

Sygn. akt: KIO 1663/10

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 4 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, 00-909 Warszawa, al. Jerozolimskie 97**

przy udziale wykonawcy **IMPEL CLEANING Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Sprzątania Wnętrz "MOP83" Józef Jankowski Sp. z o.o., 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A** na rzecz **IMPEL CLEANING Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonywanie usługi stałego sprzątnia powierzchni wewnętrznych i powierzchni zewnętrznych w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 57 w Celestynowie” (sprawa nr 114/2010). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2010 r., pod nr 2010/S 114-173098.

W dniu 4 sierpnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. (dalej Impel), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o dokonanie ponownego badania i oceny ofert, uznanie, że oferta Impel podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje, iż w załączniku nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający określił „Minimalne wymagania Zamawiającego dotyczące struktury zatrudnienia i podstawowego sprzętu zmechanizowanego, który stosowany będzie przy realizacji zamówienia, objętego niniejszą procedurą”. Tym samym narzucił wszystkim wykonawcom określone wymogi, jakie mają spełnić przy kalkulowaniu ceny zamówienia. Zamawiający postanowił, że w przypadku pracowników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych, „na jedną osobę nie może przypadać więcej niż 1000 m² powierzchni wewnętrznej, objętej niniejszym zamówieniem, w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia”. W przypadku pracowników, zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu usługi sprzątnia powierzchni zewnętrznych, „na jedną osobę nie może przypadać więcej niż 3500 m² powierzchni w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia”.

Dalej Odwołujący podnosi, iż pracodawca może zatrudnić pracownika tylko na umowę o pracę. Umowa o dzieło czy umowa zlecenie są umowami cywilnoprawnymi. Odwołujący zwraca również, że Zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował kilkanaście przetargów na usługi sprzątnia, które pod względem formalnym i wymagań postanowionych w SIWZ, niemal się między sobą nie różnią. W zakładkach dotyczących każdego z przetargów, publikowana jest „korespondencja” pomiędzy wykonawcami i Zamawiającym, dotycząca treści SIWZ. I tak np. w postępowaniu nr 117/2010 jeden z Wykonawców zapytał o „wyjaśnienie kwestii zatrudnienia pracowników przez Wykonawcę do realizacji codziennego stałego sprzątnia” (pyt. nr 1 z dn. 20.07.2010 r., sprawa 117/2010). Zamawiający wyjaśnił: „niezależnie od faktu, że zatrudnienie pracowników leży w gestii

Wykonawcy, Zamawiający nie może naruszać bezwzględnie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, uregulowanych w Kodeksie pracy. W związku z tym pracownicy mają być zatrudnieni na umowę o pracę". Identyczna odpowiedź na tak samo postawione pytanie pojawia się na stronie internetowej Zamawiającego w dziesięciu przetargach na usługi sprzątnia (sprawy: 117/2010, 116/2010, 129/2010, 131/2010, 132/2010, 130/2010, 115/2010, 118/2010,145/2010,133/2010). Jednocześnie Odwołujący wyjaśnia, że niniejsze postępowanie jest pierwsze z „cyklu” i być może wykonawcy jeszcze o kwestie zatrudnienia nie pytali, jednakże Odwołujący wątpi, iż w tym przypadku Zamawiający pozostawiłby dowolność w kwestii zatrudnienia osób przez Wykonawcę, a w pozostałych przetargach bezwzględnie wymagałby umów o pracę.

Przyjmując powyższe Odwołujący podnosi, iż za podaną w formularzu cenowym kwotę netto (załącznik nr 3 do SIWZ) Impel nie jest w stanie zatrudnić deklarowanych, w wymaganym również przez Zamawiającego wykazie, pracowników na etatach, wiedząc o tym, że minimalna płaca wynosi obecnie 1317 zł brutto plus koszty pracodawcy.

Na dowód powyższego Odwołujący przedstawia stosowne wyliczenia i podnosi, iż same koszty zatrudnienia pracowników na etatach, jakie musiałyby ponieść firma Impel, przekraczają kwotę, jaką podała w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego, Impel nie tylko za podane kwoty netto nie jest w stanie zatrudnić pracowników na etatach, zgodnie z prawem i zgodnie z wymaganiami SIWZ, ale firma nie ujęła też innych kosztów, ponoszonych przez wykonawcę przy wykonywaniu usługi sprzątnia, a więc: kosztów amortyzacji sprzętu, zysku i innych kosztów stałych. Nie założyła też spodziewanej waloryzacji płacy minimalnej w kolejnych latach (kontrakt zaplanowano na 24 miesiące). Zamawiający wymagał również w SIWZ podania ilości zużycia materiałów i środków do utrzymania czystości w skali miesiąca. Impel przeznaczył na to 2129,54 zł miesięcznie, czyli kwota przeznaczona na płace jeszcze się zmniejszy. Zamawiający w SIWZ (pkt 16, pppk 16.3) zalecił wykonawcom, by przy kalkulowaniu ceny wzięli pod uwagę: płace pracowników brutto z wyszczególnieniem zatrudnionych osób, narzuty ponoszone na płace przez wykonawcę, koszt amortyzacji sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, przewidywany koszt użytych środków chemicznych do wykonania zamówienia w skali 1 miesiąca, inne koszty występujące u wykonawcy i zysk. Z powyższej kalkulacji kosztów wynika również, że Impel chce zrealizować zamówienie niezgodnie z SIWZ i poniżej kosztów, co w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w stosunku do innych wykonawców, którzy startując w przetargu, muszą spełnić warunki stawiane przez Zamawiającego. Zaś, kalkulowanie ceny poniżej kosztów wyczerpuje znamiona rażąco niskiej ceny (art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie znalazło uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, iż z treści SIWZ wynika obowiązek zatrudnienia osób wykonujących usługę, będącą przedmiotem zamówienia, na podstawie umowy o pracę. Jakkolwiek Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż taka intencja mu przyświecała i wskazał za Odwołującym na postanowienia SIWZ, które jego zdaniem przesądzają sporną kwestię, to jednak zdaniem Izby, nie wynika z nich jednoznacznie, iż przedmiotowy obowiązek został nałożony na wykonawców. Samo posługiwanie się przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ zwrotami „pracownik” czy „pełne etaty zatrudnienia”, nie daje podstaw do wyciągnięcia takich wniosków, z kilku powodów. Po pierwsze, w przedmiotowym załączniku, Zamawiający wskazując na rodzaj zatrudnienia dokonuje jedynie podziału na pracowników nadzoru, pracowników zatrudnionych przy wykonywaniu usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, nie wskazując ewentualnie na podstawę zatrudnienia. Zaś, minimalne warunki, jakie muszą być spełnione przy zatrudnianiu pracowników wiąże jedynie z realizacją usługi, ustalając, iż nadzór musi być zapewniony w sposób skuteczny i ciągły, a dla usług sprzątnia, ustalając pewne ograniczenia ilościowe na jedną osobę. Po drugie, z treści SIWZ nie wynika obowiązek potwierdzenia w ofercie sposobu zatrudnienia pracowników. Powyższe daje podstawy do twierdzenia, iż skoro Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku podania w ofercie informacji w przedmiocie podstawy zatrudnienia pracowników, oznacza to, iż w tym zakresie nie zamierzał weryfikować oferty, co tym samym prowadzi do wniosku, że pozostawił wykonawcom swobodę w przedmiotowym zakresie. Zdaniem Izby, brak sformułowania w SIWZ obowiązku, w przedmiocie podstawy zatrudnienia, połączony z brakiem obowiązku wskazania tych okoliczności w SIWZ jednoznacznie przesądza, iż wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę z treści SIWZ nie da się wywieść. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wyinterpretowanie powyższego na podstawie określonych sformułowań użytych w SIWZ jest nieuzasadnione. Zgodnie bowiem z przyjętym w orzecznictwie poglądem, brak precyzji zamawiającego w określeniu wymogów obciążających wykonawców nie stanowi podstawy do ich dookreślenia na dalszym etapie postępowania i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Skoro bowiem zamawiający, opisując swoje wymagania, nie dochował należytej staranności, to konsekwencją tych działań z pewnością nie można obciążać wykonawców. Jeśli więc w niniejszym postępowaniu Zamawiający obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie postawił (nie rozstrzygając, czy Zamawiającemu takie uprawnienie przysługuje, bowiem nie było to przedmiotem sporu), to przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego jest nieuzasadnione. Tym bardziej, że z doświadczenia życiowego wiadomo, iż powszechne jest posługiwanie się sformułowaniem „pracownik”, „zatrudnienie” również w odniesieniu do osób świadczących pracę na innej podstawie niż umowa o pracę. Potocznie zwroty te używane są w odniesieniu do pracowników najemnych. Co więcej, w

rzeczywistości gospodarczej bardzo często spotyka się tego rodzaju rozwiązania, że usługi sprzątnia wykonywane są na podstawie umów cywilnoprawnych. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że wykonawca powinien był przyjąć w tym względzie interpretację zgodną z intencją Zamawiającego.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje fakt, iż z korespondencji prowadzonej w innych postępowaniach na usługi sprzątnia, taki obowiązek wynika. Oczywistym jest bowiem, iż wszelkie wyjaśnienia i modyfikacje dotyczące SIWZ są wiążące dla wykonawców jedynie w konkretnym postępowaniu. Nie jest bowiem tak, że wykonawca jest obowiązany śledzić działania i czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowań nawet tożsamyh i na tej podstawie uzyskiwać wiedzę co do obowiązków jemu przypisanych przez zamawiającego.

Izba nie podziela również twierdzenia Odwołującego, iż powoływane zwroty, świadczące jakoby o obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, należało interpretować zgodnie z definicją legalną zawartą w kodeksie pracy. Zdaniem Izby, nie potwierdza takiego stanowiska również orzecznictwo, na które powoływał się Odwołujący na rozprawie. W ocenie Izby, posłużenie się definicją legalną znajduje uzasadnienie przy interpretacji tekstów aktów prawnych, zaś postanowienia SIWZ, powinny być tłumaczone zgodnie z intencją zamawiającego, która znajduje uzasadnienie jedynie w świetle całokształtu treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, iż z postanowień SIWZ wynikał obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, realizujących przedmiot zamówienia, to z treści oferty Impel nie wynika, jaką Wykonawca ten przyjął formę zatrudnienia dla tychże osób, a tym bardziej nie sposób stwierdzić, że jest to podstawa inna niż umowa o pracę. W formularzu ofertowym Przystępujący potwierdził jedynie, iż spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące struktury zatrudnienia, przedstawiając tę strukturę z uwzględnieniem danych osobowych i zakresu realizowanych czynności (str. 55-56 oferty). Dodatkowo, na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, iż niniejsze zamówienie zamierza wykonać za pomocą pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, czyniąc jednocześnie wzmiankę, że taki obowiązek z treści SIWZ nie wynikał.

Przechodząc do oceny niniejszego stanu faktycznego w aspekcie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż Odwołujący oparł swój zarzut jedynie na tej podstawie, iż cena za miesięczną usługę sprzątnia powierzchni zewnętrznych zaproponowana przez Przystępującego jest mniejsza niż iloczyn liczby pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia i minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jakkolwiek brak definicji „rażąco niskiej ceny”, to w orzecznictwie przyjęto koncepcję, iż stwierdzenie tej okoliczności jest możliwe w oparciu o porównanie ceny netto spornej oferty z wartością szacunkową zamówienia lub z cenami innych ofert. Przyjęto również, iż ceny poszczególnych elementów kosztotwórczych

oferty nie stanowią podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaś w ogóle ten aspekt pominął. Jednakże, gdyby nawet przyjąć, iż koszty zatrudnienia pracowników, dla realizacji niniejszego zamówienia, stanowią istotną część w puli wszystkich kosztów, to również brak podstaw do twierdzenia, że koszty te są rażąco niskie. Zgodnie bowiem z kalkulacją przedstawioną przez Przystępującego na rozprawie, koszty zatrudnienia pracowników przyjęte przez Przystępującego są wyższe niż te, które Odwołujący w treści odwołania uznał za minimalne. Odwołujący wskazał bowiem, iż wynagrodzenie pracownika przyjęte dla celów właściwej kalkulacji oferty powinno kształtować się na poziomie 1513,63 zł, a jak wynika z przedstawionego wyliczenia Przystępujący przyjął je w wysokości 1639,36 zł, wskazując jednocześnie, że kwota w wysokości 1229,52 zł jest refundowana przez PFRON, bowiem stanowi wysokość dofinansowania wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności. Odwołujący wyliczenia tego nie zakwestionował. Wyraził jedynie swoją wątpliwość, co do wysokości dofinansowania. Jednakże, jak wynika z przepisu art. 26a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2008 r., Nr 14, poz. 92 ze zm.), wskazana przez Odwołującego kwota jest możliwa do uzyskania, bowiem zgodnie z powołanym przepisem, miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego przysługuje w kwocie 140% najniższego wynagrodzenia – w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności.

Skoro więc Odwołujący nie zakwestionował przedstawionego przez Przystępującego wyliczenia, ewentualnie nie podniósł, iż nie może być przyjęte z uwagi na fakt, iż przedmiotu zamówienia nie zdołają wykonać osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, to brak podstaw do przyjęcia przedmiotowej kalkulacji za niewiarygodną.

Zauważyć jednakże należy, iż jakkolwiek Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ z powodu zaproponowania mniejszej ilości pracowników w przeliczeniu na pełne etaty niż wynika to z minimalnych wymagań Zamawiającego i z tych przyczyn zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu, to okoliczność powyższa musi być wzięta przez Zamawiającego pod uwagę. Na marginesie wskazać należy, iż nie sposób pominąć, iż zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący są zgodni, że przy zachowaniu wymogów Zamawiającego, co do sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych, potrzebne jest zatrudnienie ponad 7 osób w przeliczeniu na pełne etaty. Okoliczność tę potwierdził na rozprawie Przystępujący, pośrednio również za pomocą przedstawionego wyliczenia. Skoro zaś oferta Przystępującego tego wymogu nie spełnia, okoliczność ta mimo, iż nie mogła być wzięta pod uwagę przez Izbę, to jednakże podlega weryfikacji przez Zamawiającego. Przystępujący przyznał bowiem, iż w ofercie popełnił błąd, stąd też Zamawiający na tym etapie

postępowania powinien rozważyć, czy błąd ten należy do kategorii omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Z zarzutem rażąco niskiej ceny Odwołujący związał zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, wskazując, iż realizacja zamówienia nastąpi poniżej kosztów i w sposób niezgodny z SIWZ. Jednakże, jak wynika z wcześniejszych rozważań wskazane przez Odwołującego okoliczności nie znalazły potwierdzenia.

Dodatkowo wskazać należy, że dla stwierdzenia, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji niezbędne jest określenie czynu w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Konieczne jest zatem odwołanie się do definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji, zawartej w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i wykazanie, iż czyn, na który wskazuje Odwołujący wypełnia znamiona czynu określonego w powoływanej ustawie. Zaś, Odwołujący tego nie uczynił.

Niezależnie od powyższego warto wskazać, iż nie każda sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 powoływanej ustawy, konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Z tych przyczyn zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp należy uznać za chybione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 186 ust. 6 lit. a ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....