

Sygn. akt: KIO 128/13

**WYROK**  
z dnia 1 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, 31-088 Kraków, ul. Św. Anny 12**

przy udziale wykonawcy **Aspen Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert zgodnie z ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;**

**2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, 31-088 Kraków, ul. Św. Anny 12 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 **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, 31-088 Kraków, ul. Św. Anny 12** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN + Sp. z o.o., 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołania zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Uniwersytet Jagielloński Collegium Medium z Krakowa w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest usługa „Wykonywanie usług sprzątnia oraz obsługi szatni w Obieckie Dydaktycznym Wydziału Farmaceutycznego UJCM przy ul. Medycznej 9 w Krakowie”. Odwołujący - Konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz „Izan+”sp. z o.o. z Krakowa wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. oraz niezgodny z przepisami wybór oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. i zarzucił naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Aspen sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku; art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o., w sytuacji gdy zawiera ona rażąco niską cenę; art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Aspen sp. z o.o., w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ; art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie ofert wykonawcy, w sytuacji gdy oferta ta winna zostać odrzucona; oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, żądając unieważnienia decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: wykonawcy Aspen sp. z o.o., odrzucenia oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o., powtórzenia czynności' badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 10 stycznia 2013 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu tj. oferty Wykonawcy: Aspen sp. z o.o. Odwołujący nie zgadzając się z tą czynnością stwierdził, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie z dnia 21 listopada 2012 roku wskazał, że minimalna osada osobowa potrzebna do obsługi serwisowej, koniecznej do wykonania zamówienia wynosi 19-20 osób (pytanie i odpowiedź nr 15). W kalkulacji ceny oferty na wykonanie usług sprzątnia oraz obsługi szatni na wydziale farmaceutycznym Uniwersytetu Jagiellońskiego Kolegium Medicum wykonawca Aspen sp. zo.o. przewidział, że liczba osób do sprzątnia wynosi 20. Liczba godzin roboczych poszczególnych zatrudnionych w miesiącu wynosi 125,86, a stawka brutto za godzinę wynosi 7,85 złotych.

Jednocześnie wykonawca Aspen sp. z o.o. oświadczył, że wszystkie miesięczne koszty pracownicze wynoszą 16.065,06 zł. W wyjaśnieniach z 18 grudnia 2012 roku wykonawca Aspen sp. z o.o. potwierdził, że koszty pracownicze wynoszą 16.056,6zł. Dalej podał, że ani w ofercie ani w wyjaśnieniach wykonawca nie wskazał, że będzie korzystał z ulg czy zwolnień dotyczących kosztów zatrudnienia. Zdaniem Odwołującego kwota 16.065,06 zł nie obejmuje wszystkich założonych przez wykonawcę Aspen sp. z o.o. kosztów pracowniczych. Jak już wskazano powyżej wykonawca Aspen sp. z o.o. przewidział, że na poszczególnego pracownika ma przypadać 125,86 godzin pracy w miesiącu. Natomiast stawka za godzinę wynosi 7,85 złotych wykonawca Aspen sp. z o.o. przewidział 20 pracowników. W konsekwencji miesięczny koszt zatrudnienia będzie wynosił 19.760,02 zł (7,85 x 125,86 x 20). Wskazał również, że w podanej kwocie kosztów pracowniczych wykonawca Aspen nie przewidział kosztów zatrudnienia dwóch pracowników, którzy mają „sprawować bezpośredni nadzór nad pracownikami i nad prawidłową realizacją umową”. Oznacza to, że podana kwota nie przewiduje wszystkich kosztów pracowniczych. Podniósł także, że z wiedzy, z doświadczenia życiowego wynika, że kwota 16.056,06zł nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów miesięcznego wynagrodzenia 20 osób. Na jednego pracownika będzie przypadała kwota 802,80 zł brutto wraz z kosztami pracodawcy/ zleceniodawcy. Oznacza to, że pracownik taki otrzyma wynagrodzenie w wysokości 501,49 złotych netto (133,93 zł ZUS pracodawcy/zleceniodawcy 75,37 ZUS pracownika 53,46 składka zdrowotna, 39 zaliczka na podatek). Rynkowa wartość pracy osób sprzątających jest znacznie wyższa, na co wskazuje chociażby porównanie wynagrodzenia, jakie będą otrzymywać osoby zatrudnione przez pozostałych wykonawców. W przypadku Odwołującego kwota wyniesie 1.573,14 zł brutto miesięcznie, a w przypadku Przedsiębiorstwa Południe – drugiego z wykonawców - 1555,55 zł brutto. Tym samym zdaniem Odwołującego wykonawca Aspen sp. z o.o. zaoferował wynagrodzenie za wykonanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził również, że cena nieobejmująca wszystkich kosztów wytworzenia usługi winna być uznana za rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Z cen zakupów wynika, że koszt środków zaproponowanych przez Aspen sp. z o.o. oscyluje w granicach 1.800 zł. Spółdzielnia jest drugim co do wielkości przedsiębiorstwem świadczącym usługi sprzątania i dezynfekcji szpitali. Również korzysta z licznych zniżek i ulg w zakupach środków i kwota 1.000,00 złotych jest kwotą nierealną nieznajdującą potwierdzenia w realiach rynkowych. Odwołujący podał również, że Zamawiający w pkt. 9.1 ppkt 4 specyfikacji wymagał, aby wykonawca dołączył do oferty: „Wykaz proponowanych środków czystości z wyszczególnieniem asortymentu i określeniem zużycia miesięcznego oraz w okresie 48 miesięcy” W załączniku nr 1 do siwz - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

Szczegółowy zakres prac, Grupa I, pkt. 1 Zamawiający wymaga od Wykonawcy m.in. odkurzania wykładzin i obić mebli (jeśli to konieczne ich odplamiania). Firma Aspen sp. z o.o. w wykazie środków czystości załączonym do oferty (str. 22-23 oferty) nie zaproponowała żadnego preparatu do odplamiania wykładzin i obić mebli. Zaproponowany przez firmę Aspen sp. z o.o. preparat o nazwie: Karcher Proszek RM 760 jest preparatem niewłaściwym, gdyż przeznaczonym wyłącznie do czyszczenia wykładzin i tapicerek metodą ekstrakcji. Preparatem odpowiednim do odplamiania wykładzin i obić mebli (tego producenta tj. firmy Karcer) jest preparat o nazwie: RM 769-odplamiacz do wszelkich wykładzin dywanowych i tapicerek, skutecznie usuwający: olej, pastę do butów, gumę do żucia, plamy z długopisów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Aspen sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, uznając zarzuty podniesione w odwołaniu za niezasadne.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Pierwszy z zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący oparł na twierdzeniu, że wykonawca Aspen sp. z o.o. [również Aspen] złożył ofertę z ceną usługi poniżej kosztów ich wytworzenia, podnosząc, że to działanie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku. Zarzut ten nie podlega uwzględnieniu. W tym przypadku Odwołujący w związku z przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp nie udowodnił przede wszystkim, że zamiarem wykonawcy Aspen jest świadczenie usługi sprzątnięcia poniżej jej kosztów wytworzenia. Z pisma wykonawcy z dnia 17.12.2012 r. wynika, że wykonawca ten ma nawet zaplanowany zysk operacyjny w wysokości 1.000 zł. Podkreślenia

także wymaga, że w odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji ustawa wymaga także udowodnienia, że nawet oferowanie usług poniżej kosztów własnych musi być umyślnym działaniem, mającym na celu eliminację określonych przedsiębiorców z rynku, co w niniejszej sprawie nie zostało wykazane przez wnoszącego odwołanie wykonawcę. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie nawet fakt nie uzyskania zysku przez przedsiębiorcę nie może stanowić przesłanki uznania za czyn nieuczciwej konkurencji sprzedaży takiej usługi poniżej kosztów. Zaoferowanie ceny poniżej kosztów zakupu i jednocześnie rażąco odbiegającej od warunków rynkowych może być, co najwyżej okolicznością skutkującą zastosowaniem do odrzucenia takiej oferty przesłanki o cenie rażąco niskiej, o której stanowi art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Drugi z zarzutów dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wnoszący odwołanie wykonawca oparł na twierdzeniu, że oferta złożona przez wykonawcę Aspen sp. z o.o., zawiera rażąco niską cenę, nieobejmującą wszystkich kosztów wytworzenia usługi, albowiem wykonawca ten (1) zaniżył koszty personalne, i (2) nie uwzględnił wynagrodzeń 2 stanowisk kierowniczych, a (3) koszt środków zaproponowanych przez wykonawcę Aspen jest (...) kwotą nierealną nieznajdującą potwierdzenia w realiach rynkowych". W uzasadnieniu podał przede wszystkim, że ani w wyjaśnieniach ani w ofercie wykonawca Aspen nie wskazał, że będzie korzystał z ulg czy zwolnień dotyczących kosztów zatrudnienia i zdaniem Odwołującego przyjęta kwota 16.056, 06 zł nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów miesięcznego wynagrodzenia 20 osób. Zamawiający w piśmie z dnia 13 grudnia 2012 r., powołując się na art. 90 ust.1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do (...) udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny oferty, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia". Wskazał również, że (...) Dodatkowo prosi o odniesienie zaproponowanego w ofercie wynagrodzenia do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012 r." W tym samym piśmie wezwał również wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp odnośnie przedstawionej w ofercie stawki roboczogodzin oraz liczby osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Wykonawca Aspen nie kwestionował podstawy tego wezwania i w odpowiedzi, w piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r., przedstawił kalkulację podanej ceny miesięcznej ryczałtowej w łącznej kwocie 30.914.27 zł, w której ujął m.in. koszty personalne w wysokości netto 16.065,06 zł oraz koszty zarządzania i nadzoru w wysokości 5.500 zł. W zakresie wezwania z art. 90 ust.1 ustawy Pzp - podał, że usługa będzie realizowana za pomocą osób zatrudnionych na umowę zlecenia, a zatem stawki płacy minimalnej nie mają zastosowania. Wykonawca stwierdził także, że (...) posiada status Zakładu Pracy Chronionej, co również w znacznym stopniu ma wpływ na obniżenie kosztów oferowanych usług".

Izba ustaliła, że koszty pracownicze zostały określone – według kalkulacji ceny oferty- na łączną kwotę 771.122,88 zł (netto – jak zaznaczono w formularzu oferty) w całym czteroletnim okresie realizacji usługi. W formularzu oferty podano również, że ta kalkulacja stanowi integralną część oferty. To oznacza, że koszty pracownicze w stosunku do kosztów łącznych w kwocie 1.483.884,96 zł stanowią blisko 52 % i tym samym podstawa kalkulacji tych kosztów, jako element oferty, mający wpływ na wysokość ceny, może być poddana zdaniem Izby, procedurze wyjaśnień, o której stanowi art. 90 ust.1 ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji gdy przepisy prawa gwarantują każdemu pracownikowi minimalne wynagrodzenie [rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012 r.].

Dokonując oceny złożonych wyjaśnień w zakresie przewidzianym art. 90 ust.1 i ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że w formularzu oferty wykonawcy Aspen sp. z o.o. przewidziano realizację tej usługi za pomocą osób również zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które to osoby wykonawca w wyjaśnieniach pomija. Może to oznaczać, że udzielając wyjaśnień wykonawca *de facto*, co najmniej wprowadza zmiany do oferty, co do rodzaju zatrudnienia, aby usprawiedliwić zaniżone koszty personalne, niegwarantujące przede wszystkim osobom, będącym w jego dyspozycji do realizacji zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powoływanie się na status Zakładu Pracy Chronionej nie zostało poparte żadną argumentacją. Wykonawca nie podał, na jakie świadczenia [np. dotacje], czy instrumenty zmniejszające zwykłe obciążenia budżetu przedsiębiorstwa [np. zwolnienie podatkowe, czy obniżenia podatku] ma prawo się powoływać, podając chociażby jak ta pomoc przekłada się na konkretne kwoty, zmniejszające cenę oferty. Izba zwraca także uwagę, że ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, na którą powoływał się wykonawca Aspen, stanowi o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych, a nie zawieraniu z takim osobami umów zlecenia. Ustawa ta daje również gwarancje wynagrodzenia, a także prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia oraz prawo do urlopu wypoczynkowego i urlopu dodatkowego. Izba zwraca także uwagę, że wskazany w toku rozprawy przez wykonawcę Aspen przepis art. 26a ust.4 powołanej ustawy o rehabilitacji (...) nie stanowi o gwarantowanych kwotach dotacji, a o maksymalnej kwocie miesięcznego dofinansowania, która nie może przekroczyć 75 %. Izba zwraca także uwagę, że na gruncie ustawy o rehabilitacji (...) [chociażby art. 28] status pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej (...) - można uzyskać zatrudniając tylko osoby niepełnosprawne i takie miesięczne dofinansowanie przysługuje na te właśnie zatrudnione osoby o wymaganym i określonym stopniu niepełnosprawności [np. art. 26b ust.1 ustawy o rehabilitacji(...)], a nie na osoby, które wykonują prace zleczone w

oparciu o umowę zlecenia. Na marginesie, Izba dostrzega sprzeczności w wyjaśnieniach składanych przez przystępującego wykonawcę Aspen, jednakże rozpoznając odwołanie - tak jak wskazano – Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów wskazanych w odwołaniu. W sytuacji, zatem kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, w zakresie żądanym w wezwaniu tj. nie zawierają informacji odnośnie rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas – tak jak wskazuje się w orzecznictwie - wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty, o której stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę – w omówionym zakresie - są co najmniej niewystarczające i tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp - Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, albowiem koszty zatrudnienia osób nadzorujących mogły być ujęte w innej grupie wydatków. Odwołujący również – uwzględniając art. 190 ust.1 ustawy Pzp - nie wykazał nierealności kwot przeznaczonych na zakup środków czystości.

Trzeci z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wnoszący odwołanie wykonawca oparł na twierdzeniu, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Aspen sp. z o.o., mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji, albowiem wykonawca Aspen nie zaproponował żadnego preparatu do „odplamiania” wykładzin i obić mebli, a zaproponowany przez firmę Aspen sp. z o.o. preparat o nazwie: Karcher Proszek RM 760 jest preparatem niewłaściwym, gdyż przeznaczonym wyłącznie do czyszczenia wykładzin i tapicerek metodą ekstrakcji. Zdaniem Izby także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem wykonawca przystępujący Aspen wskazał na metodę czyszczenia dopuszczoną w specyfikacji, obok padowego prania i prania ręcznego, a mianowicie ekstrakcyjne pranie wykładzin i tapicerek, której skuteczności Odwołujący nie kwestionował.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....