

Sygn. akt: KIO 706/13
KIO 707/13

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"OLMAR" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne "ENPEX" Sp. z o.o., ul. Wichrowe Wzgórze 51, 80-293 Gdańsk**
- B. w dniu 27 marca 2013 r. przez wykonawcę **KOM-BIS Sp. z o.o., ul. Sucha 11, 80-531 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych - Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje:
 - 1.1. w zakresie zadania numer 3: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny „GOZETA” Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 35, 80-537 Gdańsk,
 - 1.2. w zakresie zadania numer 1 i 2: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KOM-BIS Sp. z o.o., ul. Sucha 11, 80-531 Gdańsk oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych - Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"OLMAR" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne "ENPEX" Sp. z o.o., ul. Wichrowe Wzgórze 51, 80-293 Gdańsk** i wykonawcę **KOM-BIS Sp. z o.o., ul. Sucha 11, 80-531 Gdańsk** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Gdańskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych - Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:
- A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **"OLMAR" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne "ENPEX" Sp. z o.o., ul. Wichrowe Wzgórze 51, 80-293 Gdańsk**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **KOM-BIS Sp. z o.o., ul. Sucha 11, 80-531 Gdańsk**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 706/13

KIO 707/13

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*wykonywanie usługi zapewnienia czystości i porządku w budynkach stanowiących własność Gminy Miasta Gdańsk, a także na innych terenach, obiektach i urządzeniach będących pod zarządem Zamawiającego w okresie 01.04.2013 r.-31.03.2014 r.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2013 r. pod numerem 2013/S 030-047229.

Sygn. akt: KIO 706/13

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 3 i zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakład Usługowo-Produkcyjny „Gozeta” sp. z o.o. (dalej „Gozeta”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- a) art. 7 ust. 1 przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 przez zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca „Gozeta” podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- c) art. 24 ust. 4 przez jego niezastosowanie pomimo wystąpienia przesłanek ku temu,
- d) art. 91 ust.1 przez wybranie oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy „Gozeta” w zadaniu numer 3, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach wskazanego zadania i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że jednym z warunków udziału w postępowaniu w zadaniu numer 3 był obowiązek wykazania się przez wykonawcę, że dysponuje potencjałem osobowym w składzie: 1 osoba na stanowisku kierowniczym, 30 osób na stanowisku sprzątaczy, 4 osoby na stanowisku kierowcy, 1 osoba na stanowisku operatora ładowarki.

Na potwierdzenie spełnianie przedmiotowego warunku, jak wskazał Odwołujący, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W wykazie osób, na co zwrócił uwagę Odwołujący, Zamawiający wymagał podania dla każdej osoby m.in. rodzaju posiadanych uprawnień. W przypadku operatora ładowarki dokumentem upoważniającym do obsługi maszyny jest świadectwo dokumentujące pozytywne zdanie egzaminu oraz wpis do książeczki operatora. Zgodnie z § 23 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20 września 2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. z 2001r., Nr 118, poz. 1263) maszyny robocze, o których mowa w załączniku nr 1 do rozporządzenia, mogą być obsługiwane wyłącznie przez osoby, które ukończyły szkolenie i uzyskały pozytywny wynik sprawdzianu przeprowadzonego przez komisję powołaną przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego w Warszawie. W załączniku nr 1 do wskazanego rozporządzenia w Grupie I – „*Maszyny do robót ziemnych*” wymienione są poszczególne maszyny z podziałem na trzy klasy. Dla każdej z maszyn wymagane jest uzyskanie oddzielnych uprawnień. Stopień szczegółowości podziału maszyn do robót ziemnych jest znaczny, przykładowo inne uprawnienia obowiązują do obsługi koparkoładowarki, inne dla koparkospycharki, a jeszcze inne dla ładowarki czy koparki jednonaczyniowej. Ładowarki wymienione zostały w pozycji 10 tabeli jako oddzielna grupa maszyn.

Odwołujący podniósł, że wykonawca „Gozeta”, składając w swojej ofercie wykaz osób, nie wpisał rodzaju uprawnień, jakie posiada osoba przewidziana na stanowisko operatora ładowarki. Z tego względu Zamawiający pismem z dnia 12.03.2013 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób z jednoznacznym potwierdzeniem, że Dariusz Dajda posiada uprawnienia operatora ładowarki, wymagane postanowieniami SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca „Gozeta” zaniechał uzupełnienia wykazu osób, do czego był wzywany. Złożone zostały jedynie kopie uprawnień wymienionej w wykazie osoby, które nie potwierdziły posiadania wymaganych przez Zamawiającego uprawnień, tj. uprawnień do obsługi ładowarki. Złożone przez wykonawcę kopie świadectw potwierdzają posiadanie uprawnień do obsługi koparkoładowarek wszystkich typów oraz koparek jednonaczyniowych do 0,8 m³. Dokumenty te nie potwierdzają natomiast uprawnień do obsługi ładowarek jakiegokolwiek typu. W związku z powyższym złożone przez wykonawcę oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu jest fałszywe. W ofercie nadal brakuje oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Uzupełnione przez wykonawcę

oświadczenie dotyczy operatora koparki. Osoba o tego typu uprawnieniach nie była wymagana w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający wyczerpał możliwości sanacji oferty firmy „Gozeta”. Wezwanie do uzupełnienia wykazu osób i oświadczenia o posiadaniu uprawnień zostało wystosowane zasadnie, wyznaczony termin na uzupełnienie był wystarczający. Wykonawca nie wykonał jednak żądania Zamawiającego, będącego w istocie powtórzeniem zapisów SIWZ. W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający zobowiązany był wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu, a jego ofertę uznać za odrzuconą. Pogląd o jednokrotnej możliwości uzupełnienia jednego dokumentu, jak wskazał Odwołujący, utrwalony jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba w tej sprawie wypowiedziała się m.in. w wyrokach o sygn. Akt. KIO 1377/11, KIO 809/11, KIO 759/11, KIO 637/11. Tezę tę potwierdził I Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 r. (sygn. akt. V CA 806/06).

Odrębną przesłanką obligującą Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy „Gozeta” z postępowania, zdaniem Odwołującego, było złożenie przez niego fałszywego oświadczenia, o czym była mowa powyżej, a które to oświadczenie miało wpływ na wynik postępowania. Podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. ustawy Pzp, jest to bowiem samoistna przesłanka wykluczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części 7.1 SIWZ Zamawiający wskazał m.in., że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 7.1.3 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający ustalił, że warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uzna za spełniony, w zakresie zadania numer 3, jeśli wykonawca wykaże, że posiada zespół, w skład którego wchodzi: „1 osoba na stanowisku kierowniczym, 30 osób na stanowisku sprzętaczy, 4 osoby na stanowisku kierowcy, 1 osoba na stanowisku operatora ładowarki” (pkt 7.2.4 lit. c). Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że „operatorzy ładowarek muszą mieć ukończone szkolenie na operatora ładowarki, zgodnie z art. 23 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20.09.2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. Nr 118, poz. 1263)”.

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani zostali do załączenia do oferty następujących dokumentów:

1. „<<Potencjał kadrowy>> – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. (...)

2. *Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia” (pkt 8.1.5 SIWZ).*

Wykonawca „Gozeta” załączył do swojej oferty dokument pn.: *„Potencjał kadrowy”* (str. 16), z którego wynika, że na stanowisko operatora ładowarki zaproponował m.in. D..... D....., który jak wskazał wykonawca, posiada uprawnienia, nie określił jednakże jakiego rodzaju są to uprawnienia.

Pismem z dnia 12.03.2013 r. Zamawiający wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcę „Gozeta” do uzupełnienia dokumentu *„Potencjał kadrowy”* przez wskazanie 1. osoby na stanowisku operatora ładowarki, posiadającej ukończone szkolenie na operatora ładowarki. W uzasadnieniu przedmiotowego wezwania Zamawiający wskazał, że *„wykonawca w druku Potencjał Kadrowy wykazał na stanowisku operatora ładowarki Pana D..... D..... i określił, że ma „uprawnienia”. Jest to określenie niejednoznaczne ponieważ nie określa, czy ta osoba posiada ukończone szkolenie na operatora ładowarki, zgodnie z art. 23 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20.09.2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. Nr 118, poz. 1263)”. Nadto, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczenia, że osoba, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na stanowisku operatora ładowarki posiada wymagane uprawnienia.*

W odpowiedzi (pismo z dnia 14.03.2013 r.) wykonawca „Gozeta” przedłożył oświadczenie, że *„operator koparki, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia posiada wymagane uprawnienia dla operatora koparki, zgodnie z art. 23 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20.09.2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. Nr 118, poz. 1263)”. Wykonawca ten załączył również świadectwa dla D..... D..... potwierdzające, że wskazana osoba „uzyskała na podstawie § 23 i § 26.1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 20.09.2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. Nr 118, poz. 1263) pozytywny wynik*

sprawdzianu na uprawnienia operatora koparkoładowarki wszystkich typów oraz koparki jednonaczyniowej do 0,8 m³". Świadectwa odpowiednio z dnia 22.02.2005 r. oraz z dnia 25.03.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis § 23 powoływanego rozporządzenia stanowi, że maszyny robocze, o których mowa w załączniku nr 1 do rozporządzenia, mogą być obsługiwane wyłącznie przez osoby, które ukończyły szkolenie i uzyskały pozytywny wynik sprawdzianu przeprowadzonego przez komisję powołaną przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego w Warszawie. Załącznik obejmuje cztery grupy maszyn i urządzeń technicznych, według następującej klasyfikacji: grupa I. Maszyny do robót ziemnych, grupa II. Maszyny do robót drogowych, grupa III. Maszyny do transportu pionowego, grupa IV. Maszyny różne i inne urządzenia techniczne. W grupie I. w odrębnych pozycjach ujęte zostały koparki jednonaczyniowe, koparki wielonaczyniowe, koparki drenarskie, koparki wielonaczyniowe łańcuchowe, koparkoładowarki i ładowarki jednonaczyniowe. W grupie II. W odniesieniu do zespołów maszyn do produkcji mieszanek betonowych ustawodawca uczynił zastrzeżenie, że kwalifikacje operatora w tej specjalności upoważniają do obsługi betoniarek (grupa IV. lp. 8).

Jednocześnie zgodnie z § 26 rzeczzonego rozporządzenia osoba, która uzyskała pozytywny wynik sprawdzianu, o którym mowa w § 23, otrzymuje świadectwo oraz uzyskuje wpis do książki operatora. Wzór książki operatora zawiera załącznik nr 2 do rozporządzenia. We wspomnianym wzorze zawarta jest adnotacja, że *„posiadacz książki operatora może samodzielnie wykonywać prace związane z obsługą maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych budowlanych i drogowych, w zakresie zgodnym z udokumentowanymi wpisami do niniejszego dokumentu.”* Wpisu dokonuje się z uwzględnieniem rodzaju maszyny, wielkości i klasy.

W ocenie Izby, w świetle powołanych przepisów wymóg uzyskania uprawnień do obsługi maszyn i urządzeń, wymienionych w załączniku nr 1, dotyczy każdej z maszyn i urządzeń odrębnie. Przesądził o tym ustawodawca stanowiąc, że ukończenie szkolenia i uzyskanie pozytywnego wyniku egzaminu dotyczy wszystkich urządzeń, które zostały wyspecyfikowane w załączniku nr 1, nie czyniąc zastrzeżenia, że posiadanie określonych uprawnień dotyczących konkretnej maszyny upoważnia również do obsługi innej maszyny. Wyjątek stanowi jedynie posiadanie uprawnienia do obsługi zespołów maszyn do produkcji mieszanek betonowych, gdzie ustawodawca wprost wskazał, że z uzyskaniem przedmiotowego uprawnienia wiąże się również możliwość obsługi betoniarek, bez

konieczności uzyskania odrębnego uprawnienia. Skoro więc ustawodawca nie uczynił w odniesieniu do innych maszyn i urządzeń tego rodzaju zastrzeżenia, że posiadanie uprawnień do obsługi określonej maszyny upoważnia również do obsługi innego rodzaju maszyn, to przyjmując racjonalność ustawodawcy, nie sposób dojść do przekonania, że uprawnienia do obsługi koparkoładowarki dają możliwość obsługi również ładowarki. Dodatkowo, nie należy zapominać, że w ramach grupy I. wskazane urządzenia zostały wymienione w odrębnych pozycjach, z uwzględnieniem jednostki charakteryzującej maszynę i klasy określonej w świadectwie. To wskazuje na intencję ustawodawcy, że uprawnienia dotyczą nie tylko konkretnego rodzaju maszyny, ale również innych jej cech, a to z kolei oznacza, że dokonywanie interpretacji zakresu uprawnień nie znajduje podstaw.

Zatem, za nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, że budowa i przeznaczenie koparkoładowarki przesądza, iż maszyna ta spełnia również funkcję ładowarki a tym samym uprawnienia do obsługi koparkoładowarki są wystarczające również do obsługi ładowarki. Gdyby pójść tokiem rozumowania Zamawiającego należałoby przyjąć, że uzyskanie uprawnień na dowolny rodzaj koparki upoważnia do obsługi wszystkich rodzajów koparek. Jednakże wyspecyfikowanie w załączniku nr 1 czterech rodzajów koparek wyraźnie wskazuje, że możliwość obsługi każdego rodzaju koparki łączy się z uzyskaniem odrębnych uprawnień dla każdego rodzaju. Gdyby bowiem miało być inaczej ustawodawca nie dokonałby tego podziału, bo nie ulega wątpliwości, że funkcja koparek jest tożsama.

Nadto, analiza wzoru książki operatora uzasadnia prezentowane stanowisko, bowiem potwierdzenie odbycia szkolenia i uzyskanie pozytywnego wyniku sprawdzianu dotyczy danego rodzaju maszyny a nie określonej grupy maszyn.

Należy również zwrócić uwagę, że przedłożone przez wykonawcę „Gozeta” świadectwa zostały wystawione odrębnie dla koparkoładowarki i koparki naczyniowej, pomimo że dotyczą tej samej osoby. Biorąc zaś pod uwagę, że świadectwo, potwierdzające uzyskanie pozytywnego wyniku sprawdzianu na uprawnienia operatora koparkoładowarki zostało wystawione wcześniej niż to, które dotyczy uprawnień operatora koparki jednonaczyniowej nie ulega wątpliwości, iż mimo posiadania uprawnień do obsługi koparkoładowarki konieczne było uzyskanie odrębnych uprawnień do obsługi koparki jednonaczyniowej, choć koparkoładowarka spełnia również funkcje koparki.

Na marginesie należy zauważyć, że Izba w wyroku z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10 nie rozważała kwestii prawidłowości uprawnień operatora ładowarki w aspekcie będącym przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia. Stąd też powoływanie się na przedmiotowe orzeczenie nie znajduje podstaw.

Zauważyć również należy, że niezależnie od oceny uprawnień dokonanych w oparciu o przedstawione przez wykonawcę „Gozeta” świadectwa i stwierdzenia, że nie są one odpowiednie w świetle wymagań wynikających z SIWZ, to nie można również pominąć, iż oświadczenie, złożone przez wykonawcę „Gozeta” o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osobę zaproponowaną na stanowisko operatora ładowarki nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dotyczy bowiem posiadania uprawnień operatora koparki a nie ładowarki.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca „Gozeta” nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 1. osobą na stanowisku operatora ładowarki, posiadającą uprawnienia wymagane przez przepisy prawa. Zakres uprawnień osoby wskazanej na to stanowisko nie obejmuje bowiem upoważnienia do obsługi ładowarki. Oświadczenie wykonawcy „Gozeta” wprost odnosi się do uprawnień operatora koparki, zaś świadectwa dotyczą koparkoładowarki i koparki jednonaczyniowej. Jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca „Gozeta” został w powołanym zakresie wezwany, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, brak możliwości zastosowania po raz kolejny procedury uzupełnienia, która ma charakter wyjątkowy i nie może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający zobowiązany jest podejmować działania w interesie wykonawcy dopóty, dopóki nie potwierdzi swojej zdolności do realizacji danego zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy uzupełniony winien być dokument „*Potencjał kadrowy*”. Wykonawca „Gozeta” pierwotnie wskazał na posiadanie przez osobę proponowaną na stanowisko operatora ładowarki uprawnień nie określając ich rodzaju i to w istocie było niewystarczającego w świetle wymagań postawionych w SIWZ. Jednakże to oświadczenie zostało uzupełnione wraz z przedłożeniem, na wezwanie Zamawiającego, świadectw potwierdzających posiadanie uprawnień operatora określonych rodzajów maszyn. Przedmiotowe uzupełnienie dawało podstawę do stwierdzenia rodzaju i zakresu posiadanych uprawnień, a więc prowadziło do uzyskania przez Zamawiającego wymaganych informacji i umożliwiało dokonanie oceny. Brak zaś zmiany na tym stanowisku powoduje, że brak konieczności uzupełnienia dokumentu „*Potencjał kadrowy*”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy „Gozeta” z niniejszego postępowania wobec niespełnienia przez tegoż wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Zatem, zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4

ustawy Pzp znalazły potwierdzenie. W konsekwencji za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca „Gozeta” nie potwierdził bowiem posiadania przez D..... D..... uprawnień operatora ładowarki. Złożył natomiast oświadczenie w przedmiocie posiadania innych uprawnień, które jest prawdziwe. Zaś, pouczenia zawartego w dokumencie „*Potencjał kadrowy*” nie można przenosić na treść złożonego oświadczenia, które dotyczy uprawnień bez wskazania na konkretne uprawnienia.

Za chybiony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem brak podstaw do stwierdzenia, że przy wyborze oferty Zamawiający kierował się innymi kryteriami niż te, które zostały określone w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Sygn. akt: KIO 707/13

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 1 i 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 7 ust. 1 przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 4 przez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo braku przesłanek ku temu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu 1 i 2, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 1 i 2, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2 spośród ważnych ofert.

Odwołujący podniósł, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w związku z podejrzeniem złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w dniu 15.03.2013 r. udzielił wyczerpujących wyjaśnień, dotyczących szczególnych okoliczności, które umożliwiły mu złożenie oferty z ceną niższą niż konkurencyjne firmy. Wyjaśnienia poparte zostały dokładnymi kalkulacjami kosztów.

Pomimo rzeczonych wyjaśnień Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego podjęta została w oparciu o fałszywe przesłanki, tj. o przekonanie, że wszystkie osoby, które wykonywać będą niniejsze zamówienie zatrudnione będą w oparciu o przepisy ustawy kodeks pracy. Jak wskazał Odwołujący, przeświadczenie takie wywiódł Zamawiający z dwóch okoliczności: ze złożonego w ofercie oświadczenia przyszłych pracowników o zobowiązaniu się do podjęcia zatrudnienia oraz z kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w której Odwołujący kilkakrotnie posłużył się określeniem „*etaf*” w celu opisanego czasu wykonywania poszczególnych czynności.

Zdaniem Zamawiającego, z powyższych okoliczności jednoznacznie wynika, że wyszczególnione osoby będą zatrudnione zgodnie z przepisami ustawy kodeks pracy, czyli na podstawie umów o pracę. Odwołujący nie zgadza się z tak daleko idącą nadinterpretacją udzielonych wyjaśnień i treści dokumentów złożonych w ofercie. Odwołujący wskazuje, że w kodeksie pracy ani razu nie pojawia się definicja „*etatu*”. Nie jest zatem zasadnym twierdzenie, że użycie tego określenia w udzielonych wyjaśnieniach przesądza o zamiarze zastosowania przepisów kodeksu pracy. Słowo „*etatu*” używane jest powszechnie jako wskaźnik wymiaru czasu pracy, oznaczający wykonywanie pracy lub świadczenie usług 8 h dziennie, 5 dni w tygodniu. Osoba realizująca umowę zlecenie w wymiarze 40 h z całą pewnością twierdzić będzie, że „*pracuje na pełny etaf*”.

Druga z przesłanek, która legła u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zdaniem Odwołującego, również nie może się ostać. Zamawiający uznał bowiem, że złożenie oświadczenia przez osoby trzecie, nie będące wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp, o zobowiązaniu się „*do podjęcia zatrudnienia*” może uzasadnić decyzję o odrzuceniu oferty ze względu na zaniżenie wynagrodzeń za pracę. Odnosząc się do przedmiotowego stanowiska Odwołujący wskazuje, że w toku badania treści oferty Zamawiający nie może się opierać na oświadczeniach, które nie były wymagane w ofercie i które zostały złożone przez podmioty nie będące wykonawcą. O sposobie zatrudnienia przyszłych pracowników decyduje wykonawca i wyłącznie jego oświadczenia są w tym zakresie wiążące. Tymczasem ani w ofercie ani w udzielonych wyjaśnieniach, Odwołujący nie stwierdził, że przy realizacji

zamówienia zamierza zatrudniać wszystkie osoby w oparciu o przepisy kodeksu pracy.

Po wtóre, po raz kolejny Zamawiający zawężając znaczenie jednego wybranego słowa wyciąga wnioski, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że w powszechnym użyciu w języku polskim funkcjonują określenia takie jak „*zatrudnienie na podstawie umowy cywilno-prawnej*”, „*samo zatrudnienie*”, „*rodzaj zatrudnienia*”. Oznacza to, że interpretacja słowa „*zatrudnienie*” jest dużo szersza niż ta zakreślona w kodeksie pracy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również spotkać się można z potocznym, szerokim używaniem słowa „*zatrudnienie*”, np. w wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08. Izba użyła sformułowania: „*ze względu na zatrudnienie na podstawie umowy innej niż umowa o pracę*”. O znaczeniu słowa „*zatrudnienie*” wypowiedziała się również Izba w wyroku z dnia 18 sierpnia 2010 r. Sygn. akt KIO 1663/10.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, zamiar wypłaty wynagrodzeń niższych niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę nie może stać u podstaw uznania oferty za zawierającą rażąco niską cenę. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żaden przepis prawa ani SIWZ nie ogranicza wykonawcy możliwości zatrudniania osób do wykonania zamówienia na podstawie umów cywilnoprawnych lub w oparciu o działalność gospodarczą pracowników, dla których przepisy regulujące minimalne wynagrodzenie za pracę nie mają zastosowania. Zamiar tego typu rozliczeń wynika również z przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji, w której nie uwzględniono, (co zauważył sam Zamawiający), składek społecznych od wynagrodzeń pracowników.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonuje obecnie przedmiotową usługę u Zamawiającego za cenę nieznacznie wyższą niż zaoferowana w obecnej ofercie. Odwołujący jest zatem najlepiej poinformowanym podmiotem w zakresie realnych kosztów świadczenia usług porządkowych dla Zamawiającego. Wiedza ta bezsprzecznie przekłada się na uzyskanie przewagi konkurencyjnej i umożliwia złożenie oferty z niższą ceną. W poprzednim zamówieniu Zamawiający przewidywał wywóz nieczystości nietypowych i odpadów budowlanych dla zadania nr 1 w ilości 10.000 m³ rocznie, co odpowiada ok. 300 tonom. Przy tych założeniach w ubiegłorocznej kalkulacji ceny usługi przewidziano ok. 5.000,00 zł miesięcznie za wywóz tych odpadów. W obecnie prowadzonym postępowaniu przewidziano już zaledwie 16 ton odpadów rocznie, których koszt wywozu wyniesie ok. 1.500,00 zł miesięcznie. Już samo zmniejszenie ilości odpadów pozwala więc wygenerować ok. 40.000,00 zł oszczędności netto w skali roku.

Odwołujący zwraca uwagę, iż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą, przy ocenie tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia, nie zaś poszczególnych składników ceny. Wielokrotnie wyraz temu dawała Krajowa Izba Odwoławcza, np. wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 123/08, wyrok

z dnia 17.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 260/08, wyrok z dnia 22.10.2010 r., sygn. akt KIO 2179/10, wyrok SO w Katowicach sygn. akt XIX Ga 175/10.

Jak podaje Odwołujący, Zespoły Arbitrów i Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadały się również wielokrotnie w zakresie możliwości oferowania przez wykonawców cen na poziomie niezapewniającym wypłaty pracownikom wynagrodzenia określonego przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, np. sygn. akt KIO/UZP 68/07, KIO/UZP 351/08, KIO/UZP 131/09.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, aby zachodziły przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w stosunku do oferty Odwołującego. Udzielone wyjaśnienia nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty skupiono się jedynie na odniesieniu jednego ze składników ceny do wysokości płacy minimalnej obowiązującej w 2013 r.

Nietrafionym jest zarzut zaniżenia kosztów ogólnych. Zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych wymogów określających wysokość tych kosztów. Odwołujący, jako obecny wykonawca przedmiotowej usługi, posiada najlepszą wiedzę dotyczącą kosztów ogólnych wykonywanej usługi. Arbitralne stwierdzenie przez Zamawiającego, że zostały one obliczone na zbyt niskim poziomie nie może stać u podstaw uznania oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w treści SIWZ nie postawił wymogu zatrudniania pracowników w oparciu o przepisy kodeksu pracy. Odwołujący ani w treści oferty ani w wyjaśnieniach nie zakładał realizacji przedmiotowego zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie kodeksu pracy. Zdaniem Odwołującego, treść udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie została przez Zamawiającego uwzględniona w procesie badania i oceny ofert. Skupiono się jedynie na próbie wykazania, że oferta wraz z wyjaśnieniami zakładają zatrudnienie wszystkich osób na podstawie kodeksu pracy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Z protokołu postępowania wynika, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 4.104.987,80 zł. Nie wyartykułowano zaś szacunku w odniesieniu do poszczególnych zadań. Jednocześnie przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż na sfinansowanie poszczególnych zadań przeznaczył następujące kwoty: zadanie nr 1 – 776.775,90 zł, zadanie nr 2 – 731.817,11 zł, zadanie nr 3 – 642.544,89 zł (protokół postępowania - druk ZP-PN pkt 8).

W zakresie zadania nr 1 złożono 3 oferty z następującymi cenami: 1.149.624,28 zł,

560.090,15 zł (Odwołujący), 736.059,96 zł. Na wykonanie zadania nr 2 złożono 4 oferty, a ich ceny kształtowały się następująco: 1.092.699,87 zł, 637.274,83 zł, 791.715,31 zł, 545.638,57 zł (Odwołujący), 783.214,61 zł (protokół postępowania - druk ZP-PN pkt 9).

W dokumencie „*Potencjał kadrowy*”, załączonym do oferty Odwołującego (str. 111) wskazano, że w ramach zadania nr 1 na umowę o pracę zatrudniona będzie tylko jedna osoba na stanowisku kierowniczym, zaś w ramach zadania nr 2 Odwołujący wskazał, że zamierza zatrudnić na podstawie umowy o pracę trzech kierowców. Pozostałe osoby, wymagane do realizacji poszczególnych zadań pozostają w dyspozycji Odwołującego na postawie dokumentu „*Zobowiązanie*”. W treści przedłożonych dokumentów znalazł się zapis: „*Ja niżej podpisany zobowiązuję się do podjęcia zatrudnienia na stanowisku (...) w Państwa firmie w ramach usługi zapewnienia czystości i porządku w budynkach stanowiących własność Gminy Miasta Gdańsk, a także na innych terenach, obiektach i urządzeniach będących pod zarządem Zamawiającego w okresie 01.04.2013 r. do 31.03.2014 r.*”

Pismem z dnia 12.03.2013 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego „*o szczegółowe przedstawienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na zadaniu 1 i zadaniu 2.*”

W odpowiedzi (pismo z dnia 15.03.2013 r.) Odwołujący podał m.in., że „*(...) Zamawiający w warunkach SIWZ nie precyzuje formy i wymiaru czasu pracy w jakim mają być zatrudnione w/w osoby. Zatrudnienie niezbędnej ilości pracowników 40 osób na Zadanie 1 i 40 osób na Zadanie 2 do wykonania prac w różnym wymiarze czasu pracy jest uzasadnione, gdyż uzupełniając prace zostaną wykonane mechanicznie przy użyciu sprzętu (...). Prace, które są niemożliwe do wykonania mechanicznie wykonamy uzupełniająco ręcznie przez zatrudnionych pracowników (...).*” Jednocześnie Odwołujący dołączył kalkulację wynagrodzeń „*dla pracowników do wykonywania prac*” w ujęciu miesięcznym, z podziałem na poszczególne zadania. Globalnie przedmiotowe koszty dla zadania nr 1 wynosiły 29.669,00 zł netto, zaś dla zadania nr 2 29.565,00 zł netto dla 40 osób. Zaś, wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „Clean-Bud” sp.j. dla zadania nr 2 koszty wynagrodzenia dla 40 osób oszacował na poziomie 24.528,00 zł. Obaj wykonawcy przyjęli różny wymiar czasu pracy poszczególnych osób. Odwołujący czas wykonywania prac przez poszczególnych pracowników odniósł do etatu. W kalkulacji cenowej realizacji poszczególnych zadań Odwołujący uwzględnił „*inne nieprzewidziane koszty, materiały pomocnicze, częściowe remonty, materiały, amortyzację pozostałego sprzętu*” na poziomie 3.481,93 zł netto dla zadania nr 1 i 3.363,24 zł netto dla zadania nr 2.

Pismem z dnia 18.03.2013 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, złożonej na wykonanie zadań nr 1 i 2, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że „w ofercie Wykonawca przedstawił na zadaniu 1 i 2 pisemne zobowiązania osób mających realizować zamówienie z których wynika, iż wykazane osoby zobowiązują się do podjęcia zatrudnienia na stanowisku sprzątacza w firmie KOM BIS Sp. z o.o. Jednocześnie „w kalkulacji wynagrodzenia dla pracowników do wykonania prac” określił czas zatrudnienia jako część etatów. Z powyższego jednoznacznie wynika, że wyszczególnione osoby będą zatrudnione zgodnie z przepisami ustawy „Kodeks pracy” czyli na podstawie umów o pracę, co oznacza, że w „kalkulacji wynagrodzenia dla pracowników do wykonania prac” wynagrodzenie winno być wyliczone proporcjonalnie do etatu i co najmniej minimalnego obowiązującego wynagrodzenia pracownika. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14.09.2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2013 r., minimalne wynagrodzenie wynosi 1 600,00 zł. Jest to najniższe wynagrodzenie, jakie można zapłacić pracownikowi zatrudnionemu na umowie o pracę na cały etat. Po szczegółowej analizie przedstawionej przez wykonawcę kalkulacji wynagrodzenia pracowników stwierdzono, iż wykazani pracownicy na stanowisku sprzątaczy mają zaniżone wynagrodzenie w stosunku do obowiązujących przepisów ponieważ: w przedłożonej kalkulacji dla zadania 1 i 2:

- pkt 6 sprzątaczy 5 osób na 1 etat – 5 500,00 zł, co oznacza, że wynagrodzenie na 1 etat wynosi 1100 zł czyli jest niższe od najniższego, które wynosi 1 600,00 zł
- pkt 7 sprzątaczy 5 osób na $\frac{3}{4}$ etatu – 4 125,00 zł, co oznacza, że wynagrodzenie na $\frac{3}{4}$ etatu wynosi 825 zł, czyli jest niższe od najniższego, które wynosi 1 200,00 zł
- pkt 8 sprzątaczy 23 osób na $\frac{1}{2}$ etatu – 12 650,00 zł, co oznacza, że wynagrodzenie na $\frac{1}{2}$ etatu wynosi 550 zł, czyli jest niższe od najniższego, które wynosi 800,00 zł
- pkt 9 sprzątaczy 7 osób na $\frac{1}{4}$ etatu – 1 925,00 zł, co oznacza, że wynagrodzenie na $\frac{1}{4}$ etatu wynosi 275 zł, czyli jest niższe od najniższego, które wynosi 400,00 zł.

Wykonawca w kalkulacji również nie uwzględnił w żadnej z pozycji kosztów dotyczących ubezpieczenia społecznego wykazanych osób w wysokości minimum 18%. Pracodawca ma obowiązek naliczenia składek na ubezpieczenie społeczne, które stanowią koszt pracodawcy i wykonawca musi je uwzględnić w kalkulacji.

Ponadto w pozycji „Inne nieprzewidziane koszty” obejmującej także koszty ogólne:

- dla zadania 1 wynoszą 3 481,91 co stanowi 0,67% wartości oferty
- dla zadania 2 wynoszą 3 363,24 co stanowi 0,67% oferty co oznacza, że koszty ogólne są zaniżone.

Wobec powyższego, przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia gdyż, wykonawca nie jest w stanie pokryć wszelkich kosztów związanych z realizacją całości zamówienia za kwotę

określoną w ofercie.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że osoby wskazane przez Odwołującego do realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W ocenie Izby, wiodące znaczenie dla dokonania oceny w tym przedmiocie ma treść dokumentu „*Potencjał kadrowy*”, w którym określając podstawę dysponowania Odwołujący wskazał bądź umowę o pracę bądź zobowiązanie. Powyższe rozróżnienie, które Zamawiający pomija, pozwala na przyjęcie, że Odwołujący jedynie w niewielkim zakresie będzie korzystał z własnych zasobów osobowych (zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), natomiast w przeważającej mierze przy realizacji niniejszego zamówienia posłuży się zasobami podmiotu trzeciego (zobowiązanie). Biorąc zaś pod uwagę istotę instytucji udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego zauważyć należy, iż zobowiązanie przedstawia się w sytuacji, w której wykonawca nie dysponuje własnym potencjałem, ale będzie nim dysponował, uzyskując wsparcie od podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp). Występujące rozróżnienie pomiędzy potencjałem własnym wykonawcy a podmiotu trzeciego powoduje, że potencjał udostępniony przynależy do podmiotu trzeciego, również w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby bowiem było tak, jak chce tego Zamawiający, że użycie terminu „pracownik”, „etat”, „zatrudnienie” w sposób jednoznaczny świadczy o zatrudnieniu określonych osób na podstawie o pracę to idąc tokiem rozumowania Odwołującego, wskazałby on tę formę zatrudnienia w dokumencie „*Potencjał kadrowy*”. Skoro zaś w treści rzeczzonego dokumentu znajduje się odwołanie do zobowiązania, z którym wyraźnie łączony jest potencjał podmiotu trzeciego, za nieusprawiedliwione należy uznać stanowisko, iż ten potencjał będzie stanowił jednak zasób własny Odwołującego.

W ocenie Izby, z oświadczenia zawartego w dokumencie „*Potencjał kadrowy*” w sposób nie budzący wątpliwości, którymi osobami Odwołujący dysponuje bezpośrednio (umowa o pracę), bowiem stanowią jego potencjał, a co do których prawo do dysponowania ma swoje źródło w jakimś innym zdarzeniu prawnym, kreującym zobowiązanie do udostępnienia potencjału, który przynależy do innego wykonawcy.

Zdaniem Izby, bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje treść dokumentu „*Zobowiązanie*”, w którym odnajdujemy frazę „*zobowiązuję się do podjęcia zatrudnienia*”. Zamawiający pomija bowiem, że rzeczzone zobowiązanie odnosi się do konkretnej usługi, a to z kolei wskazuje, że Odwołującego łączyć będzie z poszczególnymi osobami umowa cywilnoprawna.

Wyjaśnienia, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które stanowią rozwinięcie

oświadczenia zawartego w ofercie winny pozostawać w korelacji z treścią oferty. Skoro zaś Zamawiający oświadczeń złożonych w dokumencie „*Potencjał kadrowy*” nie zakwestionował to należy przyjąć, że Odwołujący w wyjaśnieniach w sposób potoczny posługuje się pojęciem „*zatrudnienia*” i „*pracownika*”. Jakkolwiek świadczy to o braku precyzji językowej po stronie Odwołującego, to za nieuprawnione należy uznać przypisywanie znaczenia powołanym terminom, które wywodzi się z kodeksu pracy.

W ocenie Izby, stanowiska Zamawiającego nie potwierdza również treść wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego. Jakkolwiek w kalkulacji wynagrodzenia osób realizujących zamówienie Odwołujący posługuje się zwrotami „*pracownik*” i „*etał*” to jednak Odwołujący wyraźnie stwierdza, że Zamawiający nie wskazał, w jakiej formie wykonawca ma zatrudniać poszczególne osoby i w jakim wymiarze czasu. Tego rodzaju wyjaśnienie, w świetle doświadczenia życiowego, winno być tłumaczone jako podkreślenie braku obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Reasumując, skoro wola zatrudnienia poszczególnych osób na podstawie umowy o pracę jasno została wyartykułowana przez Odwołującego w dokumencie „*Potencjał kadrowy*”, obejmując jedynie część zespołu niezbędnego do realizacji niniejszego zamówienia, a w odniesieniu do pozostałej części wskazano na inny stosunek prawny, to pomijanie tego rozróżnienia jest niedozwolone. Prowadzi bowiem do zniekształcenia treści złożonego oświadczenia woli. Za nieprawidłową należy również uznać praktykę przypisywania pierwszorzędnej roli wyjaśnieniom w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomijając treść oświadczeń zawartych w ofercie. Oczywistym jest bowiem, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli, zawartego w ofercie. Wyjaśnienia dotyczą bowiem treści oferty a nie odwrotnie (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Jeśli idzie o koszty zatrudnienia to Zamawiający zakwestionował jedynie wysokość wynagrodzenia sprzątaczy z tej przyczyny, że nie odpowiada wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2013. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji kosztów ubezpieczeń społecznych obciążających pracodawcę. Powyższą argumentację należy uznać jednak za chybioną, gdyż jak wynika z dokumentu „*Potencjał kadrowy*” Odwołujący nie przewidział zatrudnienia wskazanych osób na podstawie umowy o pracę.

Nadto, w ocenie Izby, dopóki Zamawiający nie zakwestionuje możliwości wykonywania poszczególnych czynności przez osoby, które nie pozostają z wykonawcą w stosunku pracy, dopóty argumentacja o hipotetycznej możliwości kwalifikacji łączącej strony umowy jako umowy o pracę jest nieskuteczna.

Okoliczność, że Odwołujący realizując wcześniejsze zamówienie został obciążony karami umownymi również nie może mieć znaczenia w niniejszej sprawie. Kara umowna stanowi bowiem sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, nie pozostając w bezpośredniej korelacji z wyceną zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że pozycja „*Inne koszty*” została błędnie skalkulowana stwierdzić należy, że brak podstaw do takiego twierdzenia. Nie wiadomo bowiem na jakiej podstawie Zamawiający twierdzi, że wysokość rzeczonych kosztów na poziomie 0,67% wartości oferty jest zaniżona. W ocenie Izby, nie ma żadnego stałego wskaźnika, według którego należy ustalać ich wysokość. Wysokość tych kosztów będzie uzależniona nie tylko od poziomu tego rodzaju kosztów u danego przedsiębiorcy, ale również od ilości inwestycji, którą obciążają. Zatem, twierdzenie Zamawiającego, że „*inne koszty*” skalkulowane przez Odwołującego nie obejmują określonego rodzaju kosztów musi mieć oparcie w konkretnych danych i wyliczeniu. Zaś posługiwanie się argumentacją na dużym poziomie ogólności, bez odniesienia do warunków konkretnego wykonawcy, nie może przynieść oczekiwanego skutku.

Reasumując stwierdzić należy, że skoro brak podstaw do przyjęcia, że realizację zamówienia Odwołujący powierzy jedynie osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę to tym samym stanowisko Zamawiającego o konieczności uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty kosztów najniższego wynagrodzenia i wynikających z tego obciążeń dla pracodawcy w postaci składek na ubezpieczenie społeczne oraz FP i FGŚP nie znajduje oparcia. Jednocześnie za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie Zamawiającego o wadliwym oszacowaniu „*innych kosztów*” skoro Zamawiający nie wykazał, w jakiej wysokości Odwołujący powinien je przyjąć. Jednocześnie brak potwierdzenia, że ich poziom przekracza wysokość założonego zysku powoduje, że cena oferty nie może być uznana za cenę rażąco niską. Tym samym, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający nie był uprawniony do wezwania go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kwoty, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz różnice pomiędzy cenami ofert poszczególnych wykonawców i ich relacja do zarezerwowanych przez Zamawiającego środków finansowych uzasadniały podejrzenie o rażąco niskiej cenie oferty, a tym samym aktualizowały obowiązek wynikający z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: