

WYROK
z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Clar System S.A. ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań oraz
Hospital System Sp. z o.o. ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego
ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz**

przy udziale:

A. Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o.
ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa oraz Propel System Sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39,
01-934 Warszawa**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojewódzkiemu Szpitalowi Dziecięcemu im. J. Brudzińskiego: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Clar-System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Clar-System S.A. i Hospital System Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługi sanitarno-porządkowe i transportu wewnętrznego w szpitalu dla Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy ul. Chodkiewicza 44, 87-667 Bydgoszcz” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 stycznia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 009-011258.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji poprzez przyznanie ofercie tego wykonawcy najwyższej punktacji w zakresie kryterium „termin płatności”, podczas gdy oferta tego wykonawcy w zakresie terminu płatności przewyższającego termin 60 dni jest nieważna,
2. wybór oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., mimo że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,
3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., mimo że jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny powinna zostać odrzucona,
4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., mimo iż jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie nieistniejącej stawki podatku od towarów i usług powinna zostać odrzucona,
5. zaniechanie wykluczenia wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., jak również wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD GRUPA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Seban Sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez nich oferty, mimo iż wykonawcy ci nie wnieśli wymaganego przez zamawiającego wadium w sposób prawidłowy,

6. zaniechanie wezwania wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały podstawy takiego wezwania,

7. zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy zaistniały podstawy do takiego wezwania,

8. zaniechanie wezwania wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały podstawy takiego wezwania,

9. zaniechanie dokonania przez zamawiającego poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach złożonych przez wykonawców: ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., mimo iż obie oferty zawierają błędy rachunkowe w zakresie obliczenia ceny.

Powyższe działania zamawiającego, w ocenie odwołującego, było niezgodne z art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 90 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług oraz art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert,

2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy IMPEL Cleaning Sp. z o.o.,

3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD GRUPA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Seban Sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez nich oferty,

4. ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny; a w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, nakazanie zamawiającemu sprostowania oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie tych wykonawców oraz wezwanie ich do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny,
5. nakazanie zamawiającemu sprostowania oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz nakazanie zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny,
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie dotyczącym zaniechania wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oddaleniu w zakresie pozostałych zarzutów.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Podstawą zarzutu odwołującego było to, że w punkcie 1.2. formularza oferty wykonawca ten podał, iż w zakresie Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej (ZSOS) przy ul. G. Zapolskiej 18 wykona zamówienie za kwotę 260 zł netto plus podatek od towarów i usług w kwocie 48,55 zł przy zastosowaniu dwóch stawek tego podatku – 23% oraz 8%.

Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do zastosowania dwóch stawek podatku VAT. Przy tym błędzie tego nie należy traktować jako omyłki, bowiem wykonawca wskazał konkretną kwotę podatku, co wyraźnie wskazuje na nieprawidłowe zastosowanie przez niego dwóch stawek podatku od towarów i usług.

Przedmiotem postępowania jest kompleksowa obsługa zamawiającego w zakresie usług sanitarno-porządkowych w obiektach wraz z terenami stanowiącymi otoczenie tych obiektów oraz wykonywanie usług transportu wewnętrznego wraz z jednoczesnym przejęciem i zatrudnieniem grupy pracowników na podstawie art. 23¹ Kodeksu pracy. Z punktu 2.30 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że wykonawca zapewni środki czystości i środki dezynfekcyjne dla Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej przy ul. G. Zapolskiej 18 oraz usługę sprzątnięcia w obiekcie na czas urlopu i nieobecności pani sprzątnięcej zatrudnionej przez zamawiającego. Z opisu tego wynika więc, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia w przypadku ZSOS dotyczy wyłącznie sprzątnięcia wewnątrz budynku, nie zaś na zewnątrz.

W myśl art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawowa stawka podatku VAT wynosi 23% i taką stawkę należy zastosować do usług polegających na sprzątnięciu wewnątrz budynków. Natomiast w myśl art. 41 ust. 2 w powiązaniu z art. 146a pkt 2 ustawy, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy stawka podatku wynosi 8% – stawka ta dotyczy sprzątnięcia na zewnątrz budynków oraz zamiatania śmieci i usuwania śniegu oraz usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni. W związku z tym całość usług dotyczących Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej powinna być objęta stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Oferta nie może zostać poprawiona w tym zakresie jako inna omyłka powodująca niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający nie wskazał stawki podatku, która powinna być zastosowana przy obliczeniu ceny oferty.

W odpowiedzi zamawiający oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. stwierdzili, że stawka 8% została zastosowana nie ze względu na sprzątnięcie terenów wokół budynku, którego dla tego obiektu nie przewidziano, lecz w odniesieniu do dostawy środków czystości i dezynfekcyjnych, co jest zgodne z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatkach od towarów i usług – chodzi o środki Sterisol i Sopal wymienione w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2.30). Tym samym cena została obliczona prawidłowo, zgodnie z pozycją 87 i 88 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

W punkcie 2.30 specyfikacji dotyczącym Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej przy ul. G. Zapolskiej 18 nie ma mowy o usłudze sprzątnięcia, tylko o dostarczeniu środków czystości, a sprzątnięcie następuje incydentalnie przy nieobecności osoby sprzątnięcej, dlatego dostawa środków czystości do przychodni stomatologicznej nie jest tym samym, co

sprzątanie przy ulicy Chodkiewicza, gdzie środki czystości zapewnia się w ramach sprzątania.

Odwołujący stwierdził, że środki Sopal i Sterisol objęte są stawką: 23% VAT Sopal, gdyż według producenta jest to środek myjący, a nie dezynfekujący, natomiast Sterisol objęty jest stawką 8%, jeśli występuje jako wyrób medyczny i 23% jako produkt leczniczy.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zamawiającego i przystępującego Impel Cleaning Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący nieprawidłowego zidentyfikowania przedmiotu zamówienia w obiekcie Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej, a w konsekwencji nieprawidłowego naliczenia podatku od towarów i usług, nie potwierdził się.

Odwołujący błędu tego upatrywał w przyjęciu przez Impel Cleaning Sp. z o.o., że częścią zamówienia jest sprzątanie terenów wokół budynku. Wykonawca ten jednak temu zaprzeczył i wskazał, że preferencyjna stawka podatku dotyczy wyłącznie środków chemicznych, które musi dostarczyć zamawiającemu.

W trakcie rozprawy ustalono, że przynajmniej jeden ze wskazanych środków może być objęty stawką VAT 8%. Do tego w stosunku do budynku Zespołu Specjalistycznej Opieki Stomatologicznej zamawiający zlecił inny sposób wykonania usługi niż w pozostałych lokalizacjach, tj. dostawę środków czystości dla pracownika zamawiającego, a nie ich wykorzystanie podczas sprzątania przez pracownika wykonawcy (rozdział III pkt 2.30. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Tym samym na środki te można zastosować stawkę podatku odpowiadającą dostawie (sprzedaży) środka – 8%, a nie wliczać ich do usługi sprzątania jako jej elementu – 23%. Zatem wskazanie w formularzu oferty na obie stawki podatku, tj. 23% i 8% było uprawnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego przyznania wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. punktów w ramach kryteriów oceny ofert za zaproponowany 90-dniowy termin płatności Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu odwołujący wskazał, że stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach płatności w transakcjach handlowych, gdy dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki w wysokości odsetek za zwłokę określanej na podstawie art. 56 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki: 1) wierzyciel spełnił swoje świadczenie, 2) wierzyciel nie otrzymał zapłaty w terminie określonym w umowie albo wezwaniu, o którym mowa w art. 6 ust. 2 i 3 ustawy. W świetle natomiast art. 8 ust. 2 tej ustawy termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi

faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, termin ten nie może przekraczać 60 dni. Strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni. Powołane przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący i określają maksymalny czas płatności zobowiązań przez podmioty publiczne będące podmiotami leczniczymi w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej. Zamawiający jest samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej, co oznacza, iż podlega ww. przepisowi.

Przekroczenie terminu 60 dni w płatności zobowiązania pieniężnego przez zamawiającego, niezależnie od ustalonego przez wykonawcę terminu, skutkuje uprawnieniem dłużnika do żądania odsetek ustawowych za okres począwszy od 61 dnia terminu, a w konsekwencji naraża kierownika zamawiającego na odpowiedzialności z zakresu dyscypliny finansów publicznych.

Wobec tego, zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. w zakresie terminu płatności ponad termin 60-dniowy jest nieważna i nie powinna podlegać ocenie, a zamawiający nie powinien przyznawać temu wykonawcy najwyższej punktacji. Jest to niezależne od tego, czy zamawiający w treści specyfikacji wskazał maksymalny termin płatności.

W zakresie tego zarzutu Izba stwierdziła, że zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert nie powinien był premiować ofert zawierających termin zapłaty dłuższy niż 60-dniowy (tzn. nie powinien był w taki sposób konstruować specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W związku zaś z tym, że termin 60-dniowy jest jednocześnie terminem ustawowym, za który zamawiający nie ma powodów przyznawać dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym potencjalnie „dopłacać” wykonawcy w cenie oferty za zaoferowanie tego terminu, należy uznać, że kryterium to zostało przez zamawiającego niefortunny dobrane i opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do tego rzeczywiście przekroczenie 60-dniowego terminu płatności może powodować po stronie zamawiającego naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jednak, zdaniem Izby, nie można jednocześnie pominąć podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada przejrzystości postępowania (wskazana w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi) oraz zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj.

ocenić ofert w inny sposób, niż zostało to przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zasada przejrzystości co prawda nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie Prawo zamówień publicznych – faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji – jednak znajduje swój wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak choćby art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z zasad tych (zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych), a także – przede wszystkim – to, że zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza dozwolonymi zmianami specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Niedopuszczalna jest jednak zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert.

Tym samym zamawiający nie może zmienić zasad przyznawania punktów w kryterium terminu płatności, a także treści oferty wykonawcy, musi więc przyznać wykonawcy tyle punktów, ile wynika z wprowadzonych przez niego zasad.

W opisie oceny według tego kryterium (rozdział XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający wskazał, że przyzna punkty według poniższego wzoru: $Pt = (To:Tn) \times 100\text{pkt} \times 100\%$, gdzie Pt to wartość punktowa za kryterium okres utrzymania terminu płatności, To - termin płatności wykonawcy ocenianego, Tn - zaoferowany najkorzystniejszy termin płatności. Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania przez ofertę według kryterium: 5 pkt.

Zdaniem Izby, w braku zakazu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca ze swojej strony mógł zaproponować ustalony przez siebie termin płatności (należy pamiętać, że ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych została wprowadzona w celu ochrony wierzycieli będących często w słabszej pozycji w stosunku do dłużnika). Oczywiście, może to mieć dla zamawiającego negatywne skutki w postaci ewentualnego zapłacenia odsetek wraz z kosztami ich dochodzenia oraz konsekwencji dyscyplinarnych – albo też niepotrzebnie przyzna on dodatkowe punkty za dłuższy okres płatności, której będzie dokonywał w krótszym, ustawowym okresie, lecz nie jest to okoliczność, która była nieznaną zamawiającemu w momencie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem to zamawiający powinien ponieść negatywne skutki swojego niedbalstwa

w ustalaniu warunków przetargu oraz w sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ewentualne konsekwencje dyscyplinarne), a – jak wskazano powyżej – wbrew zasadzie przejrzystości byłoby przyznanie wykonawcy innej liczby punktów, niż ta, która wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. przedłożyli wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wydanej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.

Treść dokumentu gwarancji budzi wątpliwości odwołujących z uwagi na jej ogólne sformułowanie, które może stanowić przeszkodę w ewentualnym dochodzeniu roszczeń zamawiającego, bowiem sformułowanie „kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych” jest niedookreślone i powoduje, iż zamawiający nie może mieć gwarancji wypłaty wadium.

Zapis taki nie spełnia również wymogów określonych w punkcie XIII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarówno w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., jak również Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD GRUPA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Seban Sp. z o.o. wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Stosownie do treści rozdziału XIII ust. 4 specyfikacji z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (uppełnomocnionego) przedstawiciela gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację. Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Złożone przez ww. wykonawców dokumenty gwarancyjne nie spełniają określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów, tj. nie zostały do nich załączone

pełnomocnictwa dla osób podpisujących dokument gwarancyjny. Powyższe uniemożliwia jednoznaczne potwierdzenie, że osoba podpisująca przedmiotowy dokument jest upoważniona do działania w imieniu gwaranta. Nadto z treści złożonych przez wykonawców dokumentów nie wynika jednoznacznie, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta.

W związku z tym, zdaniem odwołującego, wykonawcy ci nie złożyli wadium w formie wymaganej i z tego względu powinni zostać wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że wymagania dotyczące wadium zamawiający zawarł w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść ust. 4 jest taka, jak wskazał odwołujący. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. wnieśli wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z 17 lutego 2015 r. wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. W treści tej gwarancji gwarant wskazał, że podejmuje się „bezw warunkowo i nieodwołalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

Wynika więc z tego, że gwarant odniósł się do okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium wyliczonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, czyli art. 46 ust. 4a i ust. 5. Takie odwołanie się do przepisów w treści gwarancji wadialnej uznawane jest za dopuszczalne i nie znane są Izbie przypadki, by stało się to podstawą odmowy wypłaty wadium. Przy czym na marginesie należy stwierdzić, że dzięki temu wykonawca uniknął pułapki wynikającej z nieprawidłowego pouczenia zamawiającego odnoszącego się jedynie do art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba nie widzi w tej okoliczności podstaw do uznania, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo.

W odniesieniu zaś do faktu, że zamawiający wymagał, by z treści gwarancji wynikał sposób reprezentacji gwaranta, Izba stwierdziła, iż taki brak w treści gwarancji – niesporny co do samego faktu – nie powoduje jej nieważności, a tym samym nie powoduje, że wadium zostało wniesione nieskutecznie. Tym samym, pomimo że treść gwarancji nie do końca odpowiada formalnym wymogom zamawiającego uzewnętrznionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi jednocześnie podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oczywiste jest, że gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela gwaranta – zgodnie ze zwyczajem najczęściej jest to pracownik banku lub ubezpieczyciela mający taki zakres obowiązków, a nie członkowie zarządu gwaranta. Tym samym pracownik ten powinien posiadać stosowne pełnomocnictwa. Zamawiający co prawda wskazał na konieczność posiadania umocowań, jednak nie wskazał na konieczność przedstawienia ich wraz z gwarancją – co zdaniem Izby, wobec braku stosowego zwyczaju załączania do gwarancji pełnomocnictw, powinno być wyraźnie wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak brak umocowania osoby podpisującej gwarancję nie był przedmiotem zarzutu (zresztą art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zezwala na uzupełnianie pełnomocnictw nie rozróżniając ich rodzaju). Natomiast samo wskazanie, czy też brak wskazania w treści gwarancji, sposobu reprezentacji gwaranta – w rozumieniu zarówno członków zarządu/prokurentów, jak i ciągu pełnomocnictw od członków zarządu/prokurentów do osoby podpisującej gwarancję – nie ma wpływu na jej ważność i nie ma szczególnej wartości bez zapoznania się z treścią owych pełnomocnictw.

Tym samym, jak już wskazano, brak wskazania w treści gwarancji sposobu reprezentacji gwaranta przy braku żądania stosownych pełnomocnictw oraz braku zarzutu co do uprawnień osoby, która gwarancję podpisała, został przez Izbę zakwalifikowany jako brak formalny nie skutkujący wykluczeniem wykonawców z postępowania ze względu na to, że nie wnieśli oni wadium (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W zakresie zarzutu, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny i z tego względu powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy ci w treści formularza oferty wskazali nieistniejącą w polskim systemie prawa podatkowego stawkę podatku od towarów i usług, tj. 23,8% (punkt 1.1. i 1.3.). Mając na względzie okoliczność, iż błąd ten jest nieusuwalny ani nie podlega ewentualnemu wyjaśnieniu, uznać należy, iż oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. oświadczyli, że nie jest to stawka 23,8%, lecz 23% i 8%.

Izba stwierdziła, że odwołujący zapis 23,8% nieprawidłowo zakwalifikował jako 23,8 w znaczeniu 23 i 8/10, a nie 23 – przecinek – 8, czyli 23 % i 8%, co jest oczywiste, gdyż

w tych pozycjach wykonawcy zastosowali obie stawki podatku od towarów i usług. Wynika to także z przeliczenia cen netto i brutto 162.336,97 – 184.794,47 zł oraz 7.816.174,43 i 8.899.654,54 zł, które nie wskazuje na stawkę 23 8/10 %, lecz poniżej 23%, a więc mieszaną 23 % i 8%. W tym akurat wypadku zastosowany przecinek nie ma znaczenia matematycznego, lecz interpunkcyjne. Tym samym Izba nie widzi też powodu dokonywania w ofercie w tym zakresie jakichkolwiek poprawek.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że z dokonanej przez niego kalkulacji cenowej wynika, iż do realizacji przedmiotu zamówienia w minimalnym zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebne jest zapewnienie przez wykonawcę 71,44 etatu (w tym 20 etatów wynikających z przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy).

Przyjmując, iż wykonawca zobligowany będzie do zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, minimalna kwota wynagrodzenia wykonawcy (bez zysku i zastępstw urlopowych) to 190.956,30 zł netto. Przy założeniu, że usługa miałaby trwać 48 miesięcy, minimalna cena wykonania zamówienia – bez zysku wykonawcy i zastępstw urlopowych – powinna wynosić 9.165.902,40 zł netto.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych badanie, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, ma miejsce w każdym przypadku, gdy „wydaje się”, że cena jest rażąco niska. Zwrot „wydaje się” nie odnosi się do sfery odczuć, lecz do sfery wiedzy. Zamawiający, dokonując oceny ofert powinien odnieść ją do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie o rażąco niskim poziomie ceny jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny. Językowa wykładnia przepisu ze względu na zastosowaną koniunkcję zezwala na zwrócenie się o wyjaśnienia wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Oznacza to, że samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny nie uprawnia do badania jej realności. Dopiero takie zaniżenie w połączeniu z obawą o brak możliwości wykonania zamówienia daje prawo do badania ceny. Prawidłowe wykonanie należy przy tym rozumieć jako wykonanie zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz prawem powszechnie obowiązującym. Niepodołanie choćby jednemu z tych obowiązków ze względu na zbyt niską cenę oznacza, że cena została skalkulowana wadliwie i będzie uznana za rażąco niską. Zgodnie z wyrokiem z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie KIO 47/15

„stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny są koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazaną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia, zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych, tj. np. zlecenia lub umowy o dzieło”.

Mając na względzie powyższe, uznać należy, że wobec okoliczności, iż ponad 3/4 wartości zamówienia to koszt pracy, zamawiający powinien był wezwać ww. wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia przez nich wyjaśnień w zakresie sprecyzowania wartości kosztów pracy przejętych do ustalenia ceny, jako niemogącej być niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących. Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej dla obliczenia ceny oferty przyjęte być muszą kwoty wynagrodzeń minimalnych. Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami, odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji nierealnie niskich cen. Przepis ma charakter powszechny i nie zwalnia z kształtowania cen ofert z uwzględnieniem minimalnych kosztów pracy w Polsce, także wykonawców, którzy będą wykonywać przedmiot zamówienia poza granicami RP”.

W zakresie powyższego zarzutu zamawiający wskazał, że nie stwierdził rażąco niskiej ceny ani podstaw do wezwania do wyjaśnień. 30% wartości zamówienia to 3.219.512,15 zł. Tak więc oferty usiałyby zejść poniżej 7.512.195,03 zł. Brak było zatem podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego.

Przystępujący – EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. stwierdził, że art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych pokazuje sposób myślenia ustawodawcy, że dopiero 30% różnica złożonych ofert wskazuje na podejrzenie rażąco niskiej ceny. Odwołujący w swoim odwołaniu nie odniósł się do całości wykonania zamówienia, ponieważ poza wymaganiami zamawiającego wykonawcy mogli realizować własną koncepcję wykonania usługi. Stwierdzenie, że 70% całości wynagrodzenia to praca pracowników, jest niczym nieoparte. Duże kwoty generuje też sprzęt czy koszt prania mopów na zewnątrz szpitala. Przystępujący podniósł, iż w stosunku do ostatnich lat podniosła się wydajność pracowników ze względu na mechanizację.

Przystępujący – Impel Cleaning Sp. z o.o. stwierdził, iż obecnie ustawa bardziej szczegółowo określa wydarzenia, które zobowiązują zamawiającego do wyjaśnień. To, że oferty są podobne, oznacza, że zostały określone w sposób rzetelny. Zaoferowana cena jest ceną, za którą można należycie wykonać usługę. Odwołujący nie był w stanie wskazać dowodów na okoliczność, że cena jest zbyt niska. Opiera się na kalkulacjach nieopartych specyfikacją, zwłaszcza jeśli chodzi o podział między koszty pracownicze a pozostałe koszty.

Izba ustaliła, że zamawiający otrzymał następujące oferty:

1. EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. z ceną 8.899.654,54 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 21 miesięcy,
2. Impel Cleaning Sp. z o.o. z ceną 9.022.813,92 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 24 miesiące,
3. ISS Facility Services Sp. z o.o. z ceną 10.021.032,00 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 22 miesiące,
4. DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD GRUPA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Seban Sp. z o.o. z ceną 12.270.986,88 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 12 miesięcy,
5. odwołujący z ceną 12.234.401,28 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 16 miesięcy.

Jedyną argumentacją zamawiającego i przystępujących po jego stronie wykonawców dotyczyła faktu, że ceny pierwszych ofert są podobne i nie przekraczają wskazanej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych różnicy 30%.

Zgodnie z art. ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa

o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Natomiast ust. 3 tego artykułu stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zasady dowodzenia w postępowaniu odwoławczym rażąco niskiej ceny zostały wskazane w art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuje, że ciężar dowodu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Kwestia rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych zawarta jest nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale i w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym drugim jest ona opisana nawet znacznie szerzej).

Art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się więc jedynie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiącego o odrzuceniu oferty zawierającej cenę rażąco niską, ale ogólnie do „dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”. Tym samym odnosi się również do art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, który również reguluje kwestię rażąco niskiej ceny, a w swoim ustępie 3. nawet zawiera podstawę do odrzucenia tej oferty.

Poza tym art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie reguluje jedynie sytuacji, gdy oferta wykonawcy została odrzucona, ale też sytuację, gdy zamawiający oferty nie odrzucił. Nie ma przy tym powodu, by zakładać, że owa decyzja musiała być poprzedzona wezwaniem do wyjaśnień oraz pozytywną ich oceną. Tym bardziej, że – biorąc pod uwagę zasadę wnioskowania z mniejszego na większe, tj. jeśli mniejsze przewinienie (tu: potencjalnie nieprawidłowa ocena wyjaśnień) byłoby przez ustawodawcę „karane”

obowiązkiem dowiedzenia swojej racji przez zamawiającego, to tym bardziej jego większe przewinienie, czyli całkowity brak żądania wyjaśnień, też powinno być obarczone tymi konsekwencjami.

Tym samym art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy także art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i to zamawiający w zakresie oferty ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz przystępujący Impel Cleaning Sp. z o.o. i EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. w zakresie swoich ofert powinni dowieść przed Izbą, że oferty te nie zawierają cen rażąco niskich, czego nie uczynili.

Z drugiej strony odwołujący przedstawił na tyle istotne dowody w postaci przygotowanych przez siebie wycień kosztów wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że Izba powzięła podejrzenia, że kwestionowane oferty rzeczywiście mogą zawierać ceny rażąco niskie i w związku z tym konieczne jest przeprowadzenie przez zamawiającego procedury wyjaśnień poziomu tych cen.

Należy tu wskazać, że dowodzenie zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a dowodzenie zaniechania odrzucenia oferty pomimo jej zaistnienia, w głównej części sprowadza się do tego, że przy zaniechaniu wezwania nie jest wymagane wykazanie zaistnienia rażąco niskiej ceny, lecz mniej kategorięczne uprawdopodobnienie, tj. wskazanie, że istnieją uzasadnione podejrzenia w tym zakresie, które w toku dalszych czynności mogą się potwierdzić lub nie. Tym samym, w związku z brakiem jakiegokolwiek wykazania inicjatywy dowodowej w zakresie zaprzeczenia zaistnieniu rażąco niskiej ceny w kwestionowanych ofertach przez zamawiającego oraz przystępujących już na tej podstawie należałoby odwołanie uwzględnić. Przystępujący – EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o. wskazał jedynie, że do wykonania zamówienia przewidział 62 etaty oraz duży stopień mechanizacji. Jednak nie poparł tego żadnymi wycieniami. Rację ma też odwołujący, że dużą część usługi sprzątnia, jak choćby mycie blatów czy dozowników do mydła i papieru/ręczników (występujących w ramach zamówienia w bardzo dużej ilości – 1704 sztuki), musi być wykonywane ręcznie. Wykonawca nie może też, wbrew wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rezygnować ze sposobu wykonania zamówienia opisanego przez zamawiającego, m.in. z wykorzystaniem wskazanych środków czyszczących i dezynfekujących.

Przy tym, jeśli koszt wykonania zamówienia po odliczeniu pracy pracowników jest wyższy niż wskazane przez odwołującego 1/4, to tym bardziej cena oferty powinna być wyższa.

Jeśli uznać, że odwołujący poprawnie wskazał liczbę pracowników konieczną do wykonania zamówienia – 71,44 etatów (odwołujący podał dokładne wycienienia etatów do każdego

z punktów opisu przedmiotu zamówienia) i przyjmując, że koszt pracy pracownika w 2015 r. to minimum 2112,96 zł, czyli 150.949,86 zł miesięcznie, daje to 7.245.593,40 zł netto za 48 miesięcy (nie licząc zwolnień ani urlopów pracowników, które w ciągu 4-letniego kontraktu będą musiały być wzięte pod uwagę).

Co do minimalnego wynagrodzenia za pracę, to co do zasady do realizacji przedmiotu zamówienia powinny być zawarte umowy o pracę, gdyż rodzaj pracy wypełnia przesłanki określone w Kodeksie pracy dla umowy o pracę i ma tu zastosowanie art. 22 i nast. Kodeksu pracy. Niezależnie jednak od powyższego, z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że dla ustalenia kosztów pracy należy przyjąć wartość nie niższą 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, przy czym koszt pracy, jaki ponosi pracodawca, to nie jedynie 1.750 zł, ale także koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, a więc w sumie 2.112,96 zł. W związku z powyższym niezależnie od formy zatrudnienia osób, do kalkulacji należy przyjąć koszt pracy min. 2.112,96 zł.

Przy tym wykonawca, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, musi przejąć 20 pracowników na podstawie art. 23¹ Kodeksu pracy, przy czym, zgodnie z informacją udzieloną przez zamawiającego w ramach wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tylko jeden z nich jest osobą niepełnosprawną, tj. osobą, za którą pracodawca nie musi płacić pełnych wymaganych składek.

Zatem minimalne koszty pracy pracowników bez zwolnień i urlopów, po doliczeniu podatku od towarów i usług to ok. 8,7 mln. Do tego wykonawca musi wziąć pod uwagę inne koszty wykonania zamówienia, jak zakup i utrzymanie sprzętu do utrzymania czystości czy innych materiałów, które ulegają zużyciu (jak środki czystości i do dezynfekcji, ściereczki, worki na odpady, papier toaletowy i ręczniki). Jak podkreślił sam przystępujący EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., samo pranie mopów stanowi dość duży koszt wykonania usługi.

Według obliczeń odwołującego koszty te to 41.550 zł miesięcznie, czyli 1.994.400 zł w ciągu 48 miesięcy, a więc łącznie prawie 11 mln złotych.

Tym samym, biorąc pod uwagę zaproponowane ceny świadczenia usługi, należy poddać je analizie, czy pokryją one koszty świadczenia usługi. Cena rażąco niska to bowiem przede wszystkim cena, za którą wykonawca nie jest w stanie pokryć kosztów świadczenia usługi zgodnie z przepisami prawa oraz wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to wprost z treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nadal odnosi cenę oferty do przedmiotu zamówienia i możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Porównanie cen ofert i wartości szacunkowej (cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert) to jedynie poboczna okoliczność towarzysząca, której zaistnienie sprawia, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia poziomu ceny.

Kalkulacje przedstawione przez odwołującego, wobec braku kalkulacji poszczególnych wykonawców, siłą rzeczy muszą być oparte na jego własnych obliczeniach. Nie muszą one w 100% odpowiadać założeniom innych wykonawców – dlatego każdego wykonawcę prosi się o indywidualną kalkulację jego własnej oferty – jednak są na tyle spójne i przekonujące, że uprawdopodobniają fakt, iż kwestionowane oferty mogą wskazywać ceny wykonania zamówienia niższe niż powinny zawierać, gdyby były prawidłowo obliczone.

Zatem zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśnienia wysokości cen kwestionowanych ofert, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do ofert wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.

Przy tym Izba zwraca uwagę, że procedura wyjaśnień ceny powinna zostać przeprowadzona rzetelnie i z uwzględnieniem realiów zatrudniania osób oraz przepisów prawa, a nie jedynie *pro forma*. Jeśli więc wykonawca wskaże przykładowo, że w kalkulacji założył, iż prawie wszyscy zatrudnieni przez niego pracownicy będą podlegać zwolnieniu ze składek na Fundusz Pracy i/lub Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych albo otrzyma dopłaty z tytułu ich zatrudnienia, powinien ten fakt wykazać i udowodnić, np. którzy pracownicy takiemu zwolnieniu i na jakiej podstawie podlegają (osobowo lub procentowo), czy jest w stanie wskazać, że zatrudnieni przez niego w niepełnym wymiarze godzin pracownicy nie będą otrzymywać wynagrodzenia z innego miejsca pracy, a tym samym osiągać płacy powyżej minimalnego wynagrodzenia, jaki przyjął wskaźnik kosztów zwolnień lekarskich i urlopów wśród pracowników itd.

Zamawiający powinien też wziąć pod uwagę okres, przez jaki wykonawca gwarantuje niezmienność ceny świadczenia usługi oraz sposób wypłacania wykonawcy wynagrodzenia (kosztorysowy, ryczałtowy, możliwe zmiany wynagrodzenia itd.)

W zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofertach wykonawców EVER GRUPA Sp. z o.o. i PROPEL System Sp. z o.o. oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. oczywistych omyłek rachunkowych, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że w formularzach ofertowych tych wykonawców występują błędy rachunkowe, które powinny zostać przez zamawiającego poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a błędy te mają wpływ na ostateczną cenę, za którą wykonawcy ci zobligowali się wykonać zamówienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprecyzował tego zarzutu i nie wskazał owych omyłek, które miał poprawić zamawiający. Tym samym zarzut nie może być uwzględniony. Jeśli zaś chodziło omyłki, które wynikały z zarzutów, które Izba uznała za niezasadne (np. stawka VAT 23 8/10 %), to zarzut ten nie może zostać uwzględniony ze względu właśnie na uznanie owych zarzutów za niezasadne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).

Przewodniczący: