

WYROK

z dnia 22 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **13 grudnia 2010 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Purzeczek-Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczek Securitas Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Nowa 3A, 18-400 Łomża**, w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostką Wojskowa 3537, ul. Czwartków 1, 87-300 Brodnica**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Skorpion Monitoring Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Purzeczek-Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczek Securitas Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Nowa 3A, 18-400 Łomża** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Purzeczek-Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczek Securitas Sp. z o.o.,** z adresem lidera konsorcjum: **ul. Nowa 3A, 18-400 Łomża** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu.**

Skład orzekający Izby:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 3537 Brodnica – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Wykonanie usługi ochrony osób i mienia świadczonej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO) na rzecz Jednostki Wojskowej 3537 i Wojskowej Komendy Uzuppełnień w Brodnicy.*

W dniu 13 grudnia 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Purzeczek-Grupa Securitas Sp. z o.o. i Purzeczek Securitas Sp. z o.o. złożyli odwołanie od czynności oceny ofert i wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum: Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Skorpion Monitoring Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Konsalet).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – poprzez dokonanie niewłaściwej, pobieżnej i niezindywidualizowanej oceny złożonych przez Konsorcjum Konsalnet wyjaśnień dotyczących sposobu ustalenia oferowanej Zamawiającemu ceny, a w szczególności oceny elementów oferty tego wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
2. art. 89 pkt. 4 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która w świetle złożonych wyjaśnień zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Konsalnet nie wskazało żadnych szczególnych okoliczności czy elementów kalkulacyjnych swojej oferty, w wyniku których oferowana przez Konsorcjum Konsalnet cena, w tak znaczny sposób różni się od wartości zamówienia oraz pozostałych cen oferowanych przez inne podmioty uczestniczące w tym postępowaniu.

Przedstawione przez Konsorcjum Konsalnet zestawienie zbiorcze kosztów wykonawcy nie jest – zdaniem Odwołującego – rzetelną kalkulacją ceny oferty, ponieważ nie zawiera danych umożliwiających dokonanie przez Zamawiającego obiektywnej oceny, czy wskazana cena ofertowa jest realistyczna i wiarygodna, a w szczególności czy wykonawca uwzględnił wszelkie koszty wykonania usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, przedłożone przez Konsorcjum Konsalnet wyjaśnienia nie wskazują, czy (i ewentualnie w jakiej wysokości) wykonawca ten ujął w swojej kalkulacji koszty utworzenia i utrzymania wymaganej przez Zamawiającego Grupy Interwencyjnej.

Odwołujący wskazał, iż wg posiadanych informacji Konsorcjum Konsalnet nie posiada obecnie grupy interwencyjnej, co oznacza, że kalkulując oferowaną Zamawiającemu cenę winno uwzględnić wszelkie związane z tym koszty. Niewykazanie w złożonej kalkulacji kosztów utworzenia i utrzymania grupy interwencyjnej uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie obiektywnej, zgodnej z dyspozycją art. 90 ust.2 ustawy Pzp, weryfikacji, czy ten element ceny oferty został skalkulowany rzetelnie, zgodnie z rzeczywistością i jaki miał wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z zaoferowaniem tak niskiej ceny powstaje – zdaniem Odwołującego – wątpliwość, czy Konsorcjum Konsalnet wbrew zapisom SIWZ nie zaplanowało realizacji umowy z Zamawiającym na zasadzie „podwykonawstwa” w szczególności w zakresie działań grupy interwencyjnej, a brak stosownych wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Konsalnet uniemożliwia usunięcie tych wątpliwości.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Konsalnet w złożonych wyjaśnieniach określiło wysokość kosztów pracowniczych (58.184,51zł netto), bez wskazania, w jaki sposób wyliczono tę kwotę, a w szczególności jaką zastosowano stawkę za 1 godzinę pracy poszczególnych grup pracowników, co uniemożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie, czy zatrudnieni przy wykonaniu zamówienia pracownicy ochrony spełniają warunki zatrudnienia wymagane przez Zamawiającego w SIWZ pkt III.5.16 w przedmiocie zatrudnienia tych osób wyłącznie w oparciu o umowę o pracę.

Wskazane braki wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Konsalnet nie pozwalają – zdaniem Odwołującego – stwierdzić, czy w zaprezentowanej kalkulacji uwzględnione zostały wszelkie koszty wynikające z zatrudnienia na podstawie stosunku pracy czyli wynagrodzenie brutto, obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne będące kosztem pracodawcy, wynagrodzenie urlopowe, odpis na ZFŚS.

Podana przez Konsorcjum Konsalnet kwota średnich miesięcznych kosztów pracowniczych w wysokości 58.184,51 zł netto (w tym „koszty monitoringu”) w ocenie Odwołującego jest całkowicie nierealistyczna i niewiarygodna.

Odwołujący podniósł, że przy zatrudnieniu wymaganego personelu za ustawowym wynagrodzeniem minimalnym (bez kosztu monitoringu) koszty średnio miesięczne związane z zatrudnieniem wynoszą 69.638,05 zł netto czyli o 16 % więcej niż wskazują wyjaśnienia Konsorcjum Konsalnet. Natomiast przy założeniu realnych średniomiesięcznych kosztów pracowniczych wykonania usługi przy zróżnicowaniu poziomu płac poszczególnych grup pracowników ochrony (bez kosztów monitoringu) koszty średniomiesięczne związane z zatrudnieniem wynoszą 79.774,57 zł netto (o 27% więcej niż wskazano w wyjaśnieniach).

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Konsalnet wskazując kwotę zysku w wysokości 3.473,82 zł netto, nie ujęło w tej kalkulacji kwoty podatku dochodowego CIT.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Konsorcjum Konsalnet są ogólnikowe, niedostatecznie umotywowane, nie wskazują czynników o charakterze obiektywnym, szczególnym i wyjątkowym jedynie dla tego konkretnego wykonawcy. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, iż zaoferowana cena jest rażąco niska i stanowi przesłankę odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Konsalnet i powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 17 grudnia 2010 r. Konsorcjum Konsalnet zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując, że w złożonych wyjaśnieniach przedstawił w sposób szczegółowy kalkulację cenową oferty.

Przystępujący podniósł, że przesłanka odrzucenia oferty, na którą powołuje się Odwołujący, nie ma zastosowania, ponieważ wykonawca przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące ceny, wskazujące na obiektywne czynniki wpływające na cenę, a ustawodawca nie określił wytycznych, których należy się trzymać sporządzając takie wyjaśnienia. Ponadto Przystępujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień wymagał jedynie *udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny*, nie określając w jaki sposób należy to przedstawić.

Zdaniem Przystępującego, cena jego oferty nie odbiega znacząco od cen pozostałych wykonawców, nie jest też ceną niewiarygodną czy nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych, nie zaistniała zatem przesłanka odrzucenia oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 1.152.360 zł, natomiast podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.380.000 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, których ceny kształtowały się w przedziale od 1.017.856,54 zł brutto (oferta Przystępującego) do 1.387.134,14 zł brutto. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę 1.211.867,87 zł brutto, tj. 16% wyższą niż Przystępujący.

W złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach Przystępujący wskazał m.in., że zaoferowana cena uwzględnia zysk oraz wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym zatrudnienie wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, koszty funkcjonowania grupy interwencyjnej, nadzoru i administracji oraz koszty związane z umundurowaniem i wyposażeniem.

Przystępujący wskazał, że elementem kalkulacji zaoferowanej Zamawiającemu ceny są:

- średnie miesięczne koszty pracownicze (miesięczny koszt roboczogodziny pracownika pełniącego funkcję nadzoru, koszty roboczogodziny dowódcy zmiany, koszt roboczogodziny pracownika ochrony, koszt roboczogodziny grupy interwencyjnej, pełny koszt monitoringu) - na łączną kwotę 58.184,51 zł netto,
- koszty związane z wyposażeniem, umundurowaniem oraz uzupełnieniem urządzeń technicznych - 6.193,20 zł netto,
- koszty związane z obsługą administracyjną i nadzór nad prawidłowym wykonaniem umowy - 1.674 ,19 zł netto,
- zysk - 3.473,82 zł netto.

Izba stanęła na stanowisku, że dla zbadania podniesionych przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny podstawowe znaczenie ma zasadność czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty.

Należy uznać, że wartość zamówienia oszacowana na podstawie analizy rynku oraz ceny czterech złożonych ofert dają przybliżony obraz sytuacji rynkowej i cen w branży ochrony, można zatem przyjąć te wartości jako punkt odniesienia przy analizie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Na tej podstawie Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Cena zaoferowana przez Przystępującego, w ocenie Izby, była ceną nie różniącą się w sposób znaczący ani od cen ofertowych pozostałych wykonawców, ani od wartości szacunkowej zamówienia. Co więcej, wszyscy wykonawcy zaoferowali ceny zbliżone, różnica między kolejnymi ofertami wynosiła od kilku do kilkunastu procent. Przy takim ukształtowaniu cen, kwota zaoferowana przez Przystępującego – przez sam fakt, że była najniższa – nie uzasadniała podejrzania o rażąco niską cenę. Taka rozpiętość cen jest naturalna w postępowaniu o zamówienie publiczne, a udzielenie zamówienia spełniającego oczekiwania zamawiającego za jak najniższą cenę jest istotą i celem udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Nie można więc z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych, doprowadziłoby to bowiem do niezrozumiałego i niczym nieuzasadnionego „karania” wykonawców za to, że ubiegając się o zamówienie w dobrej wierze złożyli ofertę z najniższą ceną.

Faktem jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest nieostre i nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, jednak Izba wskazuje, że należy je interpretować z zachowaniem obowiązującego w języku polskim znaczenia użytych przez ustawodawcę określeń oraz racjonalnego osądu. Przy zastosowaniu tych reguł brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena jednego wykonawcy (Odwołującego) jest prawidłowa, a cena kolejnego (Przystępującego) jest rażąco niska, w sytuacji, gdy różnica tych cen wynosi zaledwie 16%, a zaoferowane kwoty nie odbiegają od realiów rynkowych.

Ponadto sam Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył, że wezwania do wyjaśnień dokonał z ostrożności, chcąc zachować należytą staranność w związku z faktem, że cena oferty Przystępującego była niższa od wartości szacunkowej zamówienia, nie wskazał jednak żadnych konkretnych powodów, które uzasadniałyby wątpliwości co do zaoferowanej ceny.

Wobec powyższego należy uznać, że brak było podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Nie można zgodzić się z tezą Odwołującego, że dokonanie wezwania ustanowiło domniemanie rażąco niskiej ceny, którego Przystępujący nie obalił. Abstrahując w tym miejscu od generalnej zasadności wywodzenia domniemanie z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, należy wskazać, że niedopuszczalne jest uznanie, iż nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnień nałożyło na wykonawcę ciężar wykazania wyjątkowych okoliczności, które spowodowały obniżenie ceny, w sytuacji, kiedy cena ta wcale nie została nadmiernie obniżona w porównaniu do cen rynkowych.

Wobec faktu, że czynność wezwania Przystępującego do wyjaśnień nie znajduje oparcia w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest ona prawnie bezskuteczna, a ocena złożonych wyjaśnień jest zbędna dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż niezasadne są wyliczenia dokonane przez Odwołującego, dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił minimalnego wymiaru tego zatrudnienia. Odwołujący nie wykazał również zasadności tezy, że Przystępujący nie wywiąże z obowiązków nałożonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....