

WYROK

z dnia 6 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2018 r. przez wykonawcę M.M.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M.P. ABAPEST ZAKŁAD DERATYZACJI DEZYNSEKCJI I DEZYNFEKCJI, ul. Ludwika Rydygiera 13 lok. 112, 01 - 793 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarowania

Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy, ul. Gościeradowska 5, 03 - 535 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. i nakazuje zamawiającemu, w części 1 i 2 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności

wzewzania wykonawcy J.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.Ł. DERAL - DEZ, ul. Ks. Ziemowita 20, 03 - 778 Warszawa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., jak również nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku powtórnie dokonanej oceny złożonych wyjaśnień.

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości

7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez M.M.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M.P. ABAPEST ZAKŁAD DERATYZACJI DEZYNSEKCJI I DEZYNFEKCJI tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy na rzecz M.M.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M.P. ABAPEST ZAKŁAD DERATYZACJI DEZYNSEKCJI I DEZYNFEKCJI kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

do wyroku z dnia 6 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 314/18

Zamawiający - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie usług w zakresie likwidacji zagrożeń epidemiologicznych poprzez odszczurzenie, usuwanie insektów, dezynfekcję i likwidację szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych w nieruchomościach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek przy ul. Gościeradowskiej 5 w Warszawie", o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZGN-P-25/17, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 20 listopada 2017 r. pod numerem 618905-N-2017, podzielone na dwie części, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 15 lutego 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś 20 lutego 2018 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie części 1 i 2, wniósł wykonawca M.M.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M.P. ABAPEST ZAKŁAD DERATYZACJI DEZYNSEKCJI I DEZYNFEKCJI, ul. Ludwika Rydygiera 13 lok. 112, 01 - 793 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Deral-Dez pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że Deral-Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena w części 1 i 2 za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych (2,09 zł brutto) jest realna i rynkowa oraz zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, podczas gdy Zamawiający

w przedmiotowym stanie faktycznym był zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Deral-Dez i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r, Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm, dalej: „uznk”) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk, poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Deral-Dez pomimo, że cena zaoferowana za realizację niniejszego zadania w zakresie stawki roboczogodziny z VAT (2,09 zł) za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Deral-Dez z uwagi na fakt, że zaoferował on cenę, za wykonanie przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie bez uwzględnienia minimalnej stawki za pracę w ramach zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, tj. poniżej kosztów jego realizacji, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Deral-Dez jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszego w zakresie części 1 i 2, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Deral - Dez w części 1 i 2 oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego w zakresie części 1 i 2.

Uzasadniając swoje stanowisko co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust. 3 p.z.p. sformułowanego jako nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Deral - Dez pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że Deral - Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena w części 1 i 2 za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych (2,09 zł brutto) jest realna i rynkowa oraz zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, podczas gdy zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym był zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Deral - Dez i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami p.z.p., odwołujący wskazał jak niżej.

W ocenie odwołującego zamawiający pomimo, iż wykonawca Deral - Dez nie udowodnił sposobu kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych (w wysokości 2,09 zł brutto) wybrał złożoną przez niego ofertę jako najkorzystniejszą, co stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., gdyż w ocenie odwołującego można przyjąć, że Deral - Dez właściwie nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, ponieważ przekazane przez niego oświadczenia w żaden sposób nie odnoszą się do sposobu kalkulacji ceny w ww. zakresie.

Odwołujący przypomniał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień, na podstawie art.

90 ust. 1 p.z.p., skierowane do wykonawcy Deral - Dez jest wynikiem wykonania przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2643/17, na mocy którego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Deral - Dez na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnośnie podanej w ofercie dla części 1 i 2 zamówienia stawki roboczogodziny, w szczególności wyjaśnienia czy cena ta uwzględnia powszechnie obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a następnie nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem

wyniku dokonanej oceny złożonych wyjaśnień.”

Powyższe, w opinii odwołującego, jest istotne z następujących trzech powodów: po pierwsze wykonawca Deral - Dez uczestniczył w ramach publiczności przez całą rozprawę, po drugie, wykonawca ten wiedział że kluczowe dla niego będzie udowodnienie kalkulacji ceny w tym zastosowania przy wycenie minimalnego wynagrodzenia za pracę, po trzecie, z uwagi na uczestnictwo ww. rozprawie oraz w trakcie ogłaszania wyroku, miał znacznie więcej czasu niż odwołujący na zgromadzenie dowodów, gdyż wezwanie do wyjaśnienia elementów ceny skierowane do odwołującego, jak podkreślił, było dla niego zaskoczeniem).

Odwołujący wskazał również, iż na skutek przytoczonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. wezwał wykonawcę Deral -

Dez do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący stwierdził: „Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnienia dotyczącego części składowej oferty mającej wpływ na wysokość skorelowanej ceny (z VAT) tj. stawki roboczogodziny z VAT za likwidację uszkodników nietypowych, którą zaoferował Deral - Dez w wysokości 2,09 zł. Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający podniósł, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę „obiektywne czynniki, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. nr 2017 r., poz. 847 z późn. zm.), lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Następnie odwołujący podniósł, że wykonawca Deral - Dez w dniu 15 stycznia 2018 r. złożył pismo opatrzone datą 12 stycznia 2018 r., jednakże rzeczonym pismem nie udowodniono, że zaoferowana przez Deral - Dez cena jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, realna i rynkowa. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. „otwiera domniemanie rażąco niskiej ceny, które to domniemanie jest obowiązany obalić wykonawca w wyniku złożonych przez siebie wyjaśnień oraz przedłożonych dowodów”. Odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdy wykonawca nie sprostą niniejszemu ciężarowi, jego oferta podlega odrzuceniu, zaś z takim stanem faktycznym mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Wykonawca Deral - Dez, w ocenie odwołującego niezależnie od tego, że zaoferowana przez niego cena stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie sprostą ciężarowi dowodowemu i wykazaniu, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wymagania wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jest ceną realną i rynkową. Co więcej, zdaniem odwołującego, należy podkreślić, że wykonawca Deral - Dez nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość skalkulowanej przez niego ceny i „obalały domniemanie rażąco niskiej ceny”. Powyższe, dla odwołującego, wynika wprost ze złożonych przez Deral - Dez wyjaśnień, będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 9 stycznia 2018 r.

W dalszej kolejności odwołujący, zaznaczając, iż poniższe podnoszone jest z ostrożności procesowej, wskazał co następuje.

Odwołujący stwierdził, że zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy Deral - Dez, że stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę pracownika nie może być porównywana ze stawką roboczogodziny. W ocenie odwołującego, twierdzenie to pokrywa się z następnym zacytowanym przez niego fragmentem wyroku Izby o sygn. akt KIO 2643/17. W dalszej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że nie budzi wątpliwości, iż poprzez wartość roboczogodziny określa się normę ilościową wykonania przez jednego robotnika określonego zakresu robót w czasie jednej godziny. W zakres składowych roboczogodziny wchodzi więc m.in. stawka za pracę pracownika. Do tego, aby wykonać prace takie jak będące przedmiotem niniejszego zamówienia - likwidacja uszkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych - wykonawca musi m.in. dojechać na miejsce świadczenia usługi, zapewnić środki niezbędne do likwidacji uszkodników, założyć kwotę rezerwy na wypadek nieprzewidzianych okoliczności, wykazać zysk. Wszystkie te okoliczności powinny zostać uwzględnione w stawce za roboczogodzinę świadczenia ww. usług, zaś wykonawca Deral - Dez takich okoliczności nawet nie próbował udowodnić.

Ponadto odwołujący podniósł, iż odnosząc się do przekazanych przez wykonawcę Deral - Dez wyjaśnień należy zauważyć, że stwierdził on, iż „wyliczenie i uwzględnienie kalkulacji kosztów i przychodu, stanowi indywidualną decyzję każdej firmy i jest jej tajemnicą handlową”, zatem wykonawca Deral - Dez, zdaniem odwołującego, nie przekazał żadnych szczegółowych wyjaśnień, które określałyby sposób kalkulacji ceny za roboczogodzinę

świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych. Wykonawca Deral - Dez, w ocenie odwołującego, nie dostrzega, że procedura udzielania wyjaśnień rażąco niskiej ceny opisana w art. 90 ust. 1 p.z.p. służąca zapewnieniu ochrony uczciwej konkurencji, jak i przestrzeganiu powszechnie obowiązujących przepisów prawa, służy właśnie temu, aby udowodnić zamawiającemu w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, czy uwzględnił w niej wszystkie wymogi wynikające z treści dokumentacji postępowania, czy nie zaniżył żadnych elementów, czy bierze pod uwagę powszechnie obowiązujące przepisy prawa, daje gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia oraz czy osiągnie zysk z realizacji zamówienia. Taki jest pokrótce cel wyjaśnień rażąco niskiej ceny, którego wykonawca Deral - Dez nie realizuje, składając oświadczenie zacytowane powyżej.

Odwołujący wskazał również, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, transparentne i wykonawca, który nic chce się godzić na ujawnienie sposobu kalkulacji ceny twierdząc, że jest to jego tajemnica handlowa nie powinien brać udziału w przetargach publicznych. Ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego oznacza dla wykonawcy, będącego profesjonalistą, konieczność rezygnacji z ochrony pewnych informacji. Jeżeli zaś wykonawca nie godzi się na takie warunki, w ocenie odwołującego, nie powinien ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Już poprzez powyższe sformułowanie zdaniem odwołującego można uznać, że Deral - Dez nie złożył wyjaśnień, nie udzielił odpowiedzi w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, zaś zamawiający w piśmie z 9 stycznia 2018 r. w sposób jasny i jednoznaczny określił do jakich elementów kalkulacji ceny ma się odnieść Deral - Dez, czego wykonawca ten nie uczynił.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził jak następuje: „oferta Deral - Dez powinna podlegać wręcz automatycznemu odrzuceniu przez zamawiającego z uwagi na fakt, że sam ww. wykonawca oświadczył, iż w kalkulacji ceny za roboczogodzinę nie uwzględnił minimalnej stawki za godzinę pracy dla pracownika. Wykonawca ten stwierdził co następuje: „Niemniej jednak mimo, iż stawka przyjęta przez Wykonawcę jest niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia wynikająca z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2018 r. nie może ona być podstawą stwierdzenia, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną rażąco niską, ceną która nie pokrywa kosztów realizacji zamówionych usług, a więc ceną dumpingową” (strona 2 wyjaśnień złożonych przez Deral - Dez opatrzonych datą 12 stycznia 2018 r.). Wykonawca przedmiotowe oświadczenie składa raz jeszcze na stronie 3 ww. wyjaśnień. Stosownie do tegoż oświadczenia „(...) Wykonawca kalkulując stawkę roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia. Powyższe jednoznacznie świadczy więc o tym, że oferta złożona przez Deral - Dez powinna podlegać odrzuceniu nie tylko z uwagi na fakt, że zaoferowana cena za roboczogodzinę nie przestrzega wymogów powszechnie obowiązującego prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale także z uwagi na fakt, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.”

Odwołujący podkreślił ponadto, że zamawiający, wydatkujący środki publiczne stoi na straży przestrzegania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie wyciąga jednak konsekwencji z pozostających w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oświadczeniami przekazanymi przez wykonawcę Deral - Dez i wybiera złożoną przez niego ofertę, jako najkorzystniejszą w sposób jawny naruszając wskazane na wstępie przepisy p.z.p.

Odwołujący przypomniał, że zamawiający formułując warunki realizacji zamówienia wskazał, że wymaga zatrudnienia, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie przedmiotu zamówienia - w zakresie części 1 i 2, odpowiednio co najmniej po 1 osobie (Rozdział III ust. 8 SIWZ). Co więcej, w Rozdziale XIII ust. 2 SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert i w ramach kryterium aspekty społeczne, o wadze aż 30%, punktował zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w zakresie wyższym niż minimalny wymagany przez zamawiającego (za zatrudnienie o 2 lub więcej osób niż wymagano wykonawca mógł uzyskać w przedmiotowym kryterium maksymalną liczbę punktów, tj. 30 pkt).

Dalej odwołujący argumentował, że wykonawca Deral - Dez oświadczył, że zatrudni na podstawie umowy o pracę 4 osoby, za co w obu częściach zamówienia otrzymał maksymalną ilość punktów w ramach kryterium aspekty społeczne, tj. 30 pkt. Zamawiający pomimo, że wprowadził postanowienia mające wspierać zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, zdaniem odwołującego, godzi się na to, aby personel wykonawcy Deral - Dez nie otrzymywał minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, tj. rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. z dnia 12 września 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1747, dalej „rozporządzenie”). Odwołujący zaznaczył, że od 1 stycznia 2018 r. minimalne wynagrodzenie za pracę

w 2018 r. wynosi 2 100,00 zł (tzw. brutto pracownika, bez kosztów dodatkowych ponoszonych przez pracodawcę, które powodują, że wynagrodzenie minimalne stanowi dla pracodawcy koszt na poziomie 2 532,81 zł. Niniejsze powoduje, że średni koszt godziny pracy dla pracodawcy przy uwzględnieniu średnio 167 godzin pracy miesięcznie wynosi 15,17 zł brutto, natomiast minimalna stawka godzinowa wynosi 13,70 zł (jest to także koszt brutto osoby świadczącej pracę, co przy uwzględnieniu nakładów dodatkowych ponoszonych przez osobę zlecającą pracę czyni ten koszt na poziomie 21,97 zł brutto). Zaś zamawiający, który jest zobligowany stać na straży przestrzegania nie tylko powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale także ustanowionych przez siebie postanowień w konkretnym postępowaniu, w ocenie odwołującego, nie dostrzega przedmiotowej okoliczności.

Następnie odwołujący podniósł, że wykonawca Deral - Dez przyjął błędne, nielogiczne i niezasadne założenie, że z wynagrodzenia otrzymanego przez zamawiającego będzie w stanie pokryć wynagrodzenie dla 4 osób przewidzianych do wykonywania zamówienia. Wykonawca Deral - Dez przyjął, że otrzyma od zamawiającego całą kwotę przewidzianą przez niego na realizację niniejszego zamówienia i podzielił ją na 12 miesięcy (należy zauważyć, że zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ realizacja umowy będzie miała miejsce od podpisania umowy do 31 grudnia 2018 r., a więc na pewno nie będzie to okres 12 miesięcy), co jest kompletnie bezpodstawne. Odwołujący zauważa, że po pierwsze kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia dotyczy realizacji różnego typu usług, a nie tylko likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, za których to świadczenie usług wykonawca miał wskazać stawkę roboczogodziny, a po drugie wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy. Jak wynika ze wzoru umowy, zdaniem odwołującego, wykonawca będzie wykonywał usługi w oparciu o zlecenia częściowe, wydawane w odpowiednich administracjach, w zależności od zapotrzebowania (§ 1 ust. 2 wzoru umowy załącznik nr 4a do SIWZ). Zaś w § 9 ust. 1 wzoru umowy podniesiono, że wykonawcy przysługuje od zamawiającego wynagrodzenie za wykonanie zleconej przez zamawiającego pracy na podstawie przedłożonego i zatwierdzonego przez zamawiającego kosztorysu powykonawczego opracowanego w oparciu o obmiar robót, protokołu końcowego odbioru usług oraz cen podanych przez wykonawcę w formularz oferty dla pkt 1 - 4. Dlatego też przyjęte przez Deral - Dez założenie, że otrzyma on całą kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, w opinii odwołującego, jest bezpodstawne i niezgodne z jednoznacznymi postanowieniami dokumentacji postępowania.

W konsekwencji powyższego, w ocenie odwołującego, obliczenia wykonawcy Deral - Dez w zakresie kwoty jaką otrzyma miesięcznie za realizację całego zadania (31 762,49 zł) są niezasadne i nie znajdują odzwierciedlenia w postanowieniach przedmiotowego postępowania, zaś wykonawca Deral - Dez w ten sposób próbuje „uchylić się” od udowodnienia i udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, z dnia 9 stycznia 2018 r., w zakresie sposobu kalkulacji roboczogodziny za świadczenie autonomicznych (w porównaniu z pozostałymi usługami) usługi jakimi jest likwidacja szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych. Wykonawca Deral - Dez nie wyjaśnia ani nie udowadnia w jaki sposób skalkulował cenę za roboczogodzinę, o której mowa powyżej, tylko „próbując” dzielić wartość zamówienia na miesiące świadczenia usługi i stara się wykazać, że obliczona przez niego kwota miesięcznego wynagrodzenia dla 4 pracowników mieści się w obliczonym przez niego miesięcznym wynagrodzeniu i jeszcze pozostaje 2/3 z tejże sumy miesięcznej wyliczonej bezpodstawnie przez wykonawcę Deral - Dez.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że zamawiający w formularzu ofertowym żądał wskazania czterech niezależnych wartości za świadczenie usług określonego rodzaju - jedna z tych wartości dotyczyła roboczogodziny za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych w stosunku, do której należało podać roboczogodzinę (Część C pkt 4 Załącznika nr 2 do SIWZ). Cena ta, osobno punktowana w ramach kryterium cena (waga 15% - Rozdział XIII ust. 3 SIWZ), stanowi odrębną stawkę za świadczenie odrębnego od innych typu usług i tym samym nie może być „przerzucana” do całego nieokreślonego przedmiotu zamówienia.

Według odwołującego wykonawca Deral - Dez pomimo jasnych i jednoznacznych postanowień przedmiotowego postępowania i żądania zamawiającego odnoszącego się do tego, aby wykonawcy w formularzu ofertowym podali cztery autonomiczne, niezależne ceny za świadczenie określonych rodzajów usług - które będą zlecane w ramach poszczególnych zleceń, łączy te usługi w jedno starając się wykazać, że ich elementem jest zawsze dezynsekcja i dezynfekcja, dlatego też jego wynagrodzenie będzie wyższe, tj. będzie opierało się na trzech wartościach składowych a cena tych trzech składowych to 2,95 zł z VAT. Twierdzenie takie, w ocenie odwołującego, nie znajduje oparcia w postanowieniach dokumentacji postępowania, jak również nie stanowi odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 stycznia 2018 r. Zupełnie na marginesie, odwołujący podnosi także, że trudno jest sumować i łączyć inne wartości, inne jednostki miary - cena za dezynsekcję i dezynfekcję miała zostać podana przez wykonawcę jako cena za m²

świadczenia ww. usług, natomiast cena za likwidację szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych to cena za roboczogodzinę.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że tak jak zostało to wskazane powyżej wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy, zaś tejsze okoliczności, w ocenie odwołującego, zdaje się nie zauważać wykonawca Deral - Dez, gdyż na stronie 3 złożonych przez siebie wyjaśnień cytuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odwołujące się do ceny ryczałtowej oraz stwierdzenia, że „winno się brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe”. Przedmiotowe stwierdzenia, w opinii odwołującego, są zupełnie nie trafne, po pierwsze z uwagi na fakt, że w postępowaniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a po drugie wykonawca zacytował orzeczenia Izby z lat 2008 - 2009, natomiast po nowelizacji p.z.p. z lipca 2016 r. stanowisko Izby ewoluowało i przestało budzić wątpliwość, że także w przypadku ceny ryczałtowej poszczególne elementy składające się na tę cenę muszą być skalkulowane w sposób prawidłowy i realny. W związku z tym przyjmowanie, że wykonawca uzyska wynagrodzenie miesięczne na stałym poziomie („ryczałtowe”) jest błędne z założenia, wobec czego nie może zostać uznane za stanowiące skuteczne wyjaśnienie sposobu kalkulacji stawki za roboczogodzinę świadczenia usług polegających na likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwaniu zanieczyszczeń nietypowych.

Następnie odwołujący podkreślił, iż wykonawca Deral - Dez oświadczył, że ze skalkulowanego przez niego - w sposób zupełnie nieuprawniony - miesięcznego wynagrodzenia pozostanie, po opłaceniu wynagrodzeń 4 pracowników, 2/3 wartości miesięcznego wynagrodzenia (21 631,15 zł) przeznaczy na „preparaty, środki chemiczne, odzież roboczą, koszty sprzętów, oraz premii, kosztów transportu, podatków” Ponadto, wykonawca Deral - Dez „przewiduje 20-25 % zysku.”

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że wykonawca przez złożone wyjaśnienia nie wykazał, ani tym bardziej nie udowodnił, że w stawce za roboczogodzinę świadczenia usługi w zakresie usuwania szkodników nietypowych oraz zanieczyszczeń nietypowych uwzględnił m.in.:

- a) minimalną stawkę za godzinę pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę zgodną z rozporządzeniem;
- b) preparaty i środki chemiczne niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia - wykonawca nie wykazał jakich preparatów użyje, w jakich ilościach, po ile te preparaty kupuje. Wykonawca Deral - Dez nie złożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby koszt zakupu preparatów i środków chemicznych niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Należy przypomnieć, że wykonawca zobowiązany jest wykonać zlecenia przy użyciu preparatów posiadających odpowiednie zezwolenia Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej (§ 3 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy), a stosownie do brzmienia Rozdziału XII ust. 2 SIWZ skorelowana cena (z VAT) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ;
- c) kosztów transportu - kosztów dojazdu do miejsca świadczenia usługi, ilości przejechanych kilometrów, kosztów paliwa;
- d) rezerwy na nieprzewidziane okoliczności - wykonawca Deral - Dez nie wykazał wartości kwoty zabezpieczonej na wypadek nieprzewidzianych zdarzeń.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący argumentował: „w treści złożonych przez siebie wyjaśnień opatrzonych datą 12 stycznia 2018 r., wykonawca Deral - Dez podnosi, że (strona 5 ww. pisma):

- 1) „posiada własne zaplecze techniczne oraz zlokalizowana jest w bardzo bliskiej odległości od miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu”,

ale Deral - Dez nie udowodnił jakie zaplecze posiada, co się na nie składa, jaką ilość kilometrów pokona w celu wykonania usługi, jakie będą koszty paliwa, amortyzacji i utrzymania środków transportu, o ile pozwoli to obniżyć koszt transportu.

- 2) „ponadto jako firma działająca na rynku lokalnym, zatrudniam najbliższą rodzinę i pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co obniża koszty”,

ale Deral - Dez nie udowodnił, że 4 pracownikom wskazanym w ofercie (za co otrzymał maksymalną ilość punktów w kryterium oceny ofert aspekty społeczne) zapłaci minimalną stawkę za pracę zgodną z rozporządzeniem, że zatrudniając najbliższą rodzinę,

pracowników z sąsiedztwa, czy też świadcząc usługi osobiście przewidział dla tych osób (a także dla siebie) minimalne wynagrodzenie zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami; brak takiego założenia jednoznacznie świadczy o czynie nieuczciwej konkurencji.

- 3) „firma posiada własny sprzęt, urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu”,

ale Deral - Dez nie udowodnił jaki to jest sprzęt, jakiej marki, w jakiej ilości, ilu letni, ile zaoszczędzi na skutek tego, że nie musi wynajmować sprzętu, jakie będą koszty utrzymania, serwisowania, naprawiania posiadanego sprzętu.

- 4) „firma posiada w chwili składania ofert zmagazynowane zapasy preparatów, środków chemicznych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia”,

ale Deral - Dez nie udowodnił jakie zapasy środków chemicznych i preparatów posiada - nazwa, ilość, termin ważności (termin składania ofert miał miejsce w dniu 29 listopada 2017 r., a usługa ma być świadczona do końca 2018 r. Deral - Dez nie udowodnił więc, że zmagazynowane przez niego środki chemiczne i preparaty będą miały ważną datę przydatności w momencie świadczenia usługi), za ile kupił zmagazynowane środki chemiczne i preparaty, ile zaoszczędzi na skutek posiadanych ww. zapasów.”

W konsekwencji powyższego według odwołującego wykonawca Deral - Dez nie udowodnił jakie koszty poniesie i na jakim poziomie, dzięki czemu można by było zweryfikować poprawność zaoferowanej przez niego ceny za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych i usuwania zanieczyszczeń nietypowych na poziomie 2,09 zł brutto.

Ponadto w ocenie odwołującego Deral - Dez przyjął także, że jego zyski będą jeszcze większe jak otrzyma zamówienia uzupełniające, uznając „z góry”, że takie zamówienia uzyska. Tymczasem jak powszechnie wiadomo zamówień uzupełniających można udzielić po spełnieniu się przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 6 p.z.p. na co zwrócił uwagę sam zamawiający w Rozdziale III ust. 6 SIWZ. Dlatego też zakładanie - tym bardziej przy wynagrodzeniu kosztorysowym - że wykonawca uzyska kwotę przewidzianą przez zamawiającego na zamówienia uzupełniające, i czynienie z niej argumentu mającego przemawiać za poprawnością kalkulacji wynagrodzenia w ramach stawki za roboczogodzinę za świadczenie usług likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest, w opinii odwołującego, bezpodstawne.

Odwołujący dodał, że „Wykonawca Deral - Dez wskazuje także, że „prośenie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny stawki roboczogodziny dotyczącej likwidacji szkodników nietypowych, takich jak zagrożenia sanitarne, które występują sporadycznie w całym okresie umowy jest bezzasadnie i nie powinno budzić wątpliwości”. Odwołujący pragnie zauważyć, jeżeli Deral - Dez nie godził się z wezwaniem mógł złożyć na tą czynność Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, Deral - Dez powinien dostrzec, że wezwanie do wyjaśnień jest skutkiem wyroku wydanego przez KIO w dniu 5 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2643/17. Fakt, że dane usługi będą świadczone sporadycznie (co ma wynikać z doświadczenia Deral - Dez) po pierwsze nie wynika z dokumentacji Postępowania, a po drugie nie uprawnia do zaproponowania za roboczogodzinę świadczenia tychże usług stawki nierynkowej, nierealnej, w szczególności nieuwzględniającej minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Na tą okoliczność zwróciła uwagę również Krajowa Izba Odwoławcza wydając ww. wyrok. Izba nadmieniła w nim bowiem, że „Izba zauważa, że okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że usługa ta występuje bardzo rzadko jest nieistotna dla oceny czy stawka roboczogodziny nie jest rażąco niska, skoro jeśli będzie wykonana to będzie musiała zostać rozliczona przez wykonawcę. Izba zaznacza, że wykonawcy i zamawiający jako uczestnicy rynku zamówień publicznych są związani przepisami powszechnie obowiązującymi w tym również w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników i nie mogą tych regulacji uznawać za nerelevantne. Znamienne jest również, że Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, że osoby realizujące umowę muszą być zatrudnione na umowę o pracę.” Pomimo skierowania do wykonawcy Deral - Dez wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i złożenia przez niego odpowiedzi, z której w żaden sposób nie wynika w jaki sposób skalkulował on stawkę za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie zwalczania szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych oraz tym bardziej nie udowodnił tychże okoliczności, Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Deral - Dez, co oznacza, że nadal aktualne pozostaje stwierdzenie Izby wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 2643/17, iż Izba zaznacza, że obowiązek analizy ceny oferty nie opiera się wyłącznie na

dyspozycji art. 90 ust 1a ustawy Pzp ale również na jej zgodności z odrębnymi przepisami, czego Zamawiający zdaje się nie zauważać.”

W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że wykonawca Deral - Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena za roboczogodzinę (2,09 zł brutto) świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest ceną realną i rynkową, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania zamówienia, a w szczególności, że jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę - w ocenie odwołującego wykonawca sam oświadczył, że minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę nie brał pod uwagę. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Deral - Dez na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p., który nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś zamawiający tych czynności w przedmiotowym postępowaniu zaniechał.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r, Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm, dalej w uzasadnieniu odwołania: „uznk”) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, podniesionego przez odwołującego jako nieodrzućcenie oferty złożonej przez Deral - Dez pomimo, że cena zaoferowana za realizację niniejszego zadania w zakresie stawki roboczogodziny z VAT (2,09 zł) za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Deral - Dez z uwagi na fakt, że zaoferował on cenę, za wykonanie przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie bez uwzględnienia minimalnej stawki za pracę w ramach zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, tj. poniżej kosztów jego realizacji, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący argumentował jak niżej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez Deral - Dez oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Deral - Dez towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 uznk).

Jednocześnie jest też oczywiste, w ocenie odwołującego, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, tj. 2,09 zł brutto przy jednoczesnym oświadczeniu Deral - Dez w piśmie opatrzonym datą 12 stycznia 2018 r, że przy kalkulacji ceny za roboczogodzinę likwidacji szkodników nietypowych nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Następnie odwołujący przypomniał, że zamawiający w postępowaniu żądał zatrudnienia osób realizujących usługi będące przedmiotem zamówienia na podstawie umowy o pracę, a więc jasne i nie budzące, w opinii odwołującego, dwukrotne oświadczenie Deral - Dez, że nie wziął on pod uwagę stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę przy kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, w sytuacji gdy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, zdaniem odwołującego, nie może skutkować niczym innym jak odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że wykonawca Deral - Dez nie uwzględnił ww. minimalnego wynagrodzenia za pracę chcąc za wszelką cenę wygrać przedmiotowe postępowanie, co pokazuje sposób podejścia do obliczenia w oparciu o wartość szacunkową zamówienia i ewentualne zamówienia uzupełniające. Nie zauważa też, że cena za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych musiała zatem zostać przerzucona do innych usług

wchodzących w zakres zamówienia, a stanowi ona także element oceniany w ramach podkryterium składającego się na cenę o wartości 15%. Fakt, iż wykonawca - pomimo że zadeklarował 4 pracowników - wykonywałby zamówienie osobiście lub też do realizacji zamówienia zatrudniał najbliższą rodzinę bądź też pracowników z sąsiedztwa, nie upoważnia go do niewliczenia co najmniej minimalnej stawki godzinowej za pracę do ceny za robocizogodzinę świadczenia usługi w zakresie świadczenia usług likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych. Takie postępowanie, w opinii odwołującego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - gdyby nie brać pod uwagę okoliczności, że każdy wykonawca musi w kalkulacji ceny wliczyć co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, to wykonawca, który zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę nie miałby nigdy równych szans w ubieganiu się o udzielenie zamówienia z wykonawcą, który deklaruje, że zatrudni pracowników (za co otrzymuje dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert) a następnie, na etapie realizacji zamówienia z danej deklaracji by się wycofywał oświadczając, że pracę będą wykonywały osoby z rodziny, de facto bez pobierania wynagrodzenia. Takie działania wspierają szarą strefę, a system zamówień publicznych z uwagi na fakt, że poprzez niego są wydatkowane środki publiczne, ma wspierać przestrzeganie powszechnie obowiązującego prawa oraz promować zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, ale i jednocześnie egzekwować złożone przez wykonawców deklaracje w powyższym zakresie.

Dalej odwołujący wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalistą, który musi przestrzegać powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie może postępować nierzetelnie. Takie zachowanie nie zasługuje na aprobatę i musi być sankcjonowane w imię podstawowych zasad systemu zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym, w ocenie odwołującego, należy stwierdzić, że wykonawca Deral - Dez w sposób nieuprawniony zaniżył cenę swojej oferty w wyniku m.in. zastosowania stawki za robocizogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń, nie uwzględniając wymagań określonych w SIWZ oraz niezgodnie z przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Działania Deral - Dez naruszają tym samym interes odwołującego, jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie odwołującego zachowanie wykonawcy Deral - Dez zaburzyło konkurencję, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia

publicznego. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 680/17, a także fragment uchwały z 2 kwietnia 2015 r.

sygn. akt KIO/KD 17/15.

W konsekwencji powyższego odwołujący stwierdził, iż oferta wykonawcy Deral - Dez powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust.

1 uznk w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy p.z.p. w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Deral - Dez jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2, odwołujący stwierdził, że zarzut ten jest konsekwencją uprzednio podniesionych i opisanych zarzutów odwołania oraz czynności dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Deral - Dez, czynność wyboru oferty Deral - Dez będzie uznana za naruszającą przepisy p.z.p. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany będzie do ponownego badania złożonych ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający przytoczył przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze wskazaniem na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2643/17, treść wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Deral - Dez z dnia 12 stycznia 2018 r., okoliczność wezwania do złożenia wyjaśnień drugiego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, a następnie porównał stawki wskazane w obu ofertach

i przytoczył zarzuty oraz fragment przedmiotowego odwołania.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że w jego ocenie zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, zaś złożone przez wykonawcę DERAL - DEZ J.Ł. wyjaśnienia zamawiający uznał za wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a w szczególności, że uwzględnia powszechnie obowiązujące przepisy prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zatem zamawiający przyjął i zaakceptował analizę założeń wskazanych przez wykonawcę DERAL-DEZ J.Ł. do kalkulacji zaoferowanych przez niego cen.

Następnie zamawiający argumentował, iż wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. słusznie podkreślił, że błędnym założeniem jest porównywanie minimalnej stawki wynagrodzenia ze stawką roboczogodziny, bowiem roboczogodzina nie jest równoznaczna z minimalną stawką za godzinę pracy pracownika. Jak powszechnie wiadomo roboczogodzina to jednostka miary robocizny, która wyraża normę ilościową wykonania przez pracownika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. słusznie wskazał, że stawka roboczogodziny nie równa się godzinie pracy pracownika. Zatem nie można porównywać wprost stawki roboczogodziny do minimalnej stawki godzinowej wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zdaniem zamawiającego wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. wyjaśnił, że przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę obowiązującym w 2018 roku w wysokości brutto 2 100,00 złotych i oferowanym zatrudnieniu czterech pracowników, ich wynagrodzenie wyniesie brutto 8 400,00 złotych miesięcznie. Doliczając do ww. kwoty koszty opłacenia składek w wysokości 20,74 % wynagrodzenia brutto - czyli kwotę 432,81 złotych za jednego pracownika, łączny koszt zatrudnienia czterech pracowników wyniesie wykonawcę DERAL-DEZ J.Ł. 10 131,24 złotych brutto.

Ponadto w opinii zamawiającego, należy zaznaczyć, że oferowanie zatrudnienia czterech pracowników odnosi się do całego przedmiotu zamówienia - w obu jego częściach. Powyższe wyliczenie kosztu zatrudnienia czterech pracowników, nawet przy obecnie nierealnym założeniu wykonawcy trwania zamówienia przez okres dwunastu miesięcy (zamówienie będzie realizowane do 31 grudnia 2018 roku), a następnie porównania tego kosztu z przewidywanym miesięcznym wynagrodzeniem wynikającym z szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, pozwala na swobodne przyjęcie, że wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. wykonując przedmiotowe zamówienie przy pomocy czterech pracowników będzie ich zatrudniał na umowę o pracę z poszanowaniem przepisów prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, w szczególności wynikającego z obowiązującego na 2018 rok rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 roku (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1747).

Dodatkowo zamawiający stwierdził, iż należy podkreślić, że przyjęcie rozumowania i analizy przeprowadzonej przez odwołującego w odwołaniu, a polegającej na porównaniu stawki roboczogodziny do minimalnej stawki godzinowej, prowadziłoby do wniosku, że także oferowana przez odwołującego stawka roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych i usuwanie zanieczyszczeń nietypowych w wysokości 3,27 złotych równie dalece odbiega od wysokości minimalnej stawki godzinowej wynikającej z cytowanego powyżej rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej.

W konsekwencji powyższego zamawiający uznał, że wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. zaoferował ofertę respektującą zasady wynagradzania za pracę ustalone w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności ustalony poziom tego wynagradzania. Nadto zamawiający przyjął, że prosta kalkulacja dokonana przez wykonawcę DERAL-DEZ J.Ł. jest na tyle wystarczająca i przekonująca, że w ocenie zamawiającego nie wymaga dalszych wyjaśnień ani przedkładania dowodów. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia ww. wykonawcy co do konieczności poniesienia kosztów wymogów technicznych wynikających z przedmiotu zamówienia oraz przewidywanego zysku nie budzą wątpliwości, a przede wszystkim pozwalają na przyjęcie, że oferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego stwierdzenia, zamawiający wskazał, że błędem zarzutów odwołującego jest wykazywanie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do jednego elementu składowego oferty tj. do likwidacji szkodników nietypowych i usuwania zanieczyszczeń nietypowych. Zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych jak i w orzecznictwie podkreśla się, że cenę rażąco niską należy rozpatrywać tylko w odniesieniu do całej ceny oferty (Prawo zamówień publicznych Komentarz, Pieróg, wyd. 13/Pieróg, Legalis 2017, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 roku, X Ga 127/08, wyrok KIO z 21 grudnia 2010 roku, KIO 2679/10). Słusznie zatem, w opinii zamawiającego, wykonawca

DERA-DEZ J.Ł. wskazał, że porównanie globalnych ofert obu wykonawców prowadzi do wniosku, że obie oferty były realne, a małe różnice między nimi były jedynie elementem konkurencji.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający podkreślił, że w jego ocenie wykonawca DERAL-DEZ J.Ł. podniósł, że obowiązek rozpatrywania problematyki rażąco niskiej ceny nie w stosunku do ceny jednostkowej, lecz w stosunku do całej oferty, jest w przedmiotowym postępowaniu tym bardziej uzasadniony, że likwidacja szkodników nietypowych i usuwanie zanieczyszczeń nietypowych jest zawsze związane z dezynfekcją i dezynsekcją, co ostatecznie oznacza, że wszystkie te trzy składowe części oferty są ze sobą nierozzerwalnie powiązane. Zatem w znacznej mierze likwidacji szkodników nietypowych i usuwania zanieczyszczeń nietypowych wykonawca dokonuje osobiście, przy czym czynność ta jest oparta na działaniach bezpośrednio fizycznych, nie niosących dodatkowych obciążeń ekonomicznych poza własnym nakładem pracy.

Zamawiający wskazał również, że jednocześnie DERAL-DEZ J.Ł. podkreślił, że siedziba jego firma znajduje się w bardzo bliskiej odległości od miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia oraz że jest firma działającą na rynku lokalnym.

W konsekwencji powyższego zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12)

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy J.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.Ł. DERAL - DEZ, ul. Ks. Ziemowita 20, 03 - 778 Warszawa, dalej zwanego jako „Deral - Dez”.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, z dnia 23 lutego 2018 r., okazało się nieskuteczne. Zgodnie z art. 185 ust. 2 p.z.p. zd. pierwsze wykonawca w zgłoszeniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazuje stronę, do której przystępuje oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca Deral - Dez co prawda wskazał stronę, do której przystępuje - zamawiającego, jednakże brak jest w zgłoszeniu wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na jego rzecz.

W ocenie Izby jest to istotny brak formalny, gdyż Ustawodawca połączył obowiązek wskazania interesu przez wykonawcę z prawem zamawiającego i odwołującego do zgłoszenia opozycji przeciwko przystąpieniu. Zgodnie z art. 185 ust. 4 p.z.p. skuteczne zgłoszenie opozycji kwantyfikowane jest uprawdopodobnieniem braku interesu wykonawcy w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystąpił. Zatem brak wskazania interesu uniemożliwia a priori próbę oceny zasadności, a następnie wykonania prawa zamawiającego i odwołującego do zgłoszenia opozycji. Nie zasługują również na aprobatę twierdzenia wykonawcy Deral - Dez, iż interes taki można wywnioskować z okoliczności sprawy - oferty bowiem złożyło dwóch wykonawców w postępowaniu, zamawiający wybrał ofertę Deral - Dez, zatem klarownym dla każdego powinno być, że interesem wykonawcy jest utrzymanie jego oferty jako wybranej jako najkorzystniejszą. Dokonanie takiej wykładni

art. 185 ust. 2 p.z.p. jest sprzeczne z literalnym brzmieniem przepisu, bowiem gdyby

Ustawodawca przyjął ten model rozumowania to wybranemu wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego nadałby przymiot uczestnika postępowania odwoławczego ex lege, tymczasem przepis ten nie zawiera żadnych wyjątków od wskazania interesu w przystąpieniu, a w związku z tym nie można go zastępować domniemaniami.

Na marginesie Izba zaznacza, iż Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia braków formalnych przystąpienia do postępowania odwoławczego, zatem skutkiem nie dopełnienia obowiązków wynikających z art. 185 ust. 2 p.z.p. jest uznanie przystąpienia za nieskuteczne, bez możliwości sanowania czynności prawnej.

Na rozstrzygnięcie Izby co do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym nie służy odrębny środek zaskarżenia. Z kolei, jak wynika z art. 196 ust. 5 p.z.p., orzeczenia Izby doręcza się wyłącznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Wykonawcy, którzy nie zgłosili skutecznie udziału w postępowaniu odwoławczym nie posiadają statusu uczestnika postępowania, zatem w myśl przywołanego unormowania, nie ma obowiązku doręczenia im orzeczenia Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności na kanwie wykładni pojęcia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Sąd Najwyższy - zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. (tak Sąd Najwyższy w Uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r. o sygn. akt III CZP 56/17 oraz sygn. akt III CZP 58/17).

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust.

- 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust.
- 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący działania i zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu, które pozostają w sprzeczności z przepisami p.z.p., są przyczyną powstania po stronie odwołującego szkody, gdyby bowiem zamawiający kierował się przepisami p.z.p., to oferta wykonawcy Deral - Dez zostałaby odrzucona, zarówno w części 1 jak i w części 2 postępowania, zaś oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W cenie odwołującego zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans) w zakresie obu części postępowania.

Izba stwierdziła, iż oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu oceny ofert postępowania w obu częściach, a także iż odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze

art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw.

z art. 90 ust. 3 p.z.p. oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., zaś konsekwencją uwzględnienia części zarzutów odwołania jest nakazanie zamawiającemu, w części 1 i 2 postępowania, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności wezwania wykonawcy Deral - Dez do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., jak również nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku powtórnie dokonanej oceny złożonych wyjaśnień.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W złożonej ofercie wykonawca Deral - Dez oświadczył, że zatrudni na podstawie umowy o pracę 4 osoby, za co otrzymał 30 punktów w kryterium o nazwie „aspekty społeczne”, kryterium to związane jest z wymogiem zamawiającego, określonym w pkt 8 rozdziału III SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia, gdzie wymagano zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia zgodnie z art. 29 ust 3a p.z.p. a) w zakresie części 1 i tożsamo w zakresie części 2. Zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał, aby „co najmniej 1 osoba wykonująca czynności w zakresie przedmiotu zamówienia była zatrudniona przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.) Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania określonego rodzaju pracy na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.”, zaś za dodatkowe osoby przyznawano dodatkowe punkty w ww. kryterium.

II. Nie było spornym między stronami, co znalazło również odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, że zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2643/17, pismem z 9 stycznia 2018 r. wezwał wykonawcę Deral - Dez, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny. Wezwanie miało następującą treść:

a) Zamawiający „(...) w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnienia dotyczącego części składowej oferty mającej wpływ na wysokość skorelowanej ceny (z VAT) tj. stawki roboczogodziny z VAT za likwidację szkodników nietypowych, którą Pan zaoferował w wysokości 2,09 zł.”

b) Następnie zamawiający wskazał, że ta część składowa wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

c) W dalszej części wezwania stwierdził, iż „Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunkom wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa, oryginalność projektu, kosztów prac, 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 2017, poz. 847 z późn. zm.), lub pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów.”

d) Ponadto odwołano się do treści art. 90 ust. 3 p.z.p.

III. W odpowiedzi na ww. wezwanie Deral - Dez pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia co do kalkulacji ceny.

IV. Nie było sporne pomiędzy stronami i Deral - Dez że stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę pracownika nie może być porównywalna ze stawką roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych oraz za usuwanie zanieczyszczeń nietypowych. Fakt ten wynika:

- co do odwołującego ze str. 7 pkt 6 trzeci akapit odwołania,
- co do Deral - Dez ze str. 1 drugi akapit wyjaśnień kalkulacji ceny z 12.01. 2018 r.,
- co do zamawiającego str. 8 szósty akapit odpowiedzi na odwołanie;

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust. 3 p.z.p. podniesiony jako nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Deral - Dez pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że Deral - Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena w części 1 i 2 za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych (2,09 zł brutto) jest realna i rynkowa oraz zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, podczas gdy zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym był zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Deral - Dez i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami p.z.p., oznaczony nr 1 w odwołaniu, znalazł częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym sprawy, w związku z czym Izba częściowo uwzględniła twierdzenia odwołującego w tym zakresie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez Ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, w brzmieniu normy: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r.;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Zatem określona w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 p.z.p. Zaznaczyć przy tym należy, że przepis ten nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia ceny ofertowej. Mając na uwadze literalne brzmienie normy, posiłkując się jej systemowym osadzeniem w systemie prawa zamówień publicznych, celem oraz funkcją, należy stwierdzić, iż racjonalny Ustawodawca takiego ograniczenia nie przewidział, ponieważ w każdej indywidualnej sytuacji konieczne może okazać się wyjaśnienie innych okoliczności - w tym wyjaśnienie faktów ujawnionych w toku wyjaśnień. W związku z tym zamawiający, a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego, musi przez pryzmat cytowanej normy dokonać konkretyzacji oceny w przedmiocie tego, czy cena ofertowa została dostatecznie wyjaśniona czy też nie, a dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne może ocenić to, czy cena ta jest rażąco niska. Stwierdzić należy, że oczywistym

celem przyświecającym Ustawodawcy przy formułowaniu ww. normy było doprowadzenie do stanu w którym cena zostanie wyjaśniona na tyle wyczerpująco, że będzie możliwa jednoznaczna ocena czy jest ona realna i rynkowa, czy też rażąco niska. Należy zatem przyjąć słuszne zapatrywanie Ustawodawcy, że nie sposób jest ocenić cenę jako rynkową bądź rażąco niską, jeśli okoliczności jej zaoferowania nie zostały dostatecznie wyjaśnione.

Ponadto wskazać należy, że z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny oferty (vide wyrok z 31 maja 2017 r. sygn. akt KIO 1001/17), tym niemniej ocena ta zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską (por. wyrok z 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 466/17).

Na wstępie rozważań w zakresie zasadności postawionego zarzutu należy zauważyć, iż na stronie 6 odwołania w pkt 3 uzasadniania zarzutu nr 1, będącego drugim akapitem str. 6, odwołujący wskazał, że: „Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. wezwał Deral - Dez do złożenia wyjaśnień na postawie art. 90 ust. 1 Pzp (...) Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający podniósł, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę „obiektywne czynniki, w szczególności (.) koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (.).”

Powyższe stwierdzenia nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy - nie jest to treść wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2018 r. skierowanego do wykonawcy Deral - Dez. W punkcie II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w powyższej części uzasadnienia orzeczenia, Izba zacytowała brzmienie wezwania, z którego wynika, że zamawiający wymagał wskazania w wyjaśnieniu kalkulacji ceny „kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę”. Zamawiający zatem, wbrew tezom odwołującego, nie zawarł tam wymogu wypowiedzenia się co do minimalnej stawki godzinowej.

Jest to okoliczność szczególnie istotna, gdyż Ustawodawca w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazuje, że minimalna stawka godzinowa jest zgodnie z art. 1 ust. 1a ustawy, minimalną wysokością wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi, zaś na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy minimalne wynagrodzenie za pracę stanowi najniższe wynagrodzenie, jakie pracownik zatrudniony w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy może otrzymać za świadczoną przez siebie pracę, a zatem - są to różne przedmioty regulacji. Tożsame stwierdzenie wynika z dyspozycji art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie Ustawodawca użył pomiędzy kosztami minimalnego wynagrodzenia oraz kosztami minimalnej stawki godzinowej spójnika „albo”, który jest spójnikiem współrzednym rozłącznym, czyli spójnikiem dopuszczającym alternatywę w wyborze, to znaczy, że zamawiający był uprawniony do wyboru czy wymaga od wykonawcy wyjaśnień co do kosztów pracy w stosunku co do minimalnego wynagrodzenia za pracę czy w stosunku co do minimalnej stawki godzinowej.

Po wtóre okoliczność ta ma decydujący wpływ na ocenę wyjaśnień wykonawcy Deral - Dez, bowiem ich treść, jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego, jest bezpośrednio związana z dokładnym brzmieniem wezwania. Zatem skoro w wezwaniu do wyjaśnienia zamawiający żądał wskazania jak wykonawca kalkulował w cenie koszty minimalnego wynagrodzenia za pracę, to w tych granicach należy rozpatrywać wyjaśnienia wykonawcy Deral - Dez. Nie może zatem dziwić, że wyjaśnienia, zgodnie z treścią wezwania, wskazują na wyliczenia wynagrodzenia w stosunku co do stawki miesięcznego wynagrodzenia za pracę. Zaś przeciwne twierdzenie jest nieuprawnione i co najistotniejsze, nie znajduje się w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2018 r. Ponadto, żadnego innego wezwania, co do kalkulacji ceny, zamawiający w niniejszej sprawie nie wystosowywał do Deral - Dez.

Na aprobatę nie zasługuje również twierdzenie odwołującego, że oferta wykonawcy Deral - Dez powinna zostać automatycznie odrzucona, jak wskazano na str. 8 i 9 odwołania, „z uwagi na fakt, że sam wykonawca oświadczył, że nie uwzględnił minimalnej stawki za godzinę pracy dla pracownika.”

Oba fragmenty wyjaśnienia Deral - Dez zostały zacytowane w odwołaniu w sposób wybiórczy i są wyrwane z kontekstu, a wysnuty z nich wniosek mija się z rzeczywistą treścią wyjaśnienia. Jest to istotne, gdyż twierdzenia te odwołujący powiązał również z zarzutem wykonawcy Deral - Dez popełnienia czynu stypizowanego w ustawie o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, zaś zamawiającemu na tej podstawie zarzucono zaniechanie odrzucenia oferty Deral - Dez zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Zacytowany pierwszy fragment z drugiego akapitu na str. 8 odwołania „Niemniej jednak mimo, że stawka przyjęta przez Wykonawcę jest niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia etc.” powinien być wykładany z pełną treścią wyjaśnień Deral- Dez. Warto przytoczyć również cały ten akapit, ze zdaniem poprzedzającym ze str. 2 wyjaśnień, tj. „Następnie w uzasadnieniu zaproponowanej stawki 2,09 zł za roboczogodzinę dotyczącą likwidacji szkodników nietypowych, Wykonawca wyjaśnia: Niemniej jednak mimo, iż stawka przyjęta przez Wykonawcę jest niższa niż stawka minimalnego godzinowego wynagrodzenia wynikająca z rozporządzenia etc.” Zatem fragment zacytowany przez odwołującego wraz ze zdaniem go poprzedzającym nie może w swym brzmieniu świadczyć o braku uwzględnienia minimalnej stawki godzinowej w zaoferowanej cenie, gdyż z jego literalnego brzmienia, a dodatkowo z wcześniejszej części wyjaśnień Deral - Dez, co odwołujący pomija, wynika fakt, który nie jest sporny - „stawka przyjęta przez wykonawcę” - czyli stawka, którą wykonawca wyjaśnia dotyczącą likwidacji szkodników nietypowych (zdanie przed cytatem) w wysokości 2,09 zł nie jest równoznaczna ze stawką godzinowego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zostało to również przyznane przez strony - pkt IV powyżej okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo twierdzenie takie wynika również z samej oferty odwołującego i jego wyjaśnień w zakresie ceny, gdyż jak słusznie podniósł zamawiający, w przypadku próby przyjęcia, że godzinowa stawka, którą wyjaśniał wykonawca Deral - Dez czyli stawka roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych w wysokości 2,09 zł byłaby równa stawce godzinowego minimalnego wynagrodzenia za pracę, wtedy również oferta odwołującego ze stawką 3,27 zł podlegałaby odrzuceniu.

Drugi fragment wyjaśnień wykonawcy Deral - Dez zacytowany w odwołaniu w pierwszym akapicie na str. 9 brzmi: „(...) Wykonawca kalkulując stawkę roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia (.).”. Jednakże zacytowany fragment również nie świadczy o rażąco niskiej cenie czy popełnionym delikcie z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z racji, że dalsza pominięta przez odwołującego część tego zacytowanego zdania brzmi „ponieważ każdy z pracowników przy założeniu, że jego wynagrodzenie będzie wynosiło właśnie to minimum, to takie wynagrodzenie otrzyma za każdą przepracowaną godzinę, podczas ośmiogodzinnego cyklu pracy przy założeniu 167 przepracowanych godzin w miesiącu tj. 13,70 zł netto.” Następnie Deral - Dez dodaje „Tym samym Wykonawca nadmienia, że wymagania by zagwarantować minimalną stawkę roboczogodziny zostaną spełnione i nie podlegają podważeniu.” Warto zwrócić uwagę, że ten fragment wyjaśnień jest poprzedzony kalkulacją jak wskazał wykonawca Deral - Dez „minimum”, co w wyjaśnieniach wykonawcy oznacza miesięcznie 10 131,24 zł brutto dla 4 pracowników.

W konsekwencji treści brzmienia wyjaśnień wykonawcy Deral - Dez Izba uznała za niepotwierdzone w materiale dowodowym, a także nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego, że oferta wykonawcy Deral - Dez powinna podlegać odrzuceniu przez zamawiającego z uwagi na fakt, że sam wykonawca oświadczył, iż w kalkulacji ceny za roboczogodzinę nie uwzględnił minimalnej stawki za godzinę pracy dla pracownika.

W ocenie Izby okoliczność, iż wykazując w wyjaśnieniach w zakresie kalkulacji ceny wysokość kosztów pracy wykonawca Deral - Dez odniósł się do kosztów wynagrodzenia pracowników, które wskazał na poziomie 10 131,24 zł dla 4 osób zatrudnionych na umowę o pracę (4 x 2532,81 zł - które stanowią koszty pracodawcy przy wypłacaniu pracownikom minimalnego wynagrodzenia na poziomie 2100,00 zł) do kosztu miesięcznego zatrudnienia tychże osób, nie może świadczyć, jak wskazuje odwołujący, że cena ta jest rażąco niska, a tym bardziej nie wskazuje, że pracownicy wykonawcy Deral - Dez nie otrzymają wynagrodzenia za pracę w wysokości określonej w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Jak już wcześniej ustalono, z treści wezwania do wyjaśnień nie wynika, żeby zamawiający żądał od Deral - Dez wykazania minimalnej stawki godzinowej określonej w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale żądano wykazania kosztów pracy nie niższych od minimalnego wynagrodzenia za pracę, które wypłacane jest pracownikom w ujęciu miesięcznym i wynosi od dnia 1 stycznia 2018 r. - 2100,00 zł, zgodnie z § 1 rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.- przy czym z kosztami pracodawcy tak jak przyjął w wyjaśnieniach wykonawca Deral - Dez jest to kwota 2532,81 zł. Zatem odniesienie się do kosztów pracy w ujęciu miesięcznym, nawet przy przyjęciu okoliczności, że wynagrodzenie umowne nie ma charakteru ryczałtowego nie świadczy o tym, jak wskazał odwołujący, że personel Deral - Dez nie będzie otrzymywał minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaś w konsekwencji niepotwierdzonym w treści wyjaśnień wykonawcy Deral - Dez zostało twierdzenie odwołującego, że zamawiający nie odrzucając oferty tego wykonawcy pozostaje

w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie kosztów pracy.

Ponadto Izba stwierdziła, iż okoliczność, że wykonawca Deral - Dez wykazywał realność zaofertowanej ceny w korelacji z kwotą wartości zamówienia, która została podana przez zamawiającego w sekcji II pkt 6) ogłoszenia o zamówieniu (w wysokości 309 878,05 zł netto) również nie świadczy o rażąco niskiej cenie w ofercie Deral - Dez, w szczególności Izba nie aprobuje poglądu odwołującego, że Deral - Dez błędnie założył, że będzie świadczył usługę 12 miesięcy.

Kalkulacja ceny oferty powinna być przez wykonawców dokonana przed upływem terminu na składanie ofert - 29 listopada 2017 r. Zatem licząc cenę ofertową wykonawcy byli uprawnieni do przyjęcia, że będą świadczyć usługę przez 12 miesięcy i z tej perspektywy należy oceniać złożone 12 stycznia 2018 r. wyjaśnienia. Pomimo, że obecnie wiadomo, że nie będzie to zakładane przez wykonawcę Deral - Dez 12 miesięcy (termin realizacji zamówienia to zgodnie z pkt IV SIWZ - od daty podpisania umowy do 31.12.2018 r., zatem do końca roku pozostało niecałe 10 miesięcy), to cenę ofertową wykonawcy kalkulują przed złożeniem oferty a nie w dniu obecnym, czyli na dzień 29 listopada 2017 r. W konsekwencji

Izba stwierdziła, że założenie rocznego wykonywania usługi przez wykonawcę Deral - Dez nie było nieprawidłowe.

Izba ustaliła również, że z załączonego do SIWZ wzoru przyszłej umowy (załącznik nr 4 do SIWZ dla części 1 i załącznik nr 4a do SIWZ dla części 2 postępowania), wynika, że zgodnie z § 9 ust. 3 wzorów umowy „strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci nie więcej niż .. zł netto (słownie:..) plus obowiązujący podatek VAT .. zł brutto (słownie:..)”. Zaś na podstawie treści formularza ofertowego ustalono, że wykonawcy podawali zamawiającemu w formularzu cztery stawki za m² lub roboczogodzinę, bez wskazania jaka będzie cena globalna za wykonanie umowy. Zatem w § 9 ust. 3 wzorów umowy zamawiający określił maksymalne wynagrodzenie, jakie przewidział dla wykonania zamówienia. Jest to związane z rozdziałem XV SIWZ dotyczącym wymagań w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 150 p.z.p.), gdzie zobligowano wykonawców, aby wnieśli najpóźniej do dnia zawarcia umowy, kwotę 5% dla części

1 w wysokości 11 250,00 zł, zatem wartość umowy wynosi 225 000,00 zł, dla części

2 w wysokości 7 807,50 zł, zatem wartość umowy wynosi 155 000,00 zł. Obie kwoty również stanowią środki przeznaczone na realizację umowy, które wskazał wykonawcom zamawiający przed otwarciem ofert w postępowaniu. Ponadto nie było spornym pomiędzy stronami, co oświadczyły na rozprawie i znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, że zamawiający nie wskazał w treści SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu, minimalnych ilości roboczogodzin czy metrów kwadratowych, jakie zostaną zapewnione wykonawcy realizującemu przyszłą umowę. W dokumentacji znajduje się maksymalna wartość obu przyszłych umów i szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy podane w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, jak wskazano wyżej. Zaś wobec braku wniosków o wyjaśnienie czy doprecyzowanie dokumentacji w tym zakresie Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie budziła wątpliwości wykonawców, którzy jako podmioty prowadzące działalność o zawodowym charakterze, w przypadku wątpliwości mają obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie pytań zamawiającemu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 października 2014r., sygn. akt KIO 2081/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2015 r. sygn. akt KIO 1000/15).

Nie znalazło potwierdzenia w treści wyjaśnień wykonawcy Deral - Dez a także, w treści dokumentacji postępowania stwierdzenie odwołującego, że wykonawca ten „przerzuca” koszty stawki dotyczącej likwidacji szkodników nietypowych do „całego nieokreślonego przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Izby w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie wyszczególnił co ma się znajdować w poszczególnych stawkach, które wykonawcy wskazywali w ofertach, pozostawiając swobodę w tym zakresie wykonawcom.

Fakt ten również został przez strony potwierdzony na rozprawie, zatem nie jest okolicznością sporną w sprawie. Zatem wobec braku określenia w dokumentacji postępowania co ma się w której ze stawek znajdować to nieuprawnionym stwierdzeniem jest „przerzucanie kosztów”, do którego wobec braku sztywnego określenia składników (kosztów) składających się na poszczególne stawki a priori nie mogło dojść.

Bez wyszczególnienia przez zamawiającego co w każdej z wymaganych czterech stawek ma się zawierać, same twierdzenia odwołującego wskazujące na nieprawidłowo obliczoną cenę, z racji, że są cztery stawki, które zamawiający oddzielnie punktował w kryterium cena - bez wykazania przez odwołującego tej okoliczności jako potwierdzającej

zarzucane „przerzucanie kosztów” - nie wskazują na wadliwą kalkulację ceny, w stosunku co do dokumentacji postępowania. Takie twierdzenie byłoby uprawnione gdyby na podstawie dokumentacji postępowania można było ustalić co w wyjaśnianej stawce za roboczogodzinę likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych powinien zawrzeć wykonawca, np. zamawiający określiłby na sztywno gdzie powinno skalkulować się koszty pracy, czy w jednej stawce, czy w kilku, czy we wszystkich. Nie zadano w tym zakresie żadnego pytania do treści SIWZ. Wykonawcy nie żądali wyjaśnień i uszczegółowienia kosztów jakie mają się na poszczególne cztery stawki składać. Zatem swoboda w kształtowaniu poszczególnych składników, na które składa się cena za roboczogodzinę czy za metr kwadratowy, nie spowodowała niejasności czy trudności w kalkulacji ceny oferty i poszczególnych stawek dla uczestników rynku usług likwidacji zagrożeń epidemiologicznych. Aktualnie również w tym zakresie pozostaje wcześniej wyrażone stanowisko Izby, że wobec braku wniosków o wyjaśnienie czy doprecyzowanie dokumentacji w tym zakresie można przyjąć, że okoliczność ta nie budziła wątpliwości wykonawców, którzy jako podmioty prowadzące działalność o zawodowym charakterze, w przypadku wątpliwości mają obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie pytań zamawiającemu (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13).

Celem wyjaśnienia kalkulacji ceny są składniki, które na tą cenę się składają i okoliczności jakie towarzyszyły obliczeniu ceny, zaś odwołujący nie wykazał, że z okoliczności żądania wskazania w formularzu ofertowym czterech niezależnych cen a także z powodu przyznaniu oddzielnej punktacji każdej z ww. cen, wynika, że wykonawca Deral - Dez przerzuca stawkę dotyczącą likwidacji szkodników nietypowych do „całego nieokreślonego przedmiotu zamówienia”, a także nie wykazano, że okoliczność ta powoduje, że cena zaoferowane przez Deral - Dez jest rażąco niska.

W treści wyjaśnień wykonawca Deral - Dez wskazał, że cena oferty 2,09 zł jest jedną z czterech składowych całej oferty, a wykonywanie działań związanych z usuwaniem zagrożeń epidemiologicznych i usuwaniem zanieczyszczeń nietypowych jest działaniem bezpośrednio fizycznym, bez dodatkowych kosztów oprócz własnego nakładu pracy, zaś przy wykonywaniu roboczogodzin zawsze integralnym elementem jest dezynfekcja i dezynsekcja. Okoliczność tą potwierdził zamawiający, przy czym odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W szczególności brak jest w tym zakresie twierdzeń odwołującego opartych na dokumentacji postępowania czy innych dowodach wskazujących, że wykonawca Deral - Dez błędnie przyjął, że różne stawki wymagane przez zamawiającego są bezpośrednio połączone i przy wykonywaniu usługi likwidacji szkodników nietypowych, która opłacana jest na podstawie stawki za roboczogodzinę wykonawca otrzyma wynagrodzenie również za inne stawki, które należało wycenić w ofercie tj. wykonawcy zobowiązani byli podać stawkę za m²: za dezynfekowanie pomieszczenia, opryskiwanie powierzchni podłogi przy dezynsekcji, deratyzacji powierzchni. Zatem wobec braku sprostania przez odwołującego ciężarowi wykazania tych okoliczności, Izba uznała za zasadne twierdzenia Deral - Dez, oraz zamawiającego, że na rynku świadczenia tychże usług jest to okoliczność notoryjna.

Izba stwierdziła również, że nie znalazło odzwierciedlenia w treści wyjaśnień stwierdzenie odwołującego, w zakresie zamówienia uzupełniającego, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 p.z.p., że wykonawca Deral - Dez założył „z góry, że takie zamówienia uzyska”. Deral - Dez w wyjaśnieniach wskazał na kalkulację ceny, bez uwzględnienia zamówienia uzupełniającego (vide str. 2 i 3 wyjaśnienia).

Następnie, w zakresie samej treści wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, wskazanej w powyższym pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, Izba ustaliła, że nie znajdują uzasadnienia twierdzenia odwołującego, że wezwanie to jest jasne i jednoznaczne.

Wezwanie z dnia 9 stycznia 2018 r. zostało sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, w oparciu o brzmienie normy art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., z pominięciem części dyspozycji przepisu wskazującej na minimalną stawkę godzinową. Zamawiający przytoczył ponadto treść art. 90 ust. 3 p.z.p., jednakże nie sformułował w wezwaniu żadnych wątpliwości co do kalkulacji ceny w jakimkolwiek zakresie oprócz wskazania stawki, którą należy wyjaśnić. Wykonawca w odpowiedzi na tak ogólne wezwanie mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób, który w ocenie wykonawcy był wystarczający dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela trafny pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), „pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. (...) Aby wątpliwości te rozwiązać wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. (...) Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi

konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje." Twierdzenia te znajdują aprobatę również w orzecznictwie Izby np. wyrok KIO z 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 572/14, z 28 lipca 2014 r.; sygn. akt KIO 1399/14, z 24 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1395/17 czy z 23 lutego 2017 r. sygn. akt KIO

289/17, w którym to wyroku Izba słusznie, co podziela skład orzekający w niniejszej sprawie i przyjmuje za stanowisko własne, wskazała że „Skład orzekający nie podziela bowiem zapatrywania, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p. rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty. Innymi słowy wezwany wykonawca, ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) nie może się domyslać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i - ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Jeżeli za wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień.” Orzecznictwo Izby wskazuje zatem na kryterium rzetelności w udzielaniu wyjaśnień, jako decydujące o dopuszczalności kolejnego wezwania. Oczywiście w sposób nierozłączny związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień. Oceniając bowiem, czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. To wezwanie powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień. Trudno zatem uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii, o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny. Odwołując się do poprzedniego wyводу w zakresie braku ograniczenia ilościowego i zakresowego w uregulowaniach dotyczących art. 90 ust. 1 p.z.p. dotyczącego procedury wezwania do wyjaśnień stwierdzić należy, iż jest możliwe, a w niektórych sytuacjach (np. brak konkretnych wskazań SMWZ co do sposobu kalkulacji poszczególnych składników cenowych, przedmiot zamówienia nie pozwalający na precyzyjne ustalenie wszystkich elementów kosztotwórczych i wymuszający ich zryczałtowaną kalkulację) jest wręcz konieczne pozyskanie przez zamawiającego wiedzy jak w danej konkretnej sytuacji wykonawca dokonuje kalkulacji, aby rozpocząć proces wyjaśniania i skierować do wykonawcy następne - bardziej precyzyjne wezwanie ze wskazaniem na konkretne elementy budzące wątpliwości zamawiającego.

Wspomnieć należy również o wypracowanej w orzecznictwie Izby zasadzie jednokrotnego wzywania do wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. Zaznaczyć jednak należy, zgodnie z celnym wywodem zawartym w wyroku Izby z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt. KIO 2717/17, którego wnioski Izba w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie podziela, że zasada jednokrotnego wezwania „znajduje zasadniczo zastosowanie w sytuacjach, w których wezwanie precyzyjnie wskazywało okoliczności, które należy wyjaśnić. W takiej sytuacji, w braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony wykonawcy, nie należy ponownie wzywać go do złożenia wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że wykonawca nie podołał wynikającemu z art. 90 ust. 2 p.z.p. obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W konsekwencji, dopuszczalność ponownego wzywania w trybie art. 90 p.z.p. ograniczona powinna być do sytuacji, w których zamawiający wystosował ogólnikowe wezwanie i otrzymał odpowiedź o równie ogólnym charakterze, bądź przypadków, gdy po uzyskaniu wyjaśnień zaistniała potrzeba uszczegółowienia informacji w zakresie nieobjętym uprzednim wezwaniem”.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaferowanej przez wykonawcę Deral - Dez ceny i dokonania jej kwalifikacji jako rażąco niskiej lub nie. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie, uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania, istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do ponownego wezwania Deral - Dez do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia zamawiającego na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej bądź rażąco niskiej procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p.

Z uwagi na powyższe, postawiony przez odwołującego zarzut potwierdził się w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że wykonawca Deral - Dez nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Ponadto informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że

oferta wykonawcy Deral - Dez zawiera cenę rażąco niską. W ocenie Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, ponieważ zapoczątkował jedynie proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Deral - Dez, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał czynności oceny ofert przed jego kompletnym, zgodnym z przywołanymi unormowaniami zakończeniem.

W związku z tym uprawnione jest stwierdzenie, że zamawiający nie dokonał oceny tych wyjaśnień w sposób pozwalający na ustalenie, czy oferta została skalkulowana w sposób rzetelny. Wyjaśnienia złożone przez Deral - Dez w ocenie Izby powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w wyjaśnieniach i wynikających z przedmiotu zamówienia tj. kosztów m.in. preparatów, środków chemicznych, odzieży roboczej, kosztów sprzętu, a także co do wskazanego zysku - nie można również obecnie wykluczyć potrzeby dalszego doprecyzowania co do innych składników ceny, w zależności od ponownej oceny dokonanej przez zamawiającego. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień Deral - Dez z dnia 12 stycznia 2018 r. powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości - nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Co prawda wykonawca wskazał, że uwzględnił w cenie koszty wykonywania przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją postępowania i zysk oraz podał ich poziom, jednakże wymaga to dalszego doprecyzowania. Izba wzięła również pod uwagę, że w tym zakresie wykonawca Deral - Dez wskazał, że posiada własne zaplecze techniczne, własny sprzęt i urządzenia do realizacji zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem kosztów wynajmu urządzeń, a także posiada zmagazynowane zapasy preparatów i środków chemicznych. Izba uwzględniła również, w zakresie kosztów dojazdu, że Deral - Dez wskazał na obniżenie kosztów transportu ze względu na lokalizację firmy. Tym niemniej zaniechanie pełnego wyjaśnienia okoliczności wskazanych w sposobie kalkulacji ceny Deral - Dez doprowadziło do przedwczesnej oceny wyjaśnień wykonawcy jako kompletnych pomimo, iż - co oczywiste w zestawieniu z treścią skierowanego do wykonawcy wezwania - nie były one do dokonania tej oceny wystarczające. Całość omawianych okoliczności powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny oferty.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że na dzień wyrokowania nie można ustalić, że oferta wykonawcy Deral - Dez stanowi ofertę z ceną rażąco niską. Zamawiający w sposób ogólny wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i na datę ich składania w ocenie Izby wykonawca Deral - Dez złożył wyjaśnienia wskazujące, że skalkulował koszty i założył zysk, jednak z uwagi na ich ogólność, podyktowaną bardzo ogólnym wezwaniem zamawiającego, cechuje je brak niewątpliwego wykazania, że ww. koszty zostały prawidłowo wyliczone. W konsekwencji należało przyjąć, że zamawiający zapoczątkował proces właściwego wyjaśniania zaoferowanej przez Deral - Dez ceny, jednakże pomimo nakazu art. 90 ust. 3 p.z.p. go nie zakończył, a zatem Izba nakazała zamawiającemu ponowienie czynności wezwania wykonawcy Deral - Dez w zakresie kalkulacji ceny. Należy mieć przy tym na względzie utrwalone poglądy Krajowej Izby Odwoławczej o możliwości, a w niektórych przypadkach konieczności ponownego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., wyrażone wielokrotnie w wyrokach z 11 stycznia 2017 r. sygn. akt 2446/16, z 24 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 70/17, z 7 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 321/17, z 16 października 2017 r. sygn. akt KIO 2030/17, z 4 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2411/17 r., z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2358/17,

które Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera i przyjmuje za własne. Zatem sankcja odrzucenia oferty jest w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna dla realizacji celu

ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką jeszcze może okazać się oferta Deral - Dez, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że cena jest nierealna, nierynkowa czy niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. W stanie ustalonym w sprawie nie można obecnie zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż jego dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

W konsekwencji powyższych wywodów Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy Deral - Dez.

Ponadto Izba stwierdziła, mając na uwadze powyższy wywód, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., oznaczony w odwołaniu nr 3, jednakże nie z tego powodu, jak wskazał odwołujący, iż oferta wybrana podlega odrzuceniu, lecz z powodu, iż wybór oferty wykonawcy Deral - Dez nie został

poprzedzony należyćie przeprowadzonymi wyjaśnieniami w zakresie kalkulacji ceny oferty.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

dalej jako „z.n.k.”, oznaczony w odwołaniu nr 2 i sformułowany jako nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę Deral - Dez pomimo, że cena zaoferowana za realizację niniejszego zadania w zakresie stawki roboczogodziny z VAT (2,09 zł) za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Deral - Dez z uwagi na fakt, że zaoferował on cenę, za wykonanie przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie bez uwzględnienia minimalnej stawki za pracę w ramach zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, tj. poniżej kosztów jego realizacji, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Na podstawie klauzuli generalnej określonej w art. 3 ust. 1 z.n.k. „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, zaś art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. stanowi, że „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”.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela wartościową argumentację wskazaną w wyroku Izby z 12 marca 2012 r. sygn. akt KIO 406/12, iż należy podkreślić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest tylko przykładowym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jednakże nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. Deliktem stypizowany w ustawie z.n.k. jest tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe - spełniające przesłanki z art. 15 z.n.k. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy określoną w art. 3 ust. 1 z.n.k. - są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają 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 przypadku jest art. 15 z.n.k. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania które uniemożliwiają 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 rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.

W aktualnym stanie sprawy nie znalazły potwierdzenia zarzuty odwołującego podniesione jako brak uwzględnienia w cenie oferty wykonawcy Deral - Dez powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, ponadto nie potwierdzonym zostało, że cena zaoferowana przez Deral - Dez jest nierealna, nierynkowa, a tym samym rażąco niska. Tym niemniej Izba wskazuje, że wykazanie, że określone działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w z.n.k. wymagałoby choćby próby powiązania zarzucanych wykonawcy Deral - Dez działań z istniejącą na rynku właściwym konkurencją, celem udowodnienia, że działanie wykonawcy - gdyby zostało wykazane, prowadzi do sprzecznego z prawem zaburzenia konkurencji, a w konsekwencji ogranicza uczciwym przedsiębiorcom dostęp do rynku, gdyż jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10 stycznia 2008 r. sygn. akt ACa 231/07, aby wykazać popełnienie deliktu nieuczciwej konkurencji „przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym

zamiar ten urzeczywistnić." Odwołujący nie podjął próby dokonania takiego powiązania, a w związku z tym, iż zarzucane konkurentowi zachowanie na chwilę obecną nie uległo potwierdzeniu, zarzut ten nie mógł odnieść zamierzonego skutku.

Zaznaczyć również należy, że odwołujący każdy ze sformułowanych zarzutów opart na naruszeniu przez zamawiającego naczelných zasad zamówień publicznych, tj. art. 7 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że samo powołanie się w treści zarzutu na normę art. 7 ust. 1 p.z.p. nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania. Wypada zauważyć, że Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego - tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również normy art. 7 ust. 1 oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tejże dyrektywy ogólnej. Nie można przy tym przyjąć w sposób automatyczny, iż nawet jeżeli zachowanie zamawiającego mogło wystąpić przeciw którejkolwiek z norm p.z.p. to jednocześnie doszło do naruszenia naczelných zasad zamówień publicznych, zatem naruszenie tej normy pozostało nieudowodnione.

Ponadto Izba stwierdziła, że dowód przedłożony przez zamawiającego - kalkulacja na podstawie realizacji zamówienia w roku 2017 jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia postępowania w aktualnym stanie rzeczy, gdy zamawiający nie zakończył procesu wyjaśnienia zaoferowanej przez Deral - Dez ceny. Dowód ten mógłby okazać się przydatny dla dalszych wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej, ale przy dostrzeżonych przez Izbę brakach w procesie wyjaśnienia ceny brak jest całościowych elementów, w których kontekście można było dowód ten osadzić.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy z którym zamawiający zawrze umowę (vide postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności zamawiającego miały bezpośredni wpływ na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w obu częściach postępowania.

W zakresie kosztów postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w postaci zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Przewodniczący: