyła, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo i przy dołożeniu należytej staranności.

Dla części 9 wszystkie poszczególne ceny - stawki jednostkowe ustalone zostały w sposób realny odzwierciedlający ponoszone koszty i nakłady na wykonanie trzyletniego zamówienia.

W zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008):

W wyjaśnieniu z dnia 6 lipca 2016 r. przedstawiona została informacja dotycząca wynagrodzenia pracowników. Dla przypomnienia : „Każdy zatrudniony pracownik będzie miał wynagrodzenie 1 850,00 zł brutto”. W momencie zmian przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia w latach kolejnych płaca minimalna będzie wynikać z zapisów ustawowych.

Pismem z dnia 27 września 2016 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującej z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny wobec przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

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

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu

W rozpoznawanej sprawie zamawiający trzykrotnie wezwał przystępującą do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń

strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

1a. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z treści art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. wynika, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca, który złożył ofertę, wobec której podniesiono zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wykazać, za pomocą środków dowodowych, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującej, która - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostała. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Tymczasem złożone przez przystępującą wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają ceny wskazanej przez nią w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy cena jest realna, skoro nie została poparta żadnymi dowodami, zaś złożone wyjaśnienia są ogólne i nie znajdują przełożenia na przyjęte przez przystępującą składniki cenotwórcze. Przystępująca wskazała co prawda na takie okoliczności, jak posiadanie korzystnej umowy z dostawcą paliwa oraz z dostawcą soli, korzystne umowy z jednostkami organizacyjnymi Miasta Łodzi itp., jednak nie wykazała, w jaki sposób okoliczności te wpływają na obniżenie ceny. W szczególności nie podała szczegółowych konkretnych kwot, wynikających ze wskazanych umów, wysokości opustów itp. Umowy, na które powoływała się przystępująca, nie zostały przedłożone jako dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Pełnomocnik przystępującej na rozprawie w dniu 19 października 2016 roku podnosił, iż umowy nie zostały złożone z uwagi na lojalność wobec kontrahenta. Izba wskazuje, iż ustawa P.z.p. przewiduje możliwości zabezpieczenia się przed ujawnieniem niektórych dokumentów czy informacji poprzez ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępująca z takiej możliwości nie skorzystała. Podkreślić należy, iż część okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach przystępującej - jak słusznie podnosił odwołujący - dotyczy również innych

wykonawców biorących udział w postępowaniu, np. sezonowość i związana z nią różna specyfika prac. Jeżeli wobec przystępującej okoliczności te miały inny wpływ na cenę niż w przypadku pozostałych wykonawców, należało to wykazać i udowodnić. Z kolei złożona przez przystępującą kalkulacja jest bardzo ogólna, mimo że zamawiający w wezwaniu zażądał szczegółowej kalkulacji ceny oferty, zawierającej koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i ujmującej poszczególne elementy przedmiotowego zamówienia (tj. wszystkie rodzaje usług). Tym samym, wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności zaoferowanej ceny jest po prostu niemożliwa.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż przystępująca nie wykazała, iż zaoferowana przez nią cena nie jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba pozostawiła bez rozpoznania żądania wykluczenia przystępującej z postępowania oraz unieważnienia postępowania. Wskazać należy, iż - pomimo podniesienia takich żądań - odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu uzasadniającego zgłoszone żądania, a w treści odwołania nie znalazła się także żadna argumentacja uzasadniająca wykluczenie przystępującej z postępowania oraz unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Sformułowanie żądania nie jest natomiast równoznaczne z postawieniem zarzutu uzasadniającego zgłoszone żądania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie przyznała odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, pomimo złożenia takiego wniosku. Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu jego rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), do kosztów postępowania

odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Z powyższego wynika, iż warunkiem zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zwycięskiej strony, jest przedłożenie przez nią rachunków wykazujących fakt poniesienia kosztów oraz ich wysokość. W związku z tym, iż odwołujący

nie przedłożył wymaganych rachunków, zwrot kosztów postępowania mu nie przysługuje.

.....