

Sygn. akt: KIO 2737/11

WYROK

z dnia 4 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 4260, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 169,**

przy udziale wykonawcy **„EKOTRADE” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-712 Warszawa, ul. Melomanów 4 (adres do korespondencji: „EKOTRADE” Sp. z o.o., Przedstawicielstwo w Gdańsku, 80-416 Gdańsk, Al. Hallera 107)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2737/11 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert a w ramach tej czynności wezwanie wykonawców CITY SECURITY NORTH Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC z siedzibą w Poznaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową nr 4260, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 169 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej nr 4260, 82-300 Elbląg, ul. Królewiecka 169,** na rzecz wykonawcy **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9** kwotę **18 988 zł 60 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 4260, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi ochrony osób i mienia w obiekcie JW. 4260, JW. 2234 oraz Wojskowej Komisji Uzupelnień w Elblągu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 listopada 2011 r., nr 2011/S 210-342612.

W dniu 12 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy CITY SECURITY NORTH Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „CITY SECURITY”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2011 r.) od następujących czynności:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty CITY SECURITY w warunkach, w których oferta podlegała odrzuceniu, ponieważ:
 - a) zawierała rażąco niską cenę,
 - b) jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. DGP „DOZORBUD” Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum DOZORBUD”, w warunkach, w których oferta podlegała odrzuceniu, ponieważ:
 - a) zawierała rażąco niską cenę,
 - b) jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) dokonanie wyboru oferty wykonawcy CITY SECURITY, którego oferta powinna zostać odrzucona w związku z okolicznością, że wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę, a złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

jednocześnie wnosząc o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy CITY SECURITY,

- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu ofert podlegających odrzuceniu,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy CITY SECURITY,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum DOZORBUD,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

Zaskarżonym czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy CITY SECURITY i konsorcjum DOZORBUD, w warunkach, w których oferty podlegały odrzuceniu, ponieważ Wykonawcy Ci złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę, a ponadto złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym dokonanie wyboru oferty wykonawcy CITY SECURITY, podlegającej odrzuceniu,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy z Pzp, z którego wynika zasada zachowania uczciwej konkurencji poprzez dokonanie wyboru oferty, która zawierała rażąco niską cenę, pomimo faktu, że Zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w SIWZ postawił w szczególności wymóg aby wykonawca posiadał do dyspozycji osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W związku z powyższym, każdy pracownik Wykonawcy - niezależnie od tego czy będzie zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy czy też niepełnym wymiarze czasu pracy winien otrzymać tę samą płacę co najmniej minimalną za godzinę pracy. W 2012 roku minimalna płaca miesięczna brutto dla pracownika wyniesie 1500 zł, tym samym prawidłowo dokonane obliczenia winny tym samym uwzględniać obowiązkowe składniki minimalnego wynagrodzenia w roku 2012. Dokonując wyliczenia ceny Wykonawcy winni byli dokonać kalkulacji kosztów, uwzględniając następujące wartości, a więc:

- a) koszt miesięczny (bez urlopu) osobowy pracodawcy na jednego pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy wyniesie 1.500 zł (wynagrodzenie brutto pracownika) + 271.95 zł (składki ZUS płacone przez pracodawcę) = 1.771,95 zł;
- b) powyższe wynagrodzenie daje koszt osobowy przeliczony za godzinę pracy: 1.771.95 zł: 168 godzin (norma miesięczna) = 10,55 zł/godz.;

- c) doliczając obowiązkową stawkę podatku VAT w wysokości 23%, cena jednostkowa brutto za 1 rbg kosztu osobowego, powinna wynieść minimum: 10,55 zł/godz. + 23% VAT - 12,98 zł/godz.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców, z pośród których 2 cena rbg 2 wykonawców jest niższa niż 12,98 zł.

Jednoznacznym jest w świetle powyższego, że oferty cenowe wykonawcy CITY SECURITY oraz konsorcjum DOZORBUD zostały skalkulowane poniżej minimalnej dopuszczalnej wysokości, a tym samym złożone przez tych Wykonawców oferty zawierają cenę, która niewątpliwie jest ceną rażąco niską w świetle wymagań Zamawiającego dotyczących zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę. Tym bardziej, że Wykonawca, który zaoferował w ofercie rażąco niską cenę, o której mowa wyżej, nie może podnosić okoliczności, że planuje zatrudnić wszystkie osoby, które mają świadczyć usługi stanowiące przedmiot zamówienia, na podstawie innej umowy niż umowa o pracę.

W toku dokonywania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający pominął fakt, że przyjęta przez wykonawcę CITY SECURITY cena jednostkowa brutto za 1 roboczogodzinę jest o 12,49 % niższa od szacowanej dolnej dopuszczalnej granicy tj. kwoty 12,98 zł, co nie mieści się nawet w granicach ewentualnego błędu szacunkowego. Z prostych kalkulacji zatem wynika, że zaoferowane ceny przez wykonawcę CITY SECURITY i konsorcjum DOZORBUD nie pokrywają kosztów ponoszonych przez pracodawcę na zatrudnienie pracownika. Zasadne jest tym samym twierdzenie, że oferty tych Wykonawców winny zostać odrzucone przez Zamawiającego jako oferty zawierające rażąco niską cenę.

A ponadto oferty złożone przez wykonawcę CITY SECURITY i konsorcjum DOZORBUD stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy i jako takie winny zostać odrzucone, gdyż wykonawcy ci oferują wykonanie zamówienia poniżej kosztów.

Pismem z dnia 22 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca „EKOTRADE” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „EKOTRADE” otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 22 grudnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca EKOTRADE przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 2 stycznia 2011 r. (pismem z dnia 27 grudnia 2011 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, kosztów dojazdu na rozprawę według spisu kosztów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” wskazał „wymagania i warunki, które muszą spełniać Wykonawcy: (...)”, pkt 2 „Wykonawca musi mieć do dyspozycji zatrudniony na podstawie umowy o pracę – personel mający kwalifikacje dla wykonania zamówienia, oraz przestawić skład osobowy pracowników ochrony fizycznej przewidzianych do ochrony obiektów JW. 2234, JW. 4260 oraz WKU w Elblągu (...)”. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podał, iż cena jednostkowa brutto (z podaniem podatku VAT) musi uwzględniać wszelkie koszty jakie wykonawca poniesie przy realizacji zamówienia a także rabaty, bonifikaty, upusty itp.”.

Wykonawca CITY SECURITY zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 924.876,53 zł brutto, zaś konsorcjum DOZORBUD za kwotę 1.036.422,23 zł brutto.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W ustawie Pzp brak jest jednak definicji rażąco niskiej ceny. Dlatego też przyjmuje się, iż ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, a więc cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe.

Tak więc Zamawiający w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską powinien odnieść zaoferowaną cenę do ustalonej przez siebie wartości szacunkowej zamówienia, a następnie do cen innych ofert. Czynności te jednak nie są jeszcze wystarczające do odrzucenia oferty danego wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco

niskiej ceny. Zamawiający w przypadku powzięcia informacji o rażąco niskiej cenie zobowiązany jest bowiem zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), gdyż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie ceny za rażąco niską bez dania wykonawcy możliwości wykazania, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelna. Dopiero ocena wszystkich tych okoliczności, w tym także złożonych wyjaśnień, pozwala na dokonanie prawidłowej oceny czy doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający postawił wykonawcom warunek posiadania personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Niedopuszczalnym było więc legitymowanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dysponowaniem personelem zatrudnionym na innej podstawie niż umowa o pracę (np. na podstawie umowy cywilnoprawnej). Tymczasem Zamawiający w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie przyznał, iż istotnie niefortunnie sformułował ów warunek, dodatkowo podkreślając, iż mimo określonych postanowień SIWZ, dopuszczał on wszelkie sposoby dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Na dopuszczalność zatrudnienia pracowników także na innych podstawach niż umowa o pracę miała wskazywać bowiem okoliczność braku żądania złożenia przez wykonawców dokumentu potwierdzającego zatrudnienie pracowników na tej właśnie podstawie. Okoliczność ta, wobec jednoznacznego brzmienia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie zasługuje na uwzględnienie. Tak postawiony warunek, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, bezwzględnie wymagał przyjęcia do kalkulacji ceny kosztów personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Istotne jest bowiem to co jednoznacznie zostało przez Zamawiającego wyartykułowane w treści SIWZ, a nie nikomu nieznanego jego intencje.

Niewątpliwym jest, iż głównym czynnikiem cenotwórczym w cenie przedmiotowego zamówienia są koszty zatrudnienia personelu, a przesądza o tym specyfika zamówienia, tj. usługa ochrony osób i mienia. Na wysokość tych kosztów wpływa więc ilość roboczogodzin personelu zatrudnionego – zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego – tylko i wyłącznie na podstawie umowy o pracę. Tak więc to Odwołujący w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał, iż w przypadku zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę (zarówno w pełnym, jak i niepełnym wymiarze czasu pracy) koszt jednej roboczogodziny wynosi 12,98 zł/godz. Oznacza to, przy przyjęciu wymaganego czasu wykonywania zamawianej usługi oraz ilości chronionych obiektów, że skalkulowanie kosztu jednej roboczogodziny poniżej tej kwoty (12,98 zł/godz.) rodzi podejrzenie, iż koszt jednej roboczogodziny, a tym samym realizacja całej usługi dokonana ma być poniżej kosztów jej realizacji. Dwóch wykonawców zaoferowało koszt jednej roboczogodziny poniżej jej kosztu wyliczonego przez Odwołującego. Skalkulowany przez nich koszt jednej roboczogodziny, a

tym samym koszt realizacji całej usługi (w kontekście szczegółowych wyliczeń kosztów 1 rbg dokonanej przez Odwołującego) nie został prawidłowo skalkulowany. W przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę obowiązkowa stawka minimalnego wynagrodzenia brutto w 2012 roku jest bowiem znana i wynosi 1.500,00 zł. W przypadku przyjęcia obowiązkowego zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę koszt jednej roboczogodziny nie może być więc skalkulowany poniżej kwoty wykazanej przez Odwołującego, a przyjęcie kwoty niższej wskazuje na skalkulowanie kosztu roboczogodziny, a tym samym realizacji zamówienia poniżej kosztów jego realizacji i winno skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Niemniej jednak czynności odrzucenia na podstawie ww. przepisu, jak wynika z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje się po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym Zamawiający powinien wezwać wykonawcę CITY SECURITY i konsorcjum DOZORBUD do złożenia wyjaśnień czy kalkulując cenę złożonej oferty uwzględnili tylko i wyłącznie personel zatrudniony na podstawie umowy o pracę a jeśli tak jakie czynniki spowodowały jej ustalenie poniżej obowiązkowych kosztów pracowniczych. W przypadku odpowiedzi twierdzącej (ujęcia do kalkulacji personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę) i braku wykazania ujęcia w kalkulacji obowiązkowych kosztów pracowniczych oferty wykonawcy CITY SECURITY i konsorcjum DOZORBUD winny zostać odrzucone (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Potwierdzenie zaoferowania przez ww. wykonawców ceny rażąco niskiej (ceny poniżej kosztów realizacji zamówienia) spowoduje także wyczerpanie znamion czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustalenie jednej roboczogodziny poniżej kwoty 12,98 zł/godz., przy uwzględnieniu zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, oznacza niewątpliwie, iż wykonawca zaoferował realizację danej usługi poniżej kosztów własnych. Niemniej jednak zaoferowanie realizacji usługi poniżej kosztów nie jest jeszcze wystarczające dla zakwalifikowania danego zachowania jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest bowiem wykazanie, że takie zachowanie doprowadziło do eliminacji innych podmiotów z rynku. Niewątpliwym jest, że zarówno Odwołujący, jak i pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia działają w warunkach określonego rynku (ryнку usług ochroniarskich). Naturalnym jest więc podejmowanie przez nich takich działań, które pozwolą im na uzyskanie danego zamówienia publicznego. A ponieważ dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym jest wykazanie dokonania sprzedaży towarów poniżej kosztów wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, o ile utrudnienie to ma za swój

cel eliminację innych przedsiębiorców dlatego też potwierdzenie tych okoliczności zasadnym uczyni postawienie wykonawcom i tego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i ograniczające je do wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 388,60 zł, stosownie do faktury oraz rachunku złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: