

WYROK
z dnia 19 listopada 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 roku przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Śląskiej 118, 53-111 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Woskową 4352 z siedzibą w Giżycku przy ulicy Nowowiejskiej 20, 11-500 Giżycko

przy udziale wykonawcy:

- Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym przy ulicy Szafirowej 7a, 82-310 Gronowo Górne zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

- A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U. „ROKA” A..... I..... K..... Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim przy ulicy Polnej 14, 97-300 Piotrków Trybunalski zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Śląskiej 118, 53-111 Wrocław i:

1

-
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Śląskiej 118, 53-111 Wrocław tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Śląskiej 118, 53-111 Wrocław na rzecz Zamawiającego Jednostki Woskowej 4352 z siedzibą w Giżycku przy ulicy Nowowiejskiej 20, 11-500 Giżycko, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Olsztynie .

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Jednostkę Woskową 4352 w Giżycku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych*

na terenie administrowanym przez jednostkę wojskową nr 4352 Gi ycko opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 lipca 2013 roku pod numerem 2013/S 145-252204.

22 października 2013 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

31 października 2013 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie – dla zadania nr I :

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie odstąpienia oferty Wykonawcy EKO-PLAN Spółka Akcyjna ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wyjaśnień ra ąco niskiej ceny wybranego Wykonawcy: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 J..... J..... Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia oferty zło onej przez tego Wykonawcę jako zawierającej ra ąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust.1-3 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wyjaśnień ra ąco niskiej ceny Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr A..... I..... K..... oraz zaniechania odrzucenia oferty zło onej przez tego Wykonawcę jako zawierającej ra ąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust.1-3 ustawy przez zaniechanie przez

3

Zamawiającego oceny wyjaśnień ra ąco niskiej ceny Wykonawcy: ECO-PLAN Spółka Akcyjna oraz zaniechania odrzucenia oferty zło onej przez tego Wykonawcę jako zawierającej ra ąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji; 6) art. 91 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie – dla zadania nr IV :

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wyjaśnień ra ąco niskiej ceny wybranego Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr A..... I..... K..... oraz zaniechania odrzucenia oferty zło onej przez tego Wykonawcę jako zawierającej ra ąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wyjaśnień ra ąco niskiej ceny Wykonawcy: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 J..... J..... Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia oferty zło onej przez tego Wykonawcę jako zawierającej ra ąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 91 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- dla zadania nr I: uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty zło onej przez Wykonawcę: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 J..... J..... Sp. z o.o.; nakazanie Zamawiającemu odstąpienia oferty Wykonawcy EKO-PLAN Spółka Akcyjna ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk; nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy - ofert zło onych przez Wykonawców: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 J..... J..... Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr A..... I..... K..... oraz ECO-PLAN Spółka Akcyjna, gdy : a) zawierają ra ąco niską cenę; b) ich zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; nakazanie Zamawiającemu dokonania

ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania,

4

- dla zadania nr IV o: uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr A..... I..... K.....; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy - ofert złożonych przez Wykonawców: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 J..... J..... Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr A..... I..... K..... gdy : a) zawierają racjonalnie niską cenę; b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego, jako najtańsza w postępowaniu dla zadania nr I i IV będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Odwołujący w dniu 22 października 2013 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr 8060/13 z dnia 22 października 2013 r.), powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania nr I i IV. Przywołany wybór dokonany został w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2013 r. sygn. akt.: KIO 2291/13. Ponadto z uwagi na okoliczność, że ww. czynność Zamawiającego stanowi wykonanie wskazanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wnosi o zaliczenie dowodów wniesionych w ww. postępowaniu sygn. akt.: KIO 291/13 w poczet niniejszej sprawy. W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego w dniu 22.10.2013 r. są bezpodstawne i naruszają prawo, gdyż złożone w postępowaniu - zadanie I i IV - oferty zawierają racjonalnie niską cenę.

W szczególności przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie w zakresie wyjaśnienia, czy sklasyfikowane na pierwszych trzech miejscach oferty w obu częściach nie zawierają cen racjonalnie niskiej, jest działaniem formalnym, przeprowadzonym bez należytej weryfikacji otrzymanych wyjaśnień. Działania Zamawiającego formalnie czynią zadość orzeczeniu KIO z dnia 16.10.2013 r. (2291/13), jako że Zamawiający wezwał wskazanych w

5

wyroku wykonawców do wyjaśnienia sposobów kalkulacji ofert. Niemniej z przedmiotowego wyroku KIO wynika w sposób niezbity, że Izba uznała, że w obu zadaniach w odniesieniu do trzech pierwszych wykonawców, istnieją uzasadnione wątpliwości, czy nie zawierają racjonalnie niskiej ceny. Izba przesądziła zatem o obowiązku wykonania przez Zamawiającego postępowań wyjaśniających na powyższą okoliczność. Zatem Izba zobligowała Zamawiającego nie tylko do zadania pytań wykonawcom o sposób kalkulacji, ale także przesądziła, że oferowane przez tych wykonawców ceny będą uzasadnione wątpliwości czy nie są racjonalnie niskie, zobowiązała Zamawiającego do rozstrzygnięcia na podstawie otrzymanych wyjaśnień, czy przedstawione kalkulacje rozwiewają w sposób obiektywny wątpliwości co do prawidłowości ich szacowania. Tego zaś Zamawiający zaniechał, zadawając się uzupełnieniem dokumentacji o dane w wyroku KIO dokumenty i powtarzając swoje wcześniejsze wybory i Gdyby Zamawiający zechciał decyzje zweryfikować otrzymane dane, musiałby stwierdzić, że złożone wyjaśnienia są sprzeczne z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i będą powodem wątpliwości co do możliwości pełnego zrealizowania zleczonych usług. Zamawiający musiałby w końcu także ustosunkować się do różnic pomiędzy oferowanymi cenami a aktualnymi kosztami świadczenia usług - także przez tych samych wykonawców.

Stanowisko Odwołującego w odniesieniu do postępowania dla zadania nr I Węgorzewo, Gi ycko (kwota brutto przeznaczona na zadanie - 8 609 306,55 zł)

W postępowaniu złoży ono następujące oferty: Clar System 3 098 938,52 zł brutto 2 724 858,44 zł netto, MOP 4 447 535,35 zł netto 3 901 280,77 zł brutto Roca 4 667 657,30 zł netto 4 028 813,27 zł brutto, Eco plan 5 568 865,00 zł netto 4 798 624,41 zł brutto, Impel 6 434 463,60 zł brutto 5 600 104,23 zł netto.

Odwołujący przypomina, iż w 2010 roku RZI Olsztyn ogłosiło pierwsze postępowanie na usługi sprzątania wewnętrznego i zewnętrznego zaś w 2011 roku ogłosiło kolejne postępowanie rozszerzające zakres usług na poszczególnych zadaniach. W efekcie tych postępowań obecnie dwie firmy realizują przedmiot zamówienia prawie to same z przedmiotem niniejszego zamówienia - aktualnie zwiększył się metra wewnętrzny o 203 m² i zewnętrzny o 220.724 m². I tak wpłynęły oferty: a) MOP 83 - w 2010 roku na kwotę miesięcznie: 97 132,17 zł brutto, zaś w 2011 roku na kwotę miesięcznie: 63 951 zł brutto (to drugie zadanie zostało wygrane przez MOP 83) czyli łącznie kwotę miesięcznie 161 083,17 zł. W przedmiotowym przetargu za realizację obu tych wykonawca oczekuje kwoty 125 282 zł brutto, b) Roka w 2010 r. oferowała cenę miesięczną w kwocie 134 030,77 zł brutto zaś w 2011 roku na kwotę miesięcznie: 82 861 zł brutto, czyli łącznie kwotę miesięcznie

6

216 891,00 zł. W przedmiotowym przetargu za realizację obu tych wykonawca oczekuje kwoty 131 483,00 zł brutto. Impel - cena złożyła ona w 2013 roku: 181 252,00 zł brutto Impel – cena złożyła ona w postępowaniu 2010 roku: 86 958,38 zł brutto Impel - cena złożyła ona w postępowaniu 2011 roku: 74 596,00 zł brutto Suma cen Impel w postępowaniach 2010 i 2011 bez dodatkowych terenów: 161 554 ,00 zł brutto.

Informacje o przedmiocie zamówienia zawarte w SIWZ z 2010 r. Gi ycko: Kompleks wojskowy ul. Wojska Polskiego; 12 budynków - odległości między budynkami ogromne gdy kompleks położony jest na 59 213 m² terenów utwardzonych + 38 852 m² terenów zielonych Kompleks ul. Moniuszki; 8 budynków - odległości między budynkami ogromne gdy kompleks położony jest na 39 275 m² terenów utwardzonych + 18 771 m² terenów zielonych Kompleks ul. Igo Maja: 11 budynków- odległości między budynkami ogromne gdy kompleks położony jest na 21 367 m² terenów utwardzonych + 13 887 m² terenów zielonych Kompleks ul. Nowowiejskiej: 10 budynków - odległości między budynkami ogromne gdy kompleks położony jest na 19 682 m² terenów utwardzonych + 40 000 m² terenów zielonych Kompleks Bro ówka: 1 budynek - na 8 397 m² terenów utwardzonych + 6 065 m² terenów zielonych Kompleks Węgorzewo ul. Bema: 10 budynków - odległości między budynkami ogromne gdy kompleks położony jest na 86 204 m² terenów utwardzonych + 59 024 m² terenów zielonych.

Informacje o przedmiocie zamówienia zawarte w SIWZ z 2011 r. Gi ycko: Kompleks wojskowy ul. Wojska Polskiego; 11 budynków - tereny przyległe 12 712 m² terenów utwardzonych + 55 726 m² terenów zielonych Kompleks ul. Moniuszki; 7 budynków - tereny przyległe 12 507 m² terenów utwardzonych + 458 m² terenów zielonych Kompleks ul. Igo Maja: 8 budynków – tereny przyległe 28 335 m² terenów utwardzonych + 40 619 m² terenów zielonych Kompleks ul. Nowowiejskiej: 8 budynków - tereny przyległe 14 667 m² terenów utwardzonych + 47 403 m² terenów zielonych Kompleks Bro ówka: 3 budynków - tereny przyległe 5 416 m² terenów utwardzonych + 47 353 m² terenów zielonych Kompleks Węgorzewo ul. Bema: 14 budynków - tereny przyległe 15 219 m² terenów zielonych Spotykane w rzeczywistości normy sprzątania dla tego typu terenów kształtują się następująco: Zadanie nr I metra norma wydajnościowa m² na godzinę ilość etatów potrzebna do realizacji zamówienia w przeliczeniu wg. Max wydajności stosowanych na rynku - Teren wew 73 287, od 120 m/h do 180 m/h, 50,89 etatu (nie licząc przejść między budynkami) - Teren utwardzony zewnętrzny 257 502, od 1000 m/h do 2000 m/h, przy założeniu sprzętu 3,33 przy założeniu wykonywania prac średni raz w tygodniu - Teren zielony zewnętrzny 541 755, 300 do 800 m²/h (kosiarka z siedzeniem dla

7

operatora) 4,38 etatu przy założeniu koszenia lub wszelkich innych prac nie częściej niż raz w miesiącu - Suma: 58,60 etatów do wykonania tego zadania.

Zało enie takie jest zbli one do liczby etatów obecnie wykonujących usługę na tych powierzchniach. Odwołujący przedstawia swoje wyliczenia kosztów realizacji usługi: Zadanie I: Robocizna Koszty robocizny przy zało eniu płacy minimalnej: 58,60 etatu x 2026,25 zł (całkowity koszt zatrudnienia pracodawcy) Ilość etatów: 58,60 osób stałych na terenie jednostki, Minimalne Koszty zatrudnienia 118 738,25 zł - 31 020,48 zł = 87 717,77 zł Osoby niepełnosprawne. Przybli ony stan osób niepełnosprawnych: 18*1443,36+10,5*480 Dotacja do niepełnosprawnych umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - 1.443,36 zł lekki stopień niepełnosprawności - 480 zł. Koszty środków chemicznych i eksploatacyjnych (w tym piasek i sól). Koszty łączne 41 300,00 zł netto. Koszty środków chemicznych 7 200,00 zł netto. Koszty środków eksploatacyjnych (papier, mydło, ręczniki) 12 300,00 zł netto. Koszty soli i piasku oraz paliwa 9 000,00 zł netto. Koszty rezerwowe+ koszty podwykonawców 12 800,00 zł netto. Koszty narzędzi, sprzętu i maszyn. Koszty łączne 12.175,00 zł netto Koszty amortyzacji sprzętu ciężkiego (2 x ciągnik rolniczy z kpi osprzętem: przyczepa, pług, zamiatarka, agregat, rozsiewacz; 2 x dmuchawa do liści i śniegu, 2 x maszyna szorująca zbierająca, 5 x mikrociągnik z osprzętem) - Amortyzacja liczona na 6 lat 8.875,00 zł netto. Koszty amortyzacji sprzętu drobnego do prac wew. i zew. (2 x maszyna do prania dywanów; 37 x wózki sprzątacza; 25 x odkurzacze; 37 x kpi ścierek i mopów; 4 x drabina; 20 x zestawy do mycia okien; 7 x wózki kpi. do sprząwania terenów zew., 15 x kpi. ogrodniczy (miotły, łopaty, grabie, taczki) 2.950,00 zł netto. Koszty rezerwowe 350,00 zł netto. Koszty usług dodatkowych. Koszty łączne 4 490,00 zł netto. Koszt wykonywania usług okresowych nie uwzględnione powy ej (mycie okien, pranie wykładzin i aluzji firan, akrylowanie posadzek, itp) 3 120,00 zł netto. Koszty kontenerów oraz transportu 1 250,00 zł netto. Koszty rezerwowe 120,00 zł netto. Koszty inne. Koszty łączne 4 809,00 zł netto. Koszt inne (opieka medyczna, opieka personalna, bhp) 3.809,00 zł netto. Koszty rezerwowe 1.000,00 zł netto Suma kosztów: 150 491,77 zł netto.

Odnosnie pozycji kosztowych: Kwota brutto przeznaczona na zamówienie: 242 515 zł brutto Kwota brutto wybranej oferty: 125 282 zł brutto, kwota kolejnej oferty: 131 483,00 zł brutto kwota kolejnej oferty: 156 869,00 brutto, kwota kolejnej oferty: 181 252,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego ceny zaoferowane przez ww. Wykonawców są nierealistyczne i skalkulowane zostały w sposób uniemo liwiający bezpieczne, prawidłowe i nale yte wykonanie zamówienia. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, e „ceną ra ąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest mo liwe wykonanie zamówienia w nale yty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia

8

poni ej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez Wykonawcę cenę jako ra ąco niską jest „cena (...) która uniemo liwia realizację zamówienia, (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.). Cena zaoferowana przez ww. Wykonawców, znacznie odbiega od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj. cena oferty najkorzystniejszej jest ni sza od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Mo na z całą pewnością sądzić, i cena ofert tak znacznie odbiegająca od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia została skalkulowana wadliwie i nieprawidłowo z du ym elementem niedoszacowania kosztów bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz realizacji szeregu prac podanych w zakresie czynności. Ponadto, jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 października 2013 r. (sygn. akt.: 2291/13) dotyczącym również przedmiotowej sprawy, „argumentacja zamawiającego, e przeszacował on wartość zamówienia opierając się wyłącznie na kwotach, które zostały mu narzucone przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, nie są okolicznościami usprawiedliwiającymi zamawiającego. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenia wykonawcy, ustalone przez Zamawiającego z nale ytą starannością. Przepis ten do wartości zamówienia zobowiązuje zamawiającego starannego szacowania i jednocześnie stwarza domniemanie, e Zamawiający w sposób nale yty takiego szacunku dokonał. Nieprawidłowości w dokonanym szacunku nie mogą obciążać wykonawców, biorących udział w postępowaniu.” Tym samym zło one po otwarciu ofert, oświadczenie Zamawiającego o omyłce lub błędzie w oszacowaniu wartości zamówienia nie stanowi podstawy dla przyjęcia, e zaproponowane w postępowaniu ceny są porównywalne,

proporcjonalne i realistyczne względem wartości zamówienia. Istotnym jest tak e fakt, e oferty zło one ww. postępowaniu unie mo liwiają zweryfikowanie informacji o elementach kosztowych usługi, z których wynikałoby e Wykonawcy zastosowali szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, e znajdują się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. „Wyjaśnienia wykonawcy, aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołując fakty powszechnie wiadome.” (KIO 120/13 z dnia 29 stycznia 2013 r.). Zwa ywszy na okoliczność, e adne z przedstawionych wyjaśnień nie zawierają rozwiązań szczególnych, czy to odnoszących się do sposobu organizacji pracy, lub te innych udowodnionych i wykazanych nadzwyczajnych okoliczności, które umo liwiłyby realizację zamówienia po zaoferowanych cenach w sposób prawidłowy,

9

nale yty a równocześnie bez straty dla wykonawców uznać nale y, e ceny te nie zostały skalkulowane właściwie i są zbyt niskie względem przedmiotu zamówienia. Niezwykle istotnym jest, e w ww. kalkulacjach brak jest widocznego i rzeczywistego powiązania pomiędzy przyjętymi zało eniami kosztowymi a istniejącym potrzebami zamówienia zdefiniowanymi m.in. przez jego rozmiar, ró norodność czynności, rozległość terenu, specyfikę obiektu. Tym samym przedstawione informacje o obliczeniu ceny nie potwierdzają, e wyliczenia przygotowane zostały z uwzględnieniem wszelkich potrzeb zamawiającego i są opracowane w sposób dający rękojmię nale ytego wykonania. Ponadto brak wykazania przez ww. wykonawców realnego związku pomiędzy wielkością zamówienia a ekwiwalentnością ceny potwierdza stanowisko Odwołującego, e ww. ceny są cenami ra ąco niskimi. Powy sze stanowisko jest identyczne ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „zamawiający będzie zwolniony z pełnego udowodnienia wykonawcy, i oferowana przezeń cena jest ra ąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a wykonawca obalić takiego domniemanie nie zdoła. Cena ra ąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona ró nica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł ni wynagrodzenie umowne, zamówienie to

związku z powy szym, jak wykonać.” (KIO 601/12 z 4

kwietnia 2012 r.). W

równie zwa ywszy na okoliczność, e ra podejrzenie ąco niskiej ceny ofert zaproponowanych przez ww. Wykonawców stwierdzone zostało w ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 201 r. (sygn. akt: 2291/13) i nie zostało w dalszym toku postępowania zarówno przed KIO jak i Zamawiającym, z powodów wy ej przedstawionych, obalone, uznać nale y, e ww. oferty zawierają niską cenę. W związku z powy szym, w ustalonym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej wybranego Wykonawcy zarówno względem szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia jak i rynkowych cen wykonania rzeczzonego zamówienia w ocenie Odwołującego uzasadniony jest wniosek, e cena oferty najkorzystniejszej jest ceną nierealistyczną, unie mo liwiająca w warunkach gospodarczych realizację zamówienia. aktualnych

e ww. cena, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników Odwołujący wskazuje ponadto, wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu rzeczywistą wartość rynkową umów o została poni ej kosztów wykonywania przedmiotowe zamówienie,

skalkulowana

przedmiotowych usług. Mając na uwadze powy sze, Odwołujący pragnie podkreślić, i posiada pełną wiedzę i wieloletnie doświadczenie we współpracy z Zamawiającym przy wykonywaniu usługi na w/w obiektach będących częścią SIWZ określoną w Zadaniu nr I.

10

Wiedza dotycząca w/w obiektów, ale przede wszystkim wspomniane powy ej wieloletnie doświadczenie pozwala oszacować realne koszty wykonania usługi. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzeda towarów lub usług

wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzeda
zakup w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez ww. Wykonawcę ceny za realizację zamówienia, w ocenie Odwołującego są rażąco niskie, stanowi de facto sprzeda usług poni ej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, i przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: "Na wstępie nale y wskazać, e nie ka de utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które mo e być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagra ają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemo liwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Je eli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poni ej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest równie cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powy ej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak równie stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Niezale nie od powy szego podkreślenia wymaga tak e fakt, i Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc

de facto dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, e wybrany Wykonawca daje rękojmię nale ytego, wykonania zamówienia a zło ona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale równie z uwagi na ww. cel, któremu słu yć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie słu ącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji nara enie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości. Odwołujący podkreśla jednocześnie, e jako Wykonawca obecnie świadczący na rzecz Zamawiającego aktualnie podobną usługę z przedmiotem zamówienia, posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, e ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez ww. Wykonawców rażąco poni ej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę MOP 83 są spisem ogólnych stwierdzeń, prezentacją firmy i nie zawierają ądnych konkretnych danych odnośnie metod kalkulacji i przyjętych danych. W szczególności nie jest mo liwe po ich analizie ustalenie tak podstawowych danych jak liczba pracowników przewidzianych do realizacji usługi, koszt wykorzystania sprzętu, itp. W efekcie zatem odpowiedź ta nie czyni zadość wymogom określonym w art. 90 ust 1-3 ustawy i zasadne jest stwierdzenie, i wykonawca ten nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku obalenia domniemania, i zaproponowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W odniesieniu do wyjaśnień firmy Roka, wskazać nale y na następujące okoliczności. Zamawiający w SIWZ na str. 16 w pkt 1.3 oczekuje e wykonawca przeznaczy do realizacji usługi w zadaniu I nie mniej ni 45 osób, które będą świadczyły usługę w systemie dziennym

(pięć dni w tygodniu), w godz. pracy od 07.30 do 15.30 w dni robocze. Wykonawca Roka natomiast w szacunkowych kosztach osobowych przewiduje 39,8 etatu do obsługi powierzchni określonego rodzaju, w tym 27 etatów osoby niepełnosprawne co stanowi 67,84% całego personelu. Łączny metra powierzchni do obsługi 877 965,6 m² ilości wykonawca Roka zamierza obsłużyć przy wykorzystaniu 39,8 etatów - w tym 27 etatów obsadzonych przez osoby niepełnosprawne. Pojawia się zatem niezgodność wyjaśnień z załoženiami Zamawiającego oraz wątpliwość co do możliwości wykonania usługi przy ogromnej średniej wydajności na pracownika (gdzie 2/3 to ludzie z różnego rodzaju schorzeniami) 995 m²/h.. Ponadto Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji nadzoru do

12

kontrolowania dużej grupy osób. Do zakresu obowiązków Wykonawcy należą również usługi dodatkowe, w których zakres wchodzi m.in. pranie wykładzin, firan i verticali, akrylowanie posadzek itp. Wydajność zasadniczego sprzątania (niespotykana na rynku średnia 995 m²/h) rodzi uzasadnione wątpliwości, i brak jest osób do wykonywania wymienionych
e 15 osób wg zestawień Roki czynności dodatkowych. Do

tego trzeba zauważyć,

zatrudnionych będzie ze stopniem umiarkowanym, zatem pracujących w skróconym czasie pracy z 8h dziennie na 7h dziennie + zastępstwa urlopowe i chorobowe. Niewątpliwie ma tu miejsce niedoszacowanie ilości i etatowości pracowników. Kolejnym zarzutem są koszty zatrudnienia, które są bezwzględnie niedoszacowane. Wyliczenie wynagrodzenia rok 2013: Koszt wynagrodzenia 1 pracownika otrzymującego wynagrodzenia w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 1.600 zł, oznacza dla pracodawcy koszt w kwocie 1895,68 zł (Ubezpieczenia społeczne ponoszone przez pracodawcę) + urlop (26dni) to szacunkowo dodatkowa kwota 157,97 zł + zwolnienie lekarskie na poziomie 10% (189,57 zł). Zatem łączny koszt zatrudnienia jednego pracownika wynosi dla pracodawcy kwotę 2.243,22 zł. Trzymając się założenia firmy Roka (jak wskazywano wyżej i tak wątpliwych), mnożymy 39,8 (liczba etatów) x 2.243,22 zł (koszt pracodawcy w przeliczeniu na jednego pracownika) = 89 280,16 zł (realna kwota zatrudnienia pracowników przy etatowości Roki). Natomiast wartość podana przez Rokę w kalkulacji - 80 062,87 zł jest niższa od realnej kwoty o 9 217,29 zł miesięcznie. W 2014 r. koszty te wzrastają. Koszt wynagrodzenia 1 pracownika otrzymującego wynagrodzenia w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 1680 zł. Koszt pracodawcy 1990,46 zł + urlop (26 dni) szacunkowo 165,87 zł + zwolnienie lekarskie 10% (199 zł) zatem łączny koszt wynosi 2.355,33 zł. Ilość etatów firmy Roka 39,8 x 2355,33 zł = 93 742,13 zł (realna kwota zatrudnienia pracowników przy zaniżonej etatowości Roki). Natomiast wartość podana przez Rokę w kalkulacji to kwota 80 062,87 zł jest niższa od realnej kwoty o 13 679,26 zł. Podsumowując oczywistością jest coroczny wzrost kosztów zatrudnienia, a co za tym idzie spadek rentowności realizacji kontraktu i zysku firmy Roka, co niewątpliwie przełoży się na niższą jakość świadczenia usługi, niezgodną z wymogami Zamawiającego. Kolejnym argumentem niedoszacowania ceny jest przedstawione zestawienie środków trwałych, które wg naszego wieloletniego doświadczenia nie zawiera odpowiedniej ilości sprzętu niezbędnego do odśnieżania. Firma Roka, bowiem wg tego zestawienia posiada 2 ciągniki, w tym jeden „nowy” zakupiony w styczniu 2013 r., który powinien wedle zasad księgowych podlegać amortyzacji, a nie jest ona uwzględniona w kalkulacji. Ponadto nie możliwe jest sprawne obsłużenie tak ogromnego terenu obejmującego 3 jednostki (Węgorzewo, Giżycko, Brońka) tym sprzętem. Można byłoby domniemywać, iż firma Roka wykona czynności zimowe, jak i letnie przy pomocy

13

podwykonawcy. Niemniej jednak, trzeba podkreślić, że kosztu podwykonawcy również nie ma w kalkulacji Roki, gdzie warto również zaznaczyć, iż pomimo wspomnianych czynności dochodzi dodatkowa usługa polegająca na utrzymaniu pasów ochronnych o powierzchni 5421,60 m². Jak i czym firma Roka ma zamiar realizować usługę przy braku funduszy pod wymienione wymagania SIWZ. Innym zaniżonym kosztem przez firmę Roka jest koszt wywozu odpadów z powierzchni ponad 54 hektarów (trawa, gałęzie, liście) zgodnie z SIWZ i nową ustawą o odpadach, która weszła w życie z lipca 2013r. Wyliczenia kosztu wg lokalizacji: Węgorzewo - 2 szt. pojemników 6 m³/m-sc. Brońka - 2 szt. pojemników 6

m3/m-sc. Gi ycko - 10 szt. pojemników 6 m3/m-sc Koszt lszt. pojemnika - 750 zł Czas wywozu odpadów od maja do października (6 miesięcy). 14 pojemników x 6 x 750zł = 63 000 zł /12 = 5250 zł (średni koszt miesięczny) Realny miesięczny koszt wywozu odpadów zielonych to 5.250 zł gdzie u firmy Roki w kalkulacji na ten cel przeznaczono kwotę 1.360 zł. Ponownie nasuwa się pytanie jak Wykonawca zamierza wykonać ten obowiązek przy kwocie o 3.890 zł ni szej od realnej.

Bezpodstawne zastrze enie tajemnicy przedsiębiorstwa informacji Wykonawca EKO-PLAN Spółka Akcyjna, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny, zło one na wezwanie Zamawiającego stanowiące wykonanie wyroku Krajowej lzby Odwoławczej z dnia 16 października 2013 r. (sygn. akt.: KIO 2291/13). Odwołujący podnosi, e wskazane działanie ww. Wykonawcy jest bezprawne, gdy informacje zawarte w przywołanym dokumencie, co do zasady, nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niezale nie od powy szego Odwołujący wskazuje równie , e znamiona bezprawności nosi tak e zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrze onych przez EKO-PLAN Spółka Akcyjna. W ocenie Odwołującego czynność zarówno ww. Wykonawcy jak i Zamawiającego nie znajdują podstaw w stanie faktycznym sprawy i innych okolicznościach stanowiącej postawę do zastrze enia poufności danych i informacji. Wyjaśnienia zastrze one przez EKO-PLAN Spółka Akcyjna nie stanowią rozwinięcia zastrze onych w ofercie ww. podmiotu informacji. Oferta EKO-PLAN Spółka Akcyjna jest w całości jawna i nie zawiera adnych autorskich, dedykowanych dla przedmiotowego zamówienia rozwiązań. Ponadto istotnym jest tak e, e w ocenie Krajowej lzby Odwoławczej „nie neguje się, e kalkulacje cenowe mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ceny ofert (a więc i kalkulacje) nie powinny być upublicznianie przed zło eniem oferty - jednak po zło eniu ofert ceny są jawne; ich składniki mogą być w pewnych okolicznościach, po wykazaniu, e stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podlegać utajnieniu” (KIO 1218/13 z dnia 6 czerwca 2013 r.) O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje

14

charakter informacji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, je eli spełnia łącznie trzy warunki tj.: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powy sze zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwy szego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 200t Nr 4, poz. 59). Ocena, czy dowolna informacja zastrze ona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyra onym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy (por. wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. W związku z powy szym, uznać nale y, e zarówno zachowanie ww. Wykonawcy jak i Zamawiającego polegające na utajnieniu całości wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisów prawa. Kalkulacje ceny oferty podobnie jak i zaoferowana w postępowaniu o zamówienie publiczne cena jest co do zasady informacją jawną. Odstępstwo od ww. zasady wyra onej w art. 8 ustawy, dopuszczalne jest wyjątkowo i w specyficznych okolicznościach w odniesieniu do szczególnych elementów i czynników cenotwórczych posiadających przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu ar. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym niedopuszczalne jest generalne i ogólne zastrze enie jako informacji poufnej całych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny. Ograniczenie dostępu do wszystkich czynników cenotwórczych jest bezprawne, gdy część z ww. czynników jest wspólna i powszechnie znana przez ogół podmiotów funkcjonujących na rynku w określonym stanie prawnym. Przykładem takich czynników mo e

być np. wysokość minimalnego wynagrodzenia, wysokość podatków i danin publicznych, koszty paliwa i transportu. Odwołujący zaznacza, że również brak działań Zamawiającego zmierzających do wyjaśnienia podstaw i prawidłowości dokonanej zastrzeżenia, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Stanowisko

15

Odwołującego znajduje potwierdzenie w ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej tj.: „Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanej przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.” Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania, weryfikację zdolności wybranego Wykonawcy tak do udziału w procedurze jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący, podobnie jak KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. (KIO 2710/12), zauważa, że „zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.” Odwołujący podkreśla, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenia wyłącznie w warunkach art. 8 ust. 3 ustawy. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwójako: przez upublicznienie treści udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia.

Stanowisko Odwołującego w odniesieniu do postępowania dla zadania nr IV.

W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego są bezpodstawne i dokonane zostały z naruszeniem prawa, gdy złożone w postępowaniu oferty zawierają rażąco niską cenę. Odwołujący stwierdził, iż w postępowaniu dla zadania nr IV: Bemowo Piskie, kwota brutto przeznaczona na zadanie - 7 830 436,93 zł; złożone następujące oferty:

16

1. Eko Plan 3 417 405,19 zł brutto, 2 934 502,17 zł netto; Roca 4216 177,62 zł brutto, 3 681 320,23 zł netto; MOP 4 394 982,32 zł brutto, 3 927 307,32 zł netto; Impel 5 248 098,01 zł brutto, 4 624 850,75 zł netto.

Odwołujący przypomina, iż w 2010 roku RZI Olsztyn ogłosiło pierwsze postępowanie na usługi sprzątkowania wewnętrznego i zewnętrznego zaś w 2011 roku ogłosiło kolejne postępowanie rozszerzające zakres usług na poszczególnych zadaniach. W efekcie tych postępowań obecnie dwie firmy realizują przedmiot zamówienia prawie to same z przedmiotem niniejszego zamówienia - aktualnie zwiększył o 4 064 m² powierzchni wewnętrznych i o 143 850,42 m² terenów zewnętrznych + 242 490 m² - stref peryferyjnych realizowanych raz w roku. I tak wpłynęły oferty: c) Roka - w 2010 roku na kwotę miesięcznie: 212 049,42 zł brutto, zaś w 2011 roku na kwotę miesięcznie: 41 748,00 zł brutto (to drugie zadanie zostało wygrane przez Roka) czyli łącznie kwotę miesięcznie 253 797,42 zł. W przedmiotowym przetargu za realizację obu tych wykonawca oczekuje kwoty 118 765,00 zł brutto, d) MOP 83 w 2010 r. oferowała cenę miesięczną w kwocie 108 382,13

zł brutto zaś w 2011 roku na kwotę miesięcznie: 41 935, zł brutto, czyli łącznie kwotę miesięcznie 150 317,00 zł. W przedmiotowym przetargu za realizację obu tych wykonawca oczekuje kwoty 123 802,32 zł brutto.

Spotykane w rzeczywistości normy sprzątania dla tego typu terenów kształtują się następująco: Zadanie nr IV metra norma wydajnościowa m² na godzinę ilość etatów potrzebna do realizacji w przeliczeniu wg. max wydajności zamówienia stosowanych na rynku. Teren wew 48 040,82 od 120 m/h do 180 m/h 33,36 etatu (nie licząc przejść między budynkami) Teren utwardź zewnętrzny 221 326,00 od 1000 m/h do 2000 m/h przy zało eniu sprzętu 2,87 przy zało eniu wykonywania prac średni raz w tygodniu Teren zielony zewnętrzny 674 022,42 300 do 800 m²/h (kosiarka z siedzeniem dla operatora) 5,45 etatu przy zało eniu koszenia lub wszelkich innych prac nie częściej ni raz w miesiącu. Strefa peryferyjna 242 490,00 od 30 do 150 m²/h (wykaszarki ręczne + ciągniki) 0,84 etatu przy zało eniu koszenia raz w roku (część etatu rozło ona na 12 miesięcy) Suma 964 553,24. 42,52 etatu Odwołujący w oparciu o zakres prac oblicza koszty Zadanie IV : Robocizna Koszty robocizny przy zało eniu płacy minimalnej: 42,52 etatu x 2026,25 zł (całkowity koszt zatrudnienia pracodawcy) ilość etatów: 42,52 osób stałych na terenie jednostki. Minimalne Koszty zatrudnienia 86 156,15 zł - 15 633,60 zł = 70 522,55 zł Osoby niepełnosprawne Przybli ony stan osób niepełnosprawnych: 10*1443,36+2,5*480 u obu wykonawców. Dotacja do niepełnosprawnych umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - 1.443,36 zł. Lekki stopień niepełnosprawności: 480 zł. Koszty środków chemicznych i eksploatacyjnych (w tym piasek i sól). Koszty łącznie 27 500,00 zł netto. Koszty środków

17

chemicznych 5 100,00 zł netto. Koszty środków eksploatacyjnych (papier, mydło, ręczniki) 9 600,00 zł netto. Koszty soli i piasku oraz paliwa 7 000,00 zł netto Koszty rezerwowe+ koszty podwykonawców 5 800,00 zł netto. Koszty narzędzi, sprzętu i maszyn Koszty łącznie 15 275,00 zł netto. Koszty amortyzacji sprzętu ciężkiego (3 x ciągnik rolniczy z kpl osprzętem: przyczepa, pług, zamiatarka, agregat, rozsiewacz; 3 x dmuchawa do liści i śniegu, 2 x maszyna szorująco zbierająca, 5 x mikrociągnik z osprzętem) - Amortyzacja liczona na 6 lat 12.875,00 zł netto. Koszty amortyzacji sprzętu drobnego do prac wew. i zew. (2 x maszyna do prania dywanów; 22 x wózki sprzątacza; 20 x odkurzacze; 37 x kpi ścierek i mopów; 4 x drabina; 20 x zestawy do mycia okien; 7 x wózki kpl do sprzątania terenów zew., 10 x kpl ogrodniczy (miotły, łopaty, grabie, taczki) 2.050,00 zł netto. Koszty rezerwowe 350,00 zł netto 4. Koszty usług dodatkowych Koszty łącznie 2 200,00 zł netto. Koszt wykonywania usług okresowych nie uwzględnione powy ej (mycie okien, pranie wykładzin i aluzji firan, akrylowanie posadzek, itp) 1 380,00 zł netto. Koszty kontenerów oraz transportu 700,00 zł netto. Koszty rezerwowe 120,00 zł netto. Koszty inne Koszty łącznie 2 909,00 zł netto. Koszt inne (opieka medyczna, opieka personalna, bhp) 2.609,00 zł netto. Koszty rezerwowe 300 zł netto Suma kosztów: 118 406,55 zł netto Odnośnie pozycji kosztowych: Kwota brutto przeznaczona na zamówienie: 220 575,68 zł Kwota brutto wybranej oferty: 118 765,00 zł brutto Kwota kolejnej oferty: 123 802,32 zł brutto Kwota kolejnej oferty: 147 833,00 zł brutto.

Odwołujący podkreśla jednocześnie, e jako Wykonawca obecnie świadczący na rzecz W odniesieniu do oferty firmy MOP 83 Zamawiający w SIWZ str. 16 oczekuje do wykonywania usługi min.50 osób., które będą świadczyły usługę w systemie dziennym (pięć dni w tygodniu), w godz. pracy od 07.30 do 15:30 w dni robocze. Kosztorys wykonawczy firmy MOP 83 przedstawia bardzo ogólne wyjaśnienia, brak jest szczegółów wyliczenia poszczególnych składników ceny Wykonawcy. Dołączone dokumenty to przykładowe zestawienia i faktury ukazujące „jakieś” koszty nie odzwierciedlające konkretnie kosztów danej ofert. Zamieszczona faktura wskazuje wysoki koszt na 27 tys. zł w jednym m-scu gdzie w kalkulacji koszt środków i materiałów do utrzymania czystości itd. wynosi m-sc 8 297,13 zł? Do czego odnosi wartość faktury na 27 tys. zł? Koszty osobowe rok 2013: 50 osób x 2.243,22 zł = 112 161 zł Koszt firmy MOP 83 z uwzględnieniem odliczeń z tytułu ulg dla Zakładów Pracy Chronionej wynosi 77 439,86 zł. Warto podkreślić, i aby firma MOP 83 osiągnęła taki koszt osobowy musiałaby do tak ogromnego i zło onego kontraktu zatrudnić ponad 60% osób niepełnosprawnych ze stopniem znacznym. Logiczne jest, i przy takim rozwiązaniu ograniczona jest wydajność pracy oraz brak mo liwości znalezienia takich osób na rynku pracy, szczególnie w miejscowości Bemowo Piskie. Ponadto zatrudnienie

pracowników niepełnosprawnych zwiększa koszt urlopów, zastępstw urlopowych i chorobowych. Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów opieki medycznej, BHP, nadzoru. Koszt sprzętu. Wykonawca założył na ten cel 4 425,15 zł gdzie wg naszego wieloletniego doświadczenia niezbędny sprzęt to min. 3 ciągniki z wyposażeniem. Średni koszt zakupu jednego to 60 tys. zł, zatem amortyzacja 1000 zł. 1000 zł x 3 ciągniki = 3000 zł. Gdzie są koszty paliwa, napraw i ubezpieczenia nawet przy założeniu, że ciągnik pracuje 2h dziennie x 21 dni x 6 litrów/h = 252 1252 l x 6 zł = 1512 zł (paliwo dla 1 ciągnika) 1512 zł x 3 ciągniki = 4536 zł to kwota paliwa dla 3 ciągników. W którym miejscu kalkulacji Wykonawca posiada taki koszt? Jak zamierza świadczyć usługę bez sprzętu, kosztu podwykonawcy i pozostałych rzeczy składających się na koszt świadczenia usługi? Idąc dalej, realny miesięczny koszt wywozu odpadów zielonych to 5.250 zł natomiast u firmy MOP 83 w kalkulacji ten koszt, połączony jest z kosztem zakupu środków i materiałów do utrzymania czystości, koszt higieny, zakupu i montażu armatury sanitarnej np. dozowników na mydło, koszt zakupu piasku itp. to łącznie miesięcznie 8 297,13zł. W odniesieniu do oferty firmy Roka. Wg oceny Odwołującego firma Roka założyła w kalkulacji większość osób niepełnosprawnych przypisując im wydajności pracy, jak dla osób pełnosprawnych. Jednocześnie dla pracowników realizujących prace na terenie zewnętrznym założyła wynagrodzenie na poziomie minimalnej krajowej. Z naszego doświadczenia wynika, iż w danym miejscu realizacji usługi nie ma możliwości znalezienia takich osób. Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona adna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w 25 lutego 2013 roku odwołania a tak i Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a tak i innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a tak i stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożył one ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowiska Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego – A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U. „ROKA” A. I. K. Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim przy ulicy Polnej 14, 97-300 Piotrków Trybunalski (dalej: Roka) przedstawione w złożonych pismach. Zamawiający pismem z 12 listopada 2013 roku (12 listopada 2013 - prezentata na piśmie) złożył *Odpowiedź na odwołanie*, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Uczestnik postępowania odwoławczego pismem z 15 listopada 2013 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości – do pisma dołączył: zestawienie kosztów wynagrodzeń i zasiłków chorobowych oraz wynagrodzeń wypłaconych w ramach realizacji umowy z JW. 4352 w Giżycku w okresie styczeń – wrzesień 2013; umowy o pracę oraz inne umowy, na podstawie których osoby wykonują usługi (6szt) oraz umowy zawarte pomiędzy Odwołującym lub spółkami od niego zależnymi z osobami fizycznymi, które wykonywały

prace do 17.10.2013 r.

Izba nie dopuściła dowodu z protokołu i załączników do protokołu ze sprawy 2291/13, bowiem tak wnioskowany przez Odwołującego dowód jest nieprzydatny dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozpoznania tej sprawy prowadząc do zwłoki postępowania. Wniosek dowodowy powinien wskazywać konkretne dokumenty, na które powołuje się Odwołujący oraz okoliczności, które mają one potwierdzać, bowiem nie jest rzeczą Izby z urzędu prowadzenie postępowania dowodowego za Stronę.

20

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, e odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów ra ąco niskiej ceny tj. naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 90 ust. 1- 3 Izba uznała ww. zarzuty za niezasadne.

Izba na wstępie rozwa ań wskazuje, i ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera *ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „ra ąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a tak e brak mo liwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, i ka dy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną ra ąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, i „*za ofertę z ra ąco niską ceną mo na uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poni ej kosztów wytworzenia usługi*”. Próba dookreślenia tego pojęcia znalazła równie odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „*O cenie ra ąco niskiej mo na mówić wówczas, gdy oczywiście jest, e przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ra ąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem mo e być oferowanie towarów poni ej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). „*Za ra ąco niską cenę nale y uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest mo liwe*” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „*Ra ąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienale ytego wykonania zamówienia w przyszłości*” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną ra ąco niską jest cena

21

niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie nale yte zamówienia nie jest mo liwe. Brak uregulowania ustawowych definicji ra ąco niskiej ceny, brak tej e definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu ra ąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do zło enia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Dla uznania, e cena jest ra ąco niska konieczne jest wykazanie, e przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest mo liwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednak nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaofertowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a racjonalnie niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z racjonalnie niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniądza do wartości świadczenia niepieniężnego”. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena racjonalnie niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny (100%). Jedynie oferowane w postępowaniu ceny stanowią element konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty, natomiast przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i każdy z wykonawców składających oferty zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania racjonalnie niskiej ceny którejs z ofert.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający oszacował wartość zamówienia (zgodnie z protokołem ZP) w dniu 21 maja 2013 roku na kwotę netto: dla zadania nr I – 6 884 393,09 zł, dla zadania nr IV – 6 865 494,18 zł.

Izba ustaliła, że dla zadania I złożyło ono następujące oferty, które nie podlegały odrzuceniu:

- Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym (dalej: MOP 83) – 4 447 535,35 zł brutto,

22

- A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U. „ROKA”
A..... I..... K..... Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej: Roka) – 4 667 657,30 zł brutto,
- ECO-PLAN S.A z siedzibą w Słupsku – 5 568 865,39 zł brutto,
- Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 6 434 463,60 zł brutto,

dla zadania IV złożyło ono następujące oferty, które nie podlegały odrzuceniu:

- Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym (dalej: MOP 83) – 4 394 982,32 zł brutto,
- A..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U. „ROKA”
A..... I..... K..... Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej: Roka) – 4 316 177,82 zł brutto,
- Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 5 248 098,01 zł brutto.

Nie istnieją ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaofertowana cena stanowi cenę racjonalnie niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, danej sytuacji rynkowej i inne czynniki, tak więc odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z racjonalnie niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08).

Izba uznała czynność Zamawiającego, tj. oceny oferty oraz wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny złożonych przez MOP 83, Roka i ECO-PLAN S.A za prawidłową.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera racjonalnie niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest racjonalnie niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego te oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Izba wskazuje, iż obowiązek wykazania, że oferta zawiera racjonalnie niską cenę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na Zamawiającym,

natomiast w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy kwestionującym prawidłowość oceny Zamawiającego (porównaj: wyrok KIO z 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2005/12). Odwołujący winien zatem był wykazać, że zaofertowane przez wykonawców

Wyjaśnienia w postępowaniu ceny są

racjonalnie niskie, czego w ocenie Izby nie dokonał.

Zło one przez ww. wykonawców są wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające

elementy najniższe składniki

cenotwórcze, Zamawiający dokonał ich oceny i uznał,

wykonawcy wykazali, że zaofertowane przez nich ceny nie są cenami racjonalnie niskimi.

W zakresie oferty zło onej przez Roka:

dla zadania I Roka zło one wyjaśnienia za pismem z 18 października 2013 roku. Wyjaśnienie zło one przez wykonawcę odnoszą się do poszczególnych elementów oferty. Roka wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ przyjmując uśrednione wartości do sprzątnięcia codziennego powierzchni wewnętrznych (uwzględniając powierzchnie sprzątnięte codziennie tj. 10 098,15 m² oraz pozostałe powierzchnie utrzymywane w czystości okresowo; powierzchnie wewnętrzne wszystkie 73 287,15 m²) powierzchnia całkowita do obsługi codziennej wynosi 25 647,06 m². Jeden etat obsługiwać będzie powierzchnię 995m², dzieląc uśrednioną wartość powierzchni do obsługi codziennej przez średnią wartość do obsługi przez 1 etat (od 790 m² do 1 200 m²) otrzymujemy 25,80 etatu jako liczbę osób przeznaczonych do utrzymania powierzchni wewnętrznych. Na terenie zewnętrznym obsługa terenów będzie prowadzona przez 14 etatów.

Roka wyjaśnił, że zgodnie z odwołaniem, Odwołujący sam wskazał, że do realizacji zadania I wymaganych jest nie mniej niż 45 osób i uwzględniając w tym miejscu przedstawione przez Odwołującego kalkulacje kosztów robocizny (wskazane w odwołaniu wyliczenia Odwołującego) należy uznać, że różnica pomiędzy 58,6 etatów a 45 etatami przy kwocie 2 026,25 zł daje około 28 000,00 zł. Dodatkowo pełnomocnik wskazuje na pozycję koszty rezerwowe i koszty podwykonawcy w kalkulacji odwołującego (wskazane w odwołaniu wyliczenia Odwołującego), które wynoszą 12 800,00 zł netto. Sumując te kwoty tj. 28 000,00 zł i 12 800,00 zł daje kwotę powyżej 40 000,00 zł co odjęte od sumy kosztów Odwołującego wskazanej w odwołaniu (150 491,77 zł netto) daje kwotę około 110 000,00 zł netto co jest wartością, mniejszą niż kwota zaofertowana przez ROKA a wynoszącą 114 003,39 zł.

W odwołaniu jest więcej pozycji przeszacowanych przez Roka wskazał, Odwołującego jak chociażby koszty inne zawarte w poz. 5.

Roka wyjaśnił, że podnoszone w odwołaniu 995 m²/godz nie jest wartością, do której odnosił się Roka, bowiem w swoich wyjaśnieniach wskazał na 995 m²/dzień dla 1 pracownika. 45 osób określonych przez Zamawiającego dot. warunku udziału w postępowaniu, a sam

Zamawiający nie narzucił ilości osób jaka będzie posługiwał się wykonawca przy realizacji zamówienia. W zakresie kosztów zatrudnienia wskazuje, że koszt zatrudnienia 1 pracownika przyjął w swojej kalkulacji na kwotę 2 011,00 zł oraz uwzględnił w tej kwocie absencję chorobową (1,41% - wyliczenie przedstawione w załączonym do pisma zestawieniu).

Odnosząc się do kosztów narzędzi Roka wskazał, że odwołującego (wskazane w odwołaniu wyliczenia Odwołującego) koszty narzędzi sprzętu i maszyn wraz z kosztami rezerwowymi Odwołującego zostały skalkulowane na poziomie 12 175,00 zł natomiast koszty narzędzi, sprzętu i maszyn bez rezerw zostały skalkulowane na poziomie 13 797,00 zł. W zakresie kosztów wywozu odpadów pełnomocnik na etapie wyjaśnień SIWZ Zamawiający wskazał, że odpady nie są objęte ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W treści odwołania Odwołujący wskazywał na realny miesięczny koszt wywozu odpadów zielonych na kwotę 5 250,00 zł natomiast we własnej kalkulacji odwołującego (wskazane w odwołaniu wyliczenia Odwołującego) podaje koszt kontenerów oraz transportu na kwotę 1 250,00 zł netto, gdy ROKA skalkulowała tę wartość na 1 360,00 zł netto.

W zakresie zadania IV Roka zło one wyjaśnienia za pismem z 3 października 2013 roku wyjaśniając poszczególne elementy oferty mające wpływ na wysokość oferowanej ceny. Odwołujący kwestionował zaofertowaną cenę odnosząc się w zakresie kalkulacji ceny

do wydajności pracy osób niepełnosprawnych zaangażowanych w realizację tego zadania oraz możliwości zatrudnienia za kwotę wynagrodzenia stanowiącą minimalną krajową płacę dla osób pracujących na zewnątrz. W zakresie pierwszego z podnoszonych argumentów Odwołujący nie wykazał, poza lakonicznym stwierdzeniem, faktu zmiany wydajności pracy osób niepełnosprawnych. Roka na rozprawie potwierdził wcześniej swoje wyjaśnienia, że możliwe jest zatrudnienie osób w kwotach jakie kwestionuje Odwołujący – wskazał na potwierdzenie umowy o pracę oraz inne umowy, na podstawie których osoby fizyczne wykonują usługi z minimalną kwotą wynagrodzenia oraz umowy zawarte pomiędzy Odwołującym lub innymi spółkami działającymi na rzecz Odwołującego z osobami fizycznymi, które wykonywały prace do 17 października 2013 roku. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał przyczyn, dla których oferta złożona przez Roka dla zadania IV zawierałaby rażąco niską cenę.

Cena zaoferowana przez Roka, zarówno dla zadania nr I i zadania nr IV, na co wskazują wyjaśnienia tego wykonawcy a potwierdzone w wyjaśnieniach złożonych ustnie na rozprawie oraz jeszcze raz przedstawionych w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego potwierdziły, że zaoferowane ceny nie są cenami nierealistycznymi, niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych. Z dokumentów przedstawionych wynika, że zaoferowana

25

przez tego wykonawcę w przetargu cena dla zadania nr I i zadania nr IV, zapewnia odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk.

W zakresie oferty złożonej przez MOP 83:

Dla zadania I jak i zadania IV MOP 83 złożył wyjaśnienie. Wyjaśnienie złożone przez wykonawcę odnosi się do poszczególnych elementów oferty. MOP 83 wyjaśnił, że skalkulował ceny zatrudnienia pracowników na umowę o pracę na poziomie płacy minimalnej. MOP 83 jako zakład pracy chronionej występuje do Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych co miesiąc o dofinansowanie do zatrudnienia osób niepełnosprawnych na okoliczność czego załączył miesięczny wyciąg dofinansowań do zatrudnienia osób niepełnosprawnych z PEFRON oraz listę finansowanych przez PEFRON zakupów maszyn i urządzeń dla pracowników niepełnosprawnych zatrudnionych w zakładzie. Wskazał również, że posiada inne kontrakty na terenie Warmii i Mazur oraz Podlasia, co pozwala na rozłożenie kosztów stałych na wszystkie świadczone na tym terenie usługi. MOP 83 wskazał również na posiadane rabaty na zakup środków chemicznych, załączając faktury zakupów środków chemicznych oraz wykaz środków chemicznych z cenami rynkowymi.

Na rozprawie MOP 83 poparł w całości argumentację przedstawioną przez Roka. MOP 83 wskazał, że Odwołujący źle obliczył cenę ze swojej oferty, użył jej a nie ceny pozostałych wykonawców w postępowaniu są rażąco niskie. Odnosząc się do (wskazane w odwołaniu wyliczenia Odwołującego) odwołania wyjaśnił, że zawarty w odwołaniu zwrot *Zamawiający w SIWZ na str. 16 w pkt 1.3 oczekuje, że wykonawca przeznaczy do realizacji usługi w zadaniu 1 nie mniej niż 45 osób, które będą świadczyły usługę w systemie dziennym (5 dni w tygodniu), w godz. pracy od 7.30 do 15.30 w dni robocze* stanowi odniesienie do warunku w zakresie wymagania nie mniej niż 45 osób, a Zamawiający nie ustalił takiego wymagania co do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. MOP 83 wyjaśnił, że przytoczone zdanie z odwołania jest niezgodne z treścią SIWZ (str. 5 do 9 SIWZ), z której wynika, że wymagania Zamawiającego w zakresie podejmowanych czynności sprzątnięcia powierzchni są inne niż te wynikające z odwołania. Odwołujący przyjął liczbę metrów tj. 73.287 m² i liczbę osób tj. 50,89 etatów do sprzątnięcia 5 dni w tygodniu. Natomiast zgodnie z SIWZ są powierzchnie, które będą sprzątnięte 2 razy w tygodniu np. chór, kancelaria, sale sportowe, kościół główny, zakrystia oraz powierzchnie tj. poddasza, które sprzątnięte będą 2 razy w roku a suma ich powierzchni wynosi 15.340 m². Uwzględniając powierzchnie wewnętrzne w Węgorzewie tj. około 32.500 m² i w pozostałych miejscach około 40.700 m² co w sumie daje ok. 73.000 m² (dokładnie 73 287 m²). MOP 83 obliczył, że średnia dzienna metraż do sprzątnięcia wynosi 28.578,06 m²/dzień co ujął w ofercie i co zostało przyjęte do obliczeń,

26

natomiast Odwołujący przyjął 73.287 m² przy 50,89 etatach co wskazuje na normę

wydajnościową 144 m². Odwołujący sam przyjął określone przez siebie normy i nie uwzględnił ilości metrów uśrednionych. Dodatkowo MOP 83 wskazał, że kwota wynagrodzenia pracowników jest tą kluczową w tych ofertach. Wskazał, że poza umową o pracę mogą być również inne formy zatrudnienia. Wzrost kosztów o jakim mówi Odwołujący został uwzględniony w projekcie umowy w zakresie waloryzacji kosztów, a jeżeli chcieliby się uwzględnić jakieś koszty na tym etapie to powinny być one znane z urzędu.

Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulację ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. Wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach wskazali te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołali się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty co potwierdzili na rozprawie przedstawiając argumentację na poparcie swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, na kalkulację mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejsz z ofert. Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium, co w przedmiotowej sprawie jest bardzo dobrze widoczne bowiem kwestionowane przez Odwołującego ceny ofert wykonawców MOP 83 i Roka stanowią najniższe ceny ofert nieodrzuconych z postępowania natomiast oferta Odwołującego została złożona z ceną najwyższą. Nie istnieje też, i nie można na to wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnic pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

27

W zakresie oferty złożonej przez ECO-PLAN S.A.:

Wyjaśnienia złożone przez ECO-PLAN S.A. w zakresie zadania nr I potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. ECO-PLAN S.A. odniósł się do wszystkich elementów oferty, uwzględniając wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy

Wyjaśnienia w zakresie ceny w złożonej ofercie ECO-PLAN S.A. uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący kwestionował objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez ECO-PLAN S.A. ceny oferty. Zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55). Pogląd ten potwierdza stanowisko doktryny, prof. Elbieta Wojcieszko-Głuszko wskazuje wprost: „W literaturze zagranicznej pod pojęciem „tajemnica przedsiębiorstwa”

(Unternehmensgeheimnis), rozumie się wszystkie niejawnne fakty odnoszące się do spraw relewantnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa: w zakres tego pojęcia wchodzi zarówno "tajemnica produkcyjna" (Fabrikationsgeheimnis), jak i "tajemnica handlowa" (Geschäftsgeheimnis). Tajemnica produkcyjna dotyczy zastosowania określonej metody produkcji, natomiast przedmiotem tajemnicy handlowej (zwanej też "tajemnicą kupiecką") jest wiedza i doświadczenia natury administracyjno handlowej (wewnętrzna struktura organizacyjna, relacje z klientami). Tajemnica handlowa dotyczy, zarazem tego rodzaju faktów, jak zawarte przez przedsiębiorstwo umowy i porozumienia, postanowienia dotyczące majątku przedsiębiorstwa, listy klientów, źródła pozyskiwania surowców i towarów, szczególne dane dotyczące organizacji zakładu, jego planów gospodarczych i strategii,

28

sytuacji finansowej, a tak e prowadzonych eksperymentów i prac naukowo - badawczych. " - tak w: „ Ochrona prawna know-how w prawie polskim na tle prawno porównawczym" (Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego; Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej; Zeszyt 81; wyd. Kantor Wydawniczy Zakamycze Kraków 2002r.; str. 62-63). Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Zamawiający zawsze powinien badać skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżenia tego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (Sąd Najwyższy, Uchwała z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05). Zamawiający wskazał, e analizował zło one wyjaśnienia i w piśmie stanowiącym Odpowiedź na odwołanie wskazał, e *spośród zawartych tam danych informacje dotyczące kosztów osobowych stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji* – nie dokonał odtajnienia innych elementów wyjaśnień, które nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Sąd Najwyższy – wskazując, e na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa ka da sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należytą staranność prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, po drugie mo e uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł we wyjaśnieniach informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, i wyjaśnienie tych wątpliwości mo e nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał samodzielnie oceny zło onych wyjaśnień, nie poinformował wykonawcy o wynikach tej oceny i nie ujawnił elementów wyjaśnień, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa co niewątpliwie stanowi uchybienie w postępowaniu Zamawiającego i prowadzi do naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, jednak e z uwagi na art. 192 ust. 2 ustawy Izba nie uwzględniła odwołania z tego powodu, bowiem nie ma wpływu na wynik postępowania. Oferta zło ona przez ECO-PLAN S.A. uplasowana jest na trzeciej pozycji po ofercie

29

wykonawcy MOP 83 i Roka, w stosunku do których to ofert Izba nie uwzględniła zarzutów co do ich odrzucenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy przez zło enie ofert zawierających ra ąco niskie ceny przez MOP 83, Roka i ECO-PLAN S.A a stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielnie zamówienia zasad konkurencji

musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) - czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych nie wykazał zamiaru wykonawców oraz świadomego ich działania, nie wykazał, że działania wykonawców mają na celu eliminację Odwołującego. Tym samym nie zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem ofert MOP 83, Roka i ECO-PLAN S.A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie

30

zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Izba wskazuje, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że kwestionowana przez niego oferta została złożona z ceną rażąco niską (porównaj: wyrok KIO z 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2005/12). Danych okoliczności (oferty złożone z rażąco niskimi cenami) powinna dowieść strona (Odwołujący), która je podnosi i na nie się powołuje, czyli strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi a nie im przeczy (porównaj: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku sygn. akt XIX Ga 3/07).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

31