

Sygn. akt: KIO 2643/17

WYROK
z dnia 5 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2017 r. przez **wykonawcę M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DERAL - DEZ z siedzibą w Warszawie – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) – do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnośnie podanej w ofercie dla części 1 i 2 zamówienia stawki roboczogodziny, w szczególności wyjaśnienia czy cena ta uwzględnia powszechnie obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a następnie nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonych wyjaśnień;
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie i**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

- 3.2. Zasądza od zamawiającego Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *wykonywanie usług w zakresie likwidacji zagrożeń epidemiologicznych poprzez odszczurzenie, usuwanie insektów, dezynfekcję i likwidację szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych w nieruchomościach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek przy ul. Gościeradowskiej 5 w Warszawie, w podziale na dwie części: część 1: Rejon Targówek, część 2: Rejon Bródno, sprawa numer ZGN-P-25-/17*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 listopada 2017 r. za numerem 618905-N-2017. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 8 grudnia 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w zakresie części 1 i 2 zamówienia informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DERAL - DEZ z siedzibą w Warszawie – dalej J. Ł. DERAL - DEZ. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

W dniu 13 grudnia 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca M. M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ABAPEST Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa dalszego z dnia 1 grudnia 2017 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 grudnia 2017 r. udzielonego przez właściciela M. P. ujawnionego w CEIDG. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 13 grudnia 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 postępowania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu wezwania wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ do wyjaśnień rażąco niskiej ceny a następnie na zaniechaniu odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Powyższej wskazanym zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wezwania wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp w zakresie części 1 i 2 zamówienia;

2) art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie części 1 i 2 zamówienia;

3) art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszego w zakresie części 1 i 2,
- 2) ponownego dokonania czynności oceny ofert w zakresie części 1 i 2 w tym odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ w zakresie części 1 i 2.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ informacja o zaniechaniu czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została mu przekazana w dniu 8 grudnia 2017 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy pzp i należycie zbadałby oraz ocenił wszystkie oferty w postępowaniu, to dokonałby odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ w zakresie części 1 i 2 postępowania. Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ w zakresie części 1 i 2 Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans) w zakresie części 1 i 2.

Odnosnie zarzutu 1 odwołania Odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na art. 90 ust. 1 ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym od 28 lipca 2016 r. i wskazał, że jak to zauważono w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”: „regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy. W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy pzp, nie ulega wątpliwości w ocenie Odwołującego, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym). ”

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W § 9 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał; że Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie za wykonanie zleconej przez Zamawiającego pracy na podstawie przedłożonego i zatwierdzonego przez Zamawiającego kosztorysu powykonawczego opracowanego w oparciu o obmiar robót, protokół końcowego odbioru usług oraz cen podanych przez Wykonawcę w formularzu oferty dla pkt. 1 - 4. Wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ w obu częściach 1 i 2 zamówienia zaoferował nierealną stawkę za roboczogodzinę pracy w zakresie likwidacji szkodników nietypowych na poziomie 2,09 zł brutto. Zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu przepisami prawa, minimalne wynagrodzenie osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynosiło 2000 zł brutto, przy jednoczesnym założeniu średniego miesięcznego czasu pracy 167 godzin. Wyjściowa stawka za roboczogodzinę pracy wynosi więc 11,9760 zł, przy czym musi ona zostać uzupełniona o narzuty podstawowe i uzupełniające. Podsumowując, zgodnie z przepisami prawa minimalna kalkulacyjna stawka za roboczogodzinę wynosi 16,95 zł. Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ nie obejmuje wszelkich kosztów, jakie musi ponieść wykonawca z tytułu zgodnej z obowiązującymi przepisami

realizacji przedmiotu zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę wątpliwości, jakie budzi oferta tego Wykonawcy, jak również rynkową wartość zamówienia, uzasadnione są poważne wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej, w szczególności co do kosztów roboczogodziny i powinny stanowić podstawę do wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień potwierdziłoby się zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ZNKU) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Na podstawie powołanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. Odwołujący kwestionował rzetelność sposobu obliczenia ceny oferty przez wykonawcę J. Ł. DERAL - DEZ w zakresie stawki roboczogodziny za usługę likwidacji szkodników nietypowych. Wykonawca ten w sposób nieuprawniony zaniżył cenę swojej oferty w wyniku zastosowania stawki za roboczogodzinę nieuwzględniającej wymagań określonych w SIWZ oraz niezgodnych z przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Działania tego Wykonawcy naruszają tym samym interes Odwołującego jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zachowanie wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ zaburzyło konkurencję, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 680/17. A zatem, oferta wykonawcy Jerzego Łukasik DERAL - DEZ winna w ocenie Odwołującego zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU.

Odnosnie zarzutu 3 odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionych i opisanych zarzutów odwołania oraz czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ czynność wyboru oferty tego Wykonawcy będzie uznana za naruszającą przepisy ustawy pzp. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany będzie do ponownego badania złożonych ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 14 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział

w postępowaniu o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail). Dnia 15 grudnia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jako wniesionego po upływie terminu, ewentualnie w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o jego oddalenie jako oczywiście bezzasadnego;
2. na podstawie art. 192 ust. 9 ustawy pzp o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego poprzez zasądzenie ww. kosztów od Odwołującego na rzecz Zamawiającego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, iż wniesione przez Odwołującego odwołanie dotyczy ubiegłorocznego zamówienia Zamawiającego prowadzonego pod nr ZGN-P-10/16 pt. Wykonanie usług w zakresie likwidacji zagrożeń epidemiologicznych poprzez odszczurzenie, usuwanie insektów, dezynfekcję i likwidację szkodników nietypowych w nieruchomościach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek przy ul. Gościeradowskiej 5 w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w ubiegłym roku M. M. P. wniósł odwołanie i ostatecznie postępowanie zakończyło się podpisaniem umowy z odwołującym. W ubiegłorocznym postępowaniu Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp w dniu 23 grudnia 2016 roku wezwał oferenta J. Ł. DERAL - DEZ do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w części dotyczącej stawki roboczogodziny z podatkiem VAT za likwidację szkodników nietypowych w wysokości 0,06 złotych. Złożone wyjaśnienia Zamawiający uznał za niewystarczające i odrzucił ofertę ww. oferenta. Oferta odwołującego M. M. P. w tej części wynosiła 4,50 złotych. Przedstawione powyżej informacje uzasadniają zdaniem Zamawiającego żądanie odrzucenia odwołania jako wniesionego z prawie rocznym przekroczeniem terminu.

W dalszej kolejności Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że w ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. W świetle literalnej wykładni przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, jeżeli cena oferty wykonawcy 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. Ciężar dowodu zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy pzp spoczywa na Odwołującym, który w swoim odwołaniu nawet nie uprawdopodobnił rażąco niskiej ceny konkurenta. Poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami typu nierealna stawka, nierzetelna cena czy nieuwzględnienie warunków SIWZ bez wskazania choćby jednego, konkretnego warunku, Odwołujący odniósł się jedynie do

minimalnego wynagrodzenia przy samodzielnie błędnie obranym założeniu czasu pracy 167 godzin miesięcznie. W tym zakresie założenie Odwołującego jest całkowicie błędne, ponieważ stawka dotyczy likwidacji szkodników nietypowych takich, jak zagrożenia sanitarne, które występują rzadko i sporadycznie, czasem w ogóle w całym okresie rocznym trwania umowy. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał istnienia w przedmiotowej sprawie warunku zaistnienia rażąco niskiej ceny w konkurencyjnej ofercie.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że oferta J. Ł. DERAL - DEZ została oceniona zgodnie ze wskazaniami warunków zamówienia w następujący sposób:

- za 1 metr kwadratowy dezynfekowanego pomieszczenia — 0,37 zł.
 - za 1 metr kwadratowy opryskiwanej powierzchni podłogi przy dezynsekcji — 0,49 zł.
 - za 1 metr kwadratowy deratyzacji powierzchni — 0,34 zł.
 - stawka roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych — 2,09 zł.
- $0,37 \times 10\% + 0,49 \times 10\% + 0,34 \times 35\% + 2,09 \times 15\% = 0,67$ zł, co w kryterium cena za wykonanie zamówienia dało 60 pkt.

Oferta M. M. P. została oceniona zgodnie ze wskazaniami warunków zamówienia w następujący sposób:

- za 1 metr kwadratowy dezynfekowanego pomieszczenia — 0,71 zł.
 - za 1 metr kwadratowy opryskiwanej powierzchni podłogi przy dezynsekcji — 0,11 zł.
 - za 1 metr kwadratowy deratyzowanej powierzchni — 0,37 zł.
 - stawka roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych — 3,27 zł.
- $0,71 \times 10\% + 0,11 \times 40\% + 0,37 \times 35\% + 3,27 \times 15\% = 0,73$ zł, co w kryterium cena za wykonanie zamówienia dało 55,07 pkt.

W ocenie Zamawiającego zarówno ceny wskazane przez Odwołującego jak i przez drugiego oferenta były realne, a różnice między nimi były jedynie elementem występującej na rynku konkurencji. Ich wysokość nie prowadziła do powstania domniemania rażąco niskiej ceny. Ponadto oferowane ceny mieściły się w szacunkowej wartości zamówienia i w warunkach zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował prawidłowości oszacowania zamówienia przez Zamawiającego, nie podjął nawet próby wykazania, że wartość szacunkowa nie odzwierciedla lokalnych realiów rynkowych. Skoro zatem wartość zamówienia została ustalona prawidłowo i z należytą starannością, co należało stwierdzić w związku z tym, że Odwołujący ani nie podniósł, ani nie wykazał okoliczności przeciwnej, a zatem odzwierciedla ona realia rynkowe, to trudno twierdzić, że cena zaoferowana przez konkurenta Odwołującego powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Informacja o sposobie szacowania wartości zamówienia znajdowała się w dokumentacji postępowania i Odwołujący mógł zakwestionować prawidłowość tego oszacowania, ale tego nie uczynił. Nadto Zamawiający zauważył, że różnice pomiędzy cenami obu ofert są takie

wielkości, że stanowią normalny w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przejaw walki konkurencyjnej między oferentami.

Reasumując powyższe Zamawiający stwierdził, że Odwołujący ani nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że realizacja zamówienia za cenę proponowaną przez konkurenta powinna budzić wątpliwości, a wskazane przez Odwołującego argumenty są niewystarczające lub wątpliwe, aby można było skutecznie przypisać Zamawiającemu zarzut zaniechania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wobec powyższego kolejne zarzuty Odwołującego co do nieodrzczenia oferty konkurenta i niedokonania wyboru oferty Odwołującego także stają się bezprzedmiotowe.

W dniu 15 grudnia 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca J. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DERAL - DEZ z siedzibą w Warszawie. W dniu 18 grudnia 2017 r. Wykonawca ten złożył odpowiedź na odwołanie.

W dniu 2 stycznia 2018 r. Odwołujący złożył pismo procesowe na potwierdzenie, że zarzuty odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie. Na wstępie Odwołujący podkreślił, że jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2017r. oraz pisma z dnia 14 grudnia 2017r., Zamawiający w ogóle nie analizował ceny wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ, a jedyną czynność jaką wykonał to proste i automatyczne porównanie cen pomiędzy dwoma wykonawcami. Zamawiający ma obowiązek działać na każdym etapie prowadzonego postępowania z należytą starannością, nie zaś kiedykolwiek i jakkolwiek automatycznie. Zamawiający jest zobowiązany do analizy treści danej oferty i tylko danej oferty, bez jakichkolwiek porównań z innymi oferentami, czy innymi przetargami. Odwołujący powołał się na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 577/14. Zatem bez analizy kosztowej realności konkretnej ceny wykonawcy wybranego, Zamawiający nie ma pewności że zamówienie zostanie wykonane i to zgodnie przepisami prawa. Bez takiej analizy oczywista jest obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, dlatego po stronie Zamawiającego powstał obowiązek do zbadania ceny wykonawcy J. Ł.k DERAL - DEZ i wykazania na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, że taka oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Treść pism Zamawiającego świadczy dobitnie, że takiego dowodu Zamawiający nawet nie próbował przeprowadzić.

Odwołujący wskazał także na charakter rozliczeń przyjętych przez Zamawiającego we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ. Zgodnie z § 7 tej umowy Wykonawca będzie zgłaszał Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego prac przedkładając równocześnie do akceptacji kosztorys powykonawczy opracowany w oparciu o obmiar prac oraz ceny podane przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącej załącznik nr 1 do

niniejszej umowy. Tym samym w przypadku usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych Zamawiający rozliczać będzie się z Wykonawcą w oparciu o liczbę świadczonych na rzecz Zamawiającego roboczogodzin oraz stawkę za roboczogodzinę wynikającą z oferty wykonawcy. Zaoferowana stawka za 1 roboczogodzinę powinna być stawką realną pozwalającą na wykonaniu usług na rzecz Zamawiającego. Zamawiający jako podmiot publiczny ma obowiązek działać zgodnie z prawem co w tym przypadku także oznacza że ma obowiązek chronić interes pracownika wykonawcy, w zakresie prawidłowej formy zatrudnienia, dostępu do wymiaru urlopu i innych przywilejów i świadczeń wynikających z Kodeksu Pracy, i interesu budżetu Skarbu Państwa w zakresie prawidłowego wpływu opłat, składek i podatków od zatrudnienia pracownika i od wykonanej usługi przez przedsiębiorcę. Zamawiający oceniając złożone oferty winien w sposób zindywidualizowany podejść do oceny wyceny każdej pozycji formularza ofertowego, która musi być wyceniona w sposób należyty biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter ceny ofertowej w tym postępowaniu. W tym przypadku Zamawiający przyznał, że w ogóle nie badał realności stawek w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2538/17. Odwołujący podkreślił, że wyjściowa stawka za roboczogodzinę pracy wynosi 11,9760 zł, przy czym musi ona zostać uzupełniona o narzuty podstawowe i uzupełniające:

1. narzuty podstawowe:

- 9,76% ubezpieczenie emerytalne ($11,9760 * 0,0976$) - 1,1689 zł,
- 6,50% ubezpieczenie rentowe ($11,9760 * 0,0650$) - 0,7784 zł,
- 2,00% ubezpieczenie wypadkowe ($11,9760 * 0,0200$) - 0,2395 zł,
- 2,45% Fundusz Pracy ($11,9760 * 0,0245$) - 0,2934 zł,
- 0,10% Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych ($11,9760 * 0,0100$) - 0,0120 zł,
- 1,50% Fundusz Emerytur Pomostowych ($11,9760 * 0,0150$) - 0,1796 zł,
- 2,83% absencja chorobowa za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę ($11,9760 * 0,0283$) - 0,3389 zł

Razem „1” - 3,0107 zł.

2. narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 167 godzin:

- 1/12 wymiaru urlopu wypoczynkowego [$11,9760 + (3,0107 - 0,3389)$] : 11 - 1,3316 zł.
- 1/12 ekwiwalentu za odzież roboczą ($615 : 167$) : 11 - 0,3348 zł.
- 1/12 ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej ($396 : 167$) : 11 - 0,2156 zł.
- 1/12 koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego ($155 : 167$) : 11 - 0,0844 zł

Razem „2” - 1,9664 zł.

Odwołujący zauważył, że przedsiębiorca oferujący świadczenie usług na rzecz Zamawiającego zobowiązany jest do doliczenia do ceny ofertowej stawki podatku VAT. Mając na uwadze powyższe minimalna wartość 1 roboczogodziny w przypadku kosztorysowego charakteru wynagrodzenia wynosi 20,85 zł brutto (16,95 x 1,23%). Zatem już tylko ten argument powinien być przeważający i cena zaoferowana przez wykonawcę J. Ł. DERAL - DEZ, powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska, gdyż pracownik tego Wykonawcy zarobi mniej pracując przez osiem godzin niż wynosi oficjalnie jedna roboczogodzina, a przecież przy każdej usłudze dochodzą jeszcze inne składniki cenotwórcze i zysk przedsiębiorcy. Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że koszt pracownika jest najbardziej kosztotwórczym elementem w świadczeniu usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych (zwalczanie gniazd os, szerszeni) i usuwaniu zanieczyszczeń nietypowych (usuwanie odchodów ptasich oraz usuwanie zagrożeń sanitarno-epidemiologicznych po zgonie). W pierwszym przypadku za roboczogodzinę ww. usług (rynkowy koszt usługi wynosi od 200-400zł brutto) ale w standardowym przypadku gdy wystarczy spryskać odpowiednim środkiem chemicznym. Natomiast może się zdarzyć że trzeba wezwać podnośnik co winduje cenę czterokrotnie, czasem w celu dostępu do gniazda trzeba zdjąć podsufitkę, itp., wówczas dochodzą prace stolarskie). Przedmiotowa usługa ma być realizowana w 2018 r. W 2018 r. minimalne wynagrodzenie brutto za pracę wzrasta o 100 zł do kwoty 2.100,00 zł brutto. Powyższe Wykonawca będący profesjonalistą powinien uwzględnić w zaoferowanej przez siebie cenie za realizację zamówienia. Tym bardziej, że z wzoru umowy wynika, iż w okresie obowiązywania umowy strony nie dopuszczają możliwości waloryzacji wynagrodzenia (§ 9 ust. 2 wzoru umowy). Wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, a Zamawiający w zleceniu cząstkowym określił nieprzekraczalny termin w jakim należy wykonać zleconą usługę, w tym usługę polegającą na likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych (§ 5 ust. 1 wzoru umowy). Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1387/17, o sygn. akt KIO 1995/17 oraz o sygn. akt: KIO 293/17, a także na uchwałę SN z dnia 7 sierpnia 2001 r. III ZP 13/01 oraz uchwałę z dnia 20 września 1990 r., III PZP 14/90. Przywołał również stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 9 lipca 2014 roku sygn. akt I PK 250/13 oraz w uchwale z dnia 19 września 2002 r., sygn. akt III PZP 18/02.

Odwołujący podniósł, że do skalkulowania realnej stawki za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie usuwania szkodników nietypowych (gniazd os i przy standardowej usłudze rynkowy koszt wynosi od 100-250 zł. w zależności od dostępu do gniazda od utrudnień, od wielkości gniazda) należy wziąć pod uwagę:

- 1) Koszt pracownika, który stanowi 80% ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;
- 2) Koszt materiałów (preparatów, detergentów) 1% ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

3) Koszt urządzeń (zakup urządzeń, amortyzacja urządzeń posiadanych) 1 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

4) Koszt dojazdu, który stanowi 2 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług.

Natomiast do skalkulowania realnej stawki za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie usuwania zanieczyszczeń nietypowych (odchodów ptasich) należy wziąć pod uwagę:

1) Koszt pracownika, który stanowi 75 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

2) Koszt materiałów (preparatów, detergentów) 2 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

3) Koszt urządzeń (zakup urządzeń, amortyzacja urządzeń posiadanych) 2 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

4) Koszt dojazdu, który stanowi 1 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług;

5) Utrudnienia związane z konstrukcją dachu, gdzie występują skosy (wys. od 30cm do 1m).

Ponadto, do analizy realnej stawki roboczogodziny za świadczenie opisywanych usług, Zamawiający musi uwzględnić specyficzne okoliczności realizacji tejże usługi. Odwołujący zauważa, że większość prac jest wykonywana ręcznie, jak np.:

- ręcznie skrobanie odchodów w praktyce do 30 cm wysokości warstwy, co podraża koszt wykonania usługi — jej czasochłonność, a tym samym stawkę za roboczogodzinę o 3%,

- ręczne szlifowanie wstępnie oczyszczonej powierzchni, co podraża koszt wykonania usługi — jej czasochłonność, a tym samym stawkę za roboczogodzinę o 3%,

- ręczne znoszenie usuniętych zanieczyszczeń do kontenerów (co do zasady są to budynki stare i do 4 pięter więc nie mają windy), co podraża koszt wykonania usługi — jej czasochłonność, a tym samym stawkę za roboczogodzinę o 3%,

- wreszcie koszt kontenera, który wynosi 350 - 600 zł brutto w zależności od wielkości i od jednorazowego oszacowania, co wpływa na stawkę za roboczogodzinę poprzez jej podniesienie o 4%,

- dalej kosztem stałym są także jednorazowe mocne worki, które podnoszą koszt realizacji ww. usługi w zakresie stawki za roboczogodzinę o 1%, a także zużycie narzędzi, co prowadzi do konieczności podniesienia stawki za roboczogodzinę o 1%.

Te wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do stawki rynkowej za realizację usługi polegającej na usuwaniu zanieczyszczeń nietypowych na poziomie od 1.500 — 8000 zł brutto za obiekt o powierzchni do 500 m², powierzchnia ta stanowi metry kwadratowe posadzki, metry kwadratowe krokwi drewnianych z trzech stron oraz połąć dachową.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ oświadczył, iż zatrudni do realizacji niniejszej usługi 3 pracowników (było to kryterium oceny ofert). Odwołujący podniósł, że do usuwania zanieczyszczeń nietypowych jakim jest usuwanie ptasich odchodów — trzeba zatrudnić właśnie co najmniej 3 osoby. W sytuacji zaś, gdy warstwa ptasich odchodów przekracza poziom 20 cm do realizacji takiego zlecenia należy zatrudnić 4 — 5 osób.

Powyższe powoduje automatyczne podniesienie stawki za roboczogodzinę odpowiednio 3 — 5 razy w zakresie stawki wynagrodzenia pracownika. Co więcej, z uwagi na fakt, że Zamawiający w zleceniu określa czas wykonania konkretnego zlecenia, może się okazać, iż zatrudnienie nawet trzech osób nie pozwoli na wykonanie przedmiotowego zlecenia w z góry określonym przez Zamawiającego terminie.

Odwołujący wskazał, że za usuwanie zanieczyszczeń nietypowych należy uwzględnić także konieczność wykonania prac wywołanych zgonem w mieszkaniu, gdzie koszt pracownika stanowi min. 75 % ceny za roboczogodzinę świadczenia ww. usług. Wówczas również większość prac jest wykonywana ręcznie, jak np. dezynfekcja, dezynsekcja, następnie następuje ozonowanie (urządzenie emituje ozon nawet do 1 godziny zabija roztocza wirusy bakterie oraz zapach, ta usługa w zależności od stanu faktycznego może być wykonywana kilkakrotnie w odstępach 4 — 7 dniowych), i tu również mamy do czynienia z kosztami stałymi i kosztami sprzętu, czy dojazdu.

Odwołujący zauważył, iż wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ zaoferował czas reakcji na podjęcie działań (stanowiące kryterium oceny ofert) poniżej 1 h. Przedmiotowy fakt również wpływa na podniesienie kosztu realizacji usługi w zakresie zaoferowanej stawki za roboczogodzinę. W takim przypadku należy założyć dodatkowe 10% więcej z uwagi na konieczność posiadania co najmniej dyspozycyjnego personelu oraz środka transportu, dzięki którym możliwe będzie wywiązanie się z powyższej deklaracji, podlegającej dodatkowej punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12. Odwołujący zaznaczył, że ewentualne uzasadnienie faktyczne zaoferowanej stawki, wraz z ewentualnymi dowodami, to działanie nieuprawnione, przez co nie mogące wywrzeć żadnych skutków prawnych. Przedmiotem zarzutów złożonego odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny jest zaniechanie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny biorąc pod uwagę stan wiedzy Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Z uwagi na kontrydiktoryjność postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający zmierzając do oddalenia odwołania winien wykazać, że mając jedynie informacje wynikające z dokumentacji postępowania, zaoferowana cena w zakwestionowanym zakresie nie budzi jego wątpliwości. Tutaj Zamawiający także w odpowiedzi na odwołanie takich wyliczeń nawet nie próbował wykonać. Przywołał orzeczenie z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 402/16 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2015 r., sygn. akt KIO 1955/15. W ocenie Odwołującego nie ma możliwości uwzględnienia kosztów świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych w innych pozycjach, ponieważ na etapie składania ofert żaden z wykonawców nie miał jakiegokolwiek wiedzy, które pozycje będą w ogóle wykonywane na rzecz Zamawiającego w ramach zawartej umowy. Zamawiający nie wzywając wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ do wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny dopuścił się zaniechania zweryfikowania czy cena zaoferowana przez ww. Wykonawcę jest realna i czy nie została w sposób świadomy zaniżona, czy uwzględnia wszystkie okoliczności niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, czy nie jest ceną dumpingową, czy nie doszło do manipulowania cenami oraz czy ww. wykonawca daje gwarancję wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 406/12. Zdaniem Odwołującego, cena musi uwzględniać wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia i za podsumowanie powyższego posłużył się stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2017r. sygn. akt: KIO 1940/17.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zaoferowanie stawki za roboczogodzinę świadczenia usługi poniżej kosztów pracy pracownika stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2535/17, gdzie Izba uznała, że zaoferowanie ceny za roboczogodzinę poniżej minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że szacowana wartość zamówienia zgodnie z pkt II.6) ogłoszenia o zamówieniu wynosiła w części 1 i 2: 309 878,05 zł. (w tym część 1: 182 926,83 zł, część 2: 126 951,22 zł).

Zgodnie z pkt 8. SIWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3a i tak zarówno w części 1 jak i 2 zamówienia Zamawiający wymagał aby co najmniej 1 osoba wykonująca czynności w zakresie przedmiotu zamówienia była zatrudniona przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 z późn. zm.).

Zamawiający określił termin wykonania zamówienia od daty podpisania umowy do 31.12.2018r.

Zgodnie z pkt V.1.2) lit. e) SIWZ Zamawiający wymagał wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W myśl pkt XII 2. SIWZ: „Skorelowana cena (z VAT) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ.”

Zgodnie z pkt XIII SIWZ skorelowana cena z VAT była jednym z kryterium oceny ofert – waga 60%. Skorelowana cena (z VAT) za wykonanie zamówienia miała być obliczona dla każdego Wykonawcy odrębnie, wg następującego wzoru:

„C — skorelowana cena (Z VAT) za wykonanie zamówienia, wyliczona dla Wykonawcy,

A — cena (z VAT) za 1m² dezynfekowanego pomieszczenia - 10%,

B — cena (z VAT) za 1m² opryskiwanej powierzchni podłogi przy dezynsekcji - 40%

C — cena (z VAT) za 1m² deratyzowanej powierzchni - 35%,

D — stawka roboczogodziny (z VAT) za likwidację szkodników nietypowych oraz za usuwanie zanieczyszczeń nietypowych - 15%.”

W formularzu ofertowym (załącznik nr 2, 2a do SIWZ) wykonawcy mieli podać cztery ceny: za wykonanie usług w zakresie dezynfekcji 1m² opryskiwanego pomieszczenia, za wykonanie usług w zakresie dezynsekcji 1m² opryskiwanej powierzchni podłogi, za wykonanie usług w zakresie deratyzacji 1m² powierzchni, za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych za stawkę roboczogodziny. Ceny preparatów, materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania usług dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji miały zostać uwzględnione w cenach podanych w pkt. 1), 2), 3) formularza oferty.

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 4, 4a do SIWZ) usługa miała być świadczona w zakresie: dezynfekcji pustostanów po opuszczeniu lokalu lub po zmarłych, dezynsekcji lokali komunalnych, dezynsekcji pomieszczeń wspólnych budynków należących w 100% do m.st. Warszawy, deratyzacji w budynkach i ich otoczeniu, likwidacji szkodników nietypowych np. gniazd os, szerszeni itp. oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych, np.: odchodów gołębic z pomieszczeń strychowych w budynkach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy. W myśl § 1 ust. 2 i 3 wzoru umowy: „2. Wykonawca będzie wykonywał prace, o których mowa w ust. 1 w zakresie dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji, likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, na odrębne zlecenia częściowe, wydawane w odpowiednich administracjach, w zależności od zapotrzebowania. Oznacza to, że nie we wszystkich budynkach ZGN wyszczególnionych w wykazie adresowym budynków zaistnieje konieczność wykonywania powyższych usług w okresie obowiązywania umowy. ” „3. Usługi, o których mowa w ust. 1 wykonywane będą na odrębne pisemne zlecenia częściowe wydawane z określeniem terminu ich rozpoczęcia i zakończenia. Prawidłowe wykonanie prac,

o których mowa w zdaniu pierwszym, każdorazowo potwierdzone będzie protokołem odbioru końcowego.”

Zgodnie z § 5 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania usług wymienionych w § 1 ust. 1 w nieprzekraczalnym terminie określonym w zleceniu cząstkowym; Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usług, o których mowa w § 1 ust. 1, stosując preparaty, materiały i urządzenia własne; Wykonawca zapewni do wykonywania usług, o których mowa w § 1 ust. 1, własną, wykwalifikowaną kadrę; Wykonawca zorganizuje we własnym zakresie zaplecze socjalno-techniczne w rozmiarach koniecznych dla przeprowadzenia usługi; Usługi będą świadczone przez osoby wymienione w Załączniku nr . . . do Umowy pn. „Wykaz Pracowników świadczących usługi”, które zostały wskazane przez Wykonawcę; Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownicy świadczący usługi będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.).”

W myśl § 7 ust. 1 wzoru umowy: „Wykonawca będzie zgłaszał Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego prac przedkładając równocześnie do akceptacji kosztorys powykonawczy opracowany w oparciu o obmiar prac oraz ceny podane przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy.”

Zgodnie z § 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy: „1. Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie za wykonanie zleconej przez Zamawiającego pracy na podstawie przedłożonego i zatwierdzonego przez Zamawiającego kosztorysu powykonawczego opracowanego w oparciu o obmiar robót, protokół końcowego odbioru usług oraz cen podanych przez Wykonawcę w formularzu oferty dla pkt. 1 - 4., stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy. 2 W okresie obowiązywania umowy strony nie dopuszczają możliwości waloryzacji wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1.”

Wykaz budynków objętych usługą został wskazany w załączniku nr 3 do wzoru umowy.

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) wskazano że: zakres prac będących przedmiotem zamówienia obejmuje prace związane z dezynsekcją, dezynfekcją, deratyzacją; podstawą do rozpoczęcia robót będzie zlecenie, sporządzone przez Zamawiającego w którym zostanie określony szczegółowy zakres prac; podstawą do rozliczenia będzie protokół odbioru faktycznie wykonanych robót określonych zleceniem; rozliczenie prac nastąpi na podstawie protokołów odbioru i wystawionej przez Wykonawcę faktury, zgodnie z cenami zawartymi w ofercie przetargu, oferowane ceny winny obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami za 1 m² skutecznie wykonanej usługi. Podstawą do rozliczenia prac będzie powierzchnia w budynkach /podesty, schody, strych, piwnice/, powierzchnia użytkowa lokali mieszkalnych, powierzchnie zewnętrzne /zieleni lub/ i utwardzone/.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert oferty złożyło dwóch wykonawców: wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ zaoferował w części 1 i 2 stawkę roboczogodziny w wysokości: 2,09 zł, natomiast Odwołujący stawkę: 3,27 zł.

W piśmie z dnia 13 grudnia 2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Odwołującego wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę J. Ł. DERAL - DEZ nie wzbudziła jego wątpliwości z uwagi na to, że ceny ofert w postępowaniu nie odbiegały od siebie znacząco.

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do oferty wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ wskazał cztery osoby do realizacji zamówienia, w tym siebie - właściciela (wykaz personelu).

Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 7 ust. 1 ustawy pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

art. 89 ust. 1 ustawy pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

art. 90 ust. 1 ustawy pzp – 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

(zmiana w zakresie art. 90 ust. 1 pkt 1 obowiązuje od dnia 1 września 2016 r. na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265))

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

art. 91 ust. 1 ustawy pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówieni

art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1503) - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1503) - Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Paragraf 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1456) - Od dnia 1 stycznia 2017 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2000 zł.

Paragraf 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz. U. z 2017 r., poz. 1747) - Od dnia 1 stycznia 2018 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2100 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec nieprzekazania Odwołującemu kopii odwołania (co Odwołujący podniósł a Zgłaszający przystąpienie potwierdził na posiedzeniu) zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy i jako takie jest nieskuteczne. Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ. Izba podkreśla, że jak wynika z art. 185 ust. 2 ustawy pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie trzech dni od otrzymania kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym m.in. przekazując kopię odwołującemu. Przesłanie kopii przystąpienia odwołującemu jest warunkiem koniecznym skuteczności przystąpienia.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, w treści odwołania wprost wskazano, którego postępowania dotyczy poprzez

podanie nazwy oraz nr ogłoszenia o zamówieniu. Błędny nr sprawy wskazany przez Odwołującego należy w ocenie Izby traktować jako zwykłą omyłkę pisarską, gdyż z całości złożonego odwołania można bez trudu wywieść, którego postępowania dotyczy i jako takie zostało złożone w terminie.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę w zakresie części 1 i 2 zamówienia (sklasyfikowaną na miejscu drugim zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty). W przypadku uwzględnienia odwołania w całości i odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia na część 1 i 2 zamówienia.

Ad. 1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wezwania wykonawcy Jerzego Łukasik DERAL - DEZ o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Izba oceniła, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp potwierdził się i zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Izba zaznacza, że obowiązek zamawiającego wynikający z ww. przepisu nie jest całkowicie uznaniowy - tj. należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający winien jest te wątpliwości powziąć (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu takie okoliczności wystąpiły.

Mianowicie, Zamawiający żądał podania przez wykonawców w formularzu ofertowym stawki roboczogodziny z VAT za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych w pkt 4 formularza i jednocześnie cena ta była punktowana w kryterium oceny ofert (skorelowana cena z VAT). Zamawiający określił

w formularzu, że ceny preparatów, materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania usług dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji miały zostać uwzględnione w cenach podanych w pkt. 1), 2), 3) formularza oferty. Zamawiający określił przy tym we wzorze umowy, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania usług stosując preparaty, materiały i urządzenia własne. Na całość zamówienia składają się cztery usługi, z których każda obejmuje inne czynności, w tym usługa w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych obejmuje likwidację np. gniazd os, szerszeni itp. oraz usuwanie np.: odchodów gołębich z pomieszczeń strychowych w budynkach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy. Izba wskazuje, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia odnosi się wyłącznie do trzech pozostałych usług objętych zamówieniem: dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji i podaje przy tym, że wszystkie ceny podane w formularzu ofertowym mają być obliczone z narzutami za 1m². Mając na względzie postanowienia SIWZ znacząco utrudnione byłoby w ocenie Izby rozliczenie usługi likwidacji np. gniazd szerszeni w przeliczeniu na 1m². Zamawiający nie wyjaśnił sposobu rozliczenia tej usługi na rozprawie, a wskazał jedynie że usługi wskazane w formularzu ofertowym są ze sobą powiązane i może się zdarzyć, że po wykonaniu usługi likwidacji nietypowych zanieczyszczeń trzeba będzie przeprowadzić dezynfekcję. Izba zauważa jednak, że Zamawiający sam potraktował te usługi jako niezależne od siebie w zakresie ich rozliczania żądając podania osobnej stawki za roboczogodzinę i punktowania jej następnie w kryterium oceny ofert. Zamawiający nie określił przy tym zakresu prac, powierzchni budynków, czy terminu wykonania usług, bowiem będą one wskazywane w odrębnych zleceniach. Istotne jest przy tym, że to wykonawca będzie dokonywał obmiaru prac i przygotowywał kosztorys powykonawczy z uwzględnieniem stawek podanych w formularzu. Izba zaznacza, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac według faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w formularzu ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie. W ocenie Izby, Zamawiający mając na względzie wyżej wskazane czynniki nie mógł mieć pewności na etapie oceny ofert, co do sposobu przyszłego rozliczenia przez Wykonawcę prac za usługę likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, a więc możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, tym samym co do zastosowania przez Wykonawcę stawki roboczogodziny z uwzględnieniem obowiązujących przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca J. Ł. DERAL - DEZ zaoferował w części 1 i 2 zamówienia stawkę w wysokości 2,09 zł. Odwołujący podniósł przede wszystkim, iż stawka ta jest nierealna i powinna skłonić Zamawiającego do wystosowania wezwania do Wykonawcy celem wyjaśnienia ceny, bowiem zgodnie z przepisami prawa minimalna kalkulacyjna stawka za roboczogodzinę wynosi 16,95 zł, przy czym stawkę tą należy powiększyć o narzuty podstawowe i uzupełniające oraz podatek VAT. Izba zauważa, że

umowa ma być realizowana w 2018 r., a Zamawiający nie przewidział waloryzacji wynagrodzenia, zatem wykonawcy winni ująć w stawce roboczogodziny zmianę minimalnego wynagrodzenia w 2018 r. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że błędnym założeniem jest porównywanie stawki roboczogodziny do stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, bowiem roboczogodzina to czas pracy pracowników przy wyrównanej prędkości i poziomie techniki podczas wykonywania zadanej czynności/ wytworzenia produktu. Inaczej mówiąc roboczogodzina wyraża „jakąś” normę ilościową wykonaną przez jednego robotnika, w czasie jednej godziny tj. określonego zakresu robót. Normę tę określa się w odniesieniu do wybranej jednostki obmiarowej danej roboty/pracy. Zamawiający nie określił jednak w SIWZ co rozumie pod pojęciem roboczogodziny i do jakiej jednostki obmiarowej ją odnosi. Tym bardziej Zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie zastosowanej przez Wykonawcę stawki na poziomie 2,09 zł. Na rozprawie wskazał, że „wykonawcy mając wiedzę odnośnie zabezpieczonych przez Zamawiającego środków oraz wymogu zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, mieli oszacować, czego Zamawiający oczekuje”. Błędne zdaniem Zamawiającego jest również założenie 167 godzin w miesiącu, bowiem usługa ta będzie wykonywana sporadycznie w okresie trwania umowy. Izba zauważa, że okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że usługa ta występuje bardzo rzadko jest nieistotna dla oceny czy stawka roboczogodziny nie jest rażąco niska, skoro jeśli będzie wykonana to będzie musiała zostać rozliczona przez wykonawcę. Izba zaznacza, że wykonawcy i zamawiający jako uczestnicy rynku zamówień publicznych są związani przepisami powszechnie obowiązującymi w tym również w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników i nie mogą tych regulacji uznawać za nierelevantne. Znamienne jest również, że Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, że osoby realizujące umowę muszą być zatrudnione na umowę o pracę. Zamawiający przyznał także, że stawka roboczogodziny nie wzbudziła jego wątpliwości z uwagi na stawkę wskazaną przez Odwołującego, która jest zbliżona wartościowo oraz ze względu na oferowane stawki w poprzednich latach. Izba zaznacza, że obowiązek analizy ceny oferty nie opiera się wyłącznie na dyspozycji art. 90 ust. 1a ustawy pzp ale również na jej zgodności z odrębnymi przepisami, czego Zamawiający zdaje się nie zauważać. W świetle powyższych okoliczności w ocenie Izby zaktualizował się po stronie Zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Ad. 2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że dobre obyczaje należy utożsamiać ze zjawiskami socjologicznymi, z pewnymi regułami zachowania się, których znaczenie, w związku z faktem iż są one normami pozaprawnymi, ma charakter jedynie moralno-etyczny. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Izba zważyła, że na tym etapie postępowania zarzut ten nie potwierdził się, dopiero bowiem po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień możliwa będzie ocena czy ziściła się przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. W obecnej sytuacji biorąc pod uwagę ceny zaoferowane przez obu Wykonawców w niniejszym postępowaniu, które są do siebie zbliżone trudno jest mówić o działaniu zagrażającym czy naruszającym interes innego przedsiębiorcy.

Ad. 3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2.

Wskazany zarzut jest w zasadzie konsekwencją podniesionych powyżej zarzutów, a w kontekście sentencji orzeczenia nakazującej wezwanie wykonawcy J. Ł. DERAL - DEZ do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy zarzut ten uznać za bezprzedmiotowy.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości

7.500,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 90,00 zł z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: