

WYROK

z dnia 15 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie ul. Jana Kazimierza 578, 05-126 Nieporęt, Rembelszczyzna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 392 ust. 1 Pzp pod nazwą: „Usługa ochrony osób i mienia wraz z obsługą recepcji obiektów OGP GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz.Urz. UE 28 maja 2021 r. nr 2021/S 102-269660.

Odwołujący: „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w składzie: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (Konsorcjum Solid),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, w warunkach, w których oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że istotna część składowa ceny – cena jednostkowa netto za roboczogodzinę czynności serwisowych systemów zabezpieczeń technicznych, zaoferowana przez Konsorcjum Solid jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej ewentualnie
- 3) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Solid do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia wysokości istotnej części składowej ceny – ceny netto roboczogodziny za świadczenie usług czynności serwisowych, w tym naprawy systemów zabezpieczeń technicznych elektronicznej ochrony obiektu.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę za świadczenie usług czynności serwisowych (naprawy systemów elektronicznej ochrony obiektu), co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny netto roboczogodziny za świadczenie usług serwisowych (naprawy systemów zabezpieczeń technicznych).

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, ewentualnie – wezwania Konsorcjum Solid do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny za realizację usług czynności serwisowych (naprawy systemów zabezpieczeń technicznych) oraz dokonania ponownej oceny ofert,

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, a za najkorzystniejszą uznano ofertę Konsorcjum Solid. Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, pomimo że cena zaoferowana za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską z uwagi na fakt, że istotny element składowy tej ceny jest rażąco niski.

Odwołujący opisał pojęcie ceny rażąco niskiej na podstawie orzecznictwa, a także pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu”.

m.in. „ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy (KIO 2588/17).

W zamówieniu Zamawiający wyszczególnił czynności serwisowe jako odrębną usługę w ramach wykonywania zamówienia, wskazując na wyspecjalizowane kryteria osobowe, wobec czego cena za wykonywanie czynności serwisowych systemów elektronicznej ochrony obiektu jest niewątpliwie istotną częścią składową. O istotności części składowej świadczy również fakt, że usługi serwisowe w znacznym stopniu generują koszty po stronie wykonawcy.

Cena za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie czynności serwisowych, jaką zaoferowało Konsorcjum Solid zawiera wszystkie cechy ceny rażąco niskiej wskazywane w orzecznictwie, tj. cena ta jest ceną, co do której oczywistym jest, że nie da się za taką kwotę wykonać zamówienia; jest ceną oderwaną od realiów rynkowych; jest ceną wskazującą, że Wykonawca realizowałby zamówienie poniżej kosztów jego wykonania; jest ceną, która wykazuje rażąco dysproporcję do przedmiotu zamówienia, co wynika w szczególności z poniższego.

Odwołujący wskazał na postanowienia specyfikacji warunków zamówienia dotyczące zakresu i warunków realizacji zamówienia realizacji zamówienia w zakresie napraw i serwisu SEOO oraz pracowników, którzy mają realizować zamówienie, które to warunki te wpływają na cenę ofertową w przedmiotowym postępowaniu przypominając, że system elektronicznej ochrony obiektów (SEOO) składa się z Systemu Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWiN), Systemu Kontroli Dostępu (SKD), Systemu Monitoringu Wizyjnego (CCTV), Systemu Ochrony Obwodowej (SOO), Elektronicznego Systemu Ewidencji Kluczy (ESEK).

Wszystkie awarie dotyczące wymienionych systemów, zgodnie z warunkami postępowania, mają być usuwane przez minimum 2 (dwóch) kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego dedykowanych do wykonywania czynności serwisowych systemów

elektronicznej ochrony obiektów, z których każdy posiada wymagane kwalifikacje i uprawnienia.

Zamawiający przewidział, że rozliczenie usług naprawy systemów zabezpieczeń technicznych będzie liczone w oparciu o wynagrodzenie za jedną Roboczogodzinę pracy przy usuwaniu Awarii i Usterek, zawierające koszty dojazdu i noclegu, oraz koszt urządzeń, części zamiennych i materiałów, zgodnie z przyjętym i zaakceptowanym przez Zamawiającego kosztorysem. Zgodnie z zał nr 13 do Umowy – Kosztorys czynności serwisowych, cena netto za roboczogodzinę czynności serwisowych (Rg) miała zostać skalkulowana wraz z wszystkimi narzutami w tym kosztami dojazdu do obiektu, wynajmem sprzętu oraz kosztami wszystkich drobnych materiałów eksploatacyjnych użytych do wykonania tych czynności, w szczególności: śrubki, nakrętki, taśmy izolacyjne, systemy mocowań, itp. (w zł/Rg). „Czynności serwisowe powinny być wykonywane zgodnie z Regulacjami Zamawiającego przy udziale minimum 2 pracowników Wykonawcy. Wskazana cena za roboczogodzinę, dotyczy pracy dwóch pracowników Wykonawcy”. Rozliczenie z tytułu usług naprawy systemów zabezpieczeń technicznych, zgodnie z przewidzianym we Wzorze umowy sposobem rozliczeń, ma się odbywać z uwzględnieniem wynagrodzenia za jedną roboczogodzinę pracy przy usuwaniu Awarii i Usterek. Cena netto roboczogodziny wskazana w Załączniku nr 2 do Zaproszenia – Formularz cenowy w części III lit b) powinna zostać skalkulowana z uwzględnieniem powyższych kryteriów i obejmuje stawkę za roboczogodzinę wykonywania czynności serwisowych dwóch pracowników zabezpieczenia technicznego.

Konsorcjum Solid wskazał cenę netto roboczogodziny za wykonanie czynności serwisowych (napraw systemów zabezpieczeń technicznych) w wysokości 120,00 zł, co jest ceną rażąco niską. Koszt roboczogodziny zatrudnienia pracownika z minimalnym wynagrodzeniem ponoszony przez pracodawcę wynosi ok. 23,81 zł. Osoby posiadające kwalifikacje wymagane do wykonywania czynności serwisowych systemów elektronicznej ochrony obiektów, nie podejmują zatrudnienia w oparciu o stawki minimalne. Koszty takiego pracownika to średnio 105,00 – 110,00 zł/ rbg pracy/świadczenia usług. Awarie systemów najczęściej wymagają zastosowania specjalistycznego sprzętu, w tym ciężkiego m.in. dźwigów osobowych, czy też koparek. Ceny za godzinę usługi wynajęcia takiego sprzętu wahają się średnio od 150,00 zł/h do nawet 750,00 zł/h od rodzaju sprzętu. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Solid nie pokrywa nawet minimalnych kosztów wynagrodzeń kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, a wykonawca w ramach ceny nie jest w stanie należycie wykonać usług naprawy systemu elektronicznej ochrony obiektu.

Zamawiający: w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego;

Wskazał, iż stawiany zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu oceny, iż zawiera ona rażąco niską cenę nie może nastąpić bez uprzedniego wezwania wykonawcy w trybie art. 224 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub istotnej jej części składowej. Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia takich wyjaśnień i nadal nie widzi podstaw do takiego wezwania. Zakwestionował tezę, że cena za jedną roboczogodzinę świadczenia usług naprawy i serwisu SEOO stanowi istotną część składową ceny oferty.

Wskazał, że przy wartości zamówienia 8 668 146,55 PLN netto, a wartość napraw „SEOO” to kwota 500 476,60 PLN netto, która obejmuje wartość urządzeń, części zamiennych i materiałów - 293 476,6 zł, wartość wynagrodzenia za czynności napraw systemów zabezpieczeń technicznych (robocizna) – 207 000,00 zł, zatem szacunkowe wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi napraw i serwisu SEOO stanowi jedynie niespełna 2,4% wartości szacunkowej całego zamówienia, co nie pozwala na przyjęcie, iż cena Rg stanowi istotną część składową ceny oferty.

Dodatkowo wskazuje, że cena za jedną rg nie stanowiła osobnego kryterium oceny ofert, którym była wyłącznie cena.

Wskazał, że chybnym założeniem jest przyjęcie, iż cena za Rg obejmuje wykonywanie czynności serwisowych dwóch pracowników zabezpieczenia technicznego.

Założenie to nie znajduje podstaw w dokumentacji, a oparte jest jedynie na nieprawidłowo rozumianej treści Zał 13 do Umowy – Kosztorys czynności serwisowych.

Załącznik ten stanowi dokument służący rozliczeniu wykonanych przez Wykonawcę usług serwisowych na etapie realizacji zamówienia, ma charakter wtórny do wymagań w postępowaniu i dokumentów kształtujących cenę oferty, w tym cenę Rg czynności serwisowych.

Zamawiający wyjaśnia, że w objętym Tajemnicą przedsiębiorstwa Zał 1 do Umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia w Części nr II. R X. „Wskaźniki do kosztorysowania czynności serwisowych, o których mowa w R I, ust. 1 pkt 1) lit. b)-f) OPZ powyżej” wymagał wskazania ceny roboczogodziny dotyczącej pracy jednego pracownika Wykonawcy.

Również zgodnie ze wzorem Formularza cenowego (Zał do Zaproszenia do składania ofert), Wykonawcy w pkt III ppkt. b („Czynności serwisowe (naprawy Systemów Elektronicznej Ochrony Obiektów) zobowiązani byli wskazać cenę netto Rg pracownika zabezpieczenia technicznego jako „Cena netto Roboczogodziny pracownika zabezpieczenia technicznego”.

Treść OPZ (dokumentu, zgodnie z którym mają być świadczone usługi serwisowe) oraz treść Formularza cenowego (dokumentu służącego wycenieniu m.in. czynności serwisowych) nie pozostawiają wątpliwości, że Zamawiający wymagał podania kosztu za jedną rg czynności serwisowych wykonywaną przez jednego pracownika, a nie dwóch jak przyjął Odwołujący.

Natomiast na etapie wykonywania umowy tak ustalona cena Rg zostanie wykorzystana do ustalenia całkowitej ceny za wykonanie poszczególnych usług, wyliczonej w oparciu o Kosztorys czynności serwisowych. Wzór tego Kosztorysu wymaga wskazania w kol. 3 ilości rg oraz w kol. – Rg netto. W związku z wymogiem wykonywania czynności serwisowych przy udziale min 2 pracowników, w legendzie pod Kosztorysem objaśniono sposób wypełnienia, wskazując, że cena za rg (w kolumnie 4) dotyczy pracy 2 pracowników. Zatem z legendy wynika, iż na etapie realizacji przy rozliczaniu kosztu robocizny usługi serwisowej Wykonawca powinien wskazać ilość rg i wpisać cenę Rg oferowaną w Formularzu cenowym (dla jednego pracownika), ale odpowiadającą pracy dwóch pracowników.

Zamawiający wskazuje, iż stanowiąc inne stawki rg w odwołaniu to jedynie dowód kosztów jednego pracownika, jako elementu kosztów usług serwisowych zleczanych wykonawcom przez Odwołującego. Dowody te obrazują zatem koszty pozyskania przez Odwołującego usług serwisowych wykonywanych przez jego podwykonawcę, a nie koszty Przystępującego. Zamawiający ze z jego doświadczenia wynika, iż w analogicznych postępowaniach w wycenie przez poszczególnych wykonawców kosztów rg pracownika występują znaczące różnice, wynikające z lokalizacji i koncentracji obiektów objętych usług oraz indywidualnych możliwości wykonawców, posiadanego przez nich zaplecza kadrowo-technicznego na terenie lub w bliskiej odległości od punktów świadczenia tych usług.

Dla przykładu Zamawiający wskazał stawki za jedną roboczogodzinę świadczenia usług naprawy i serwisu SEOO w innych jego Oddziałach.

Wskazał także, że % który w przedstawionych umowach stanowi usługa wykonywania czynności serwisowych 7,14%, 5,88 %, 12,47%, 3,8%, 2,27 %.

Przedstawione ceny, pozyskane w ostatnim okresie przez Zamawiającego, obrazują znaczne zróżnicowanie oraz potwierdzają rynkowy i realny charakter ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Odwołujący w Oddziale w Rembelszczyźnie powierza do wykonania tę usługę podwykonawcy ENST S.A. (podwykonawstwo nie było w tym przypadku wyłączone), a zatem po znacznie niższej cenie niż zaoferowana w tym postępowaniu przez Wykonawcę ENST S.A. Zamawiający zwraca uwagę, że wartość łącznego wynagrodzenia Wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu jest zbliżona. wpłynęły 4 oferty, złożone przez: Konsorcjum Solid w wysokości: 8 179 140,84 PLN, STEKOP S.A. 8 512 750,49 PLN, ERA Sp. z o.o. 8.831.203,40 PLN i NAFTOR Sp. z o. o. - 9 899 286,98 PLN.

Zaoferowane ceny są do siebie zbliżone, a oferta Odwołującego, jest wyższa od oferty Przystępującego jedynie o 4%. Są to standardowe w postępowaniach o udzielenie zamówienia różnice, stanowiące efekt gry konkurencyjnej wykonawców, nie budzące wątpliwości co do realności zaoferowanej przez Przystępującego ceny.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, cena Przystępującego za czynności serwisowe nie jest ceną realną i nie wykazał, iż cena ta ma istotny wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, by w ogóle można było uznać ją za istotny element składowy ceny oferty.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska do protokołu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny i wobec obszernego przedstawienia go w stanowiskach stron, w szczególności w pismach procesowych tj. odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, kolejne opisanie tego stanu jest zbędne.

Istotą w rozpatrywanej sprawie jest ocena, czy przystępujące do postępowania odwoławczego

Skład orzekający podziela stanowisko, iż w rozpatrywanym postępowaniu nie zaistniała ustawowa przesłanka obligująca zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do ceny oferty przystępującego. Również zasadnie zamawiający kwestionuje twierdzenie jakoby szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy z tytułu świadczenia usługi napraw i serwisu SEOO stanowiło istotną część składową ceny oferty mającą stanowić podstawę do prowadzenia wyjaśnienia tej wielkości. Wynagrodzenie to stanowi jedynie niespełna 2,4% wartości szacunkowej całego zamówienia i nie może mieć realnego wpływu na całość zaoferowanej ceny. Dodatkowo Zamawiający można zauważyć, że jedynie cena całkowita brutto stanowiła kryterium oceny ofert, a ceny wszystkich czterech wykonawców, jak przypomniał zamawiający, były porównywane.

Skład orzekający w oparciu o dokumentację postępowania potwierdza poprawność wyводу zamawiającego co do sposobu kalkulacji ceny netto za 1 roboczogodzinę w kosztorysie ofertowym dla jednego pracownika na etapie ofertowania z zastrzeżeniem rozliczania usług wg Załącznika nr 13 do Umowy – Kosztorys czynności serwisowych, na etapie realizacji zamówienia. Przypominając, że podstawą odrzucenia oferty jest rażąco niska jej cena jako całości.

Z zestawienia ofert w sprawie wynika, że zaoferowane ceny są do siebie zbliżone, a cena oferty Odwołującego, jest wyższa od oferty Przystępującego jedynie o 4%. Są to w istocie

standardowe w postępowaniach o udzielenie zamówienia różnice, które nie powinny budzić wątpliwości co do realności kwestionowanej przez odwołującego ceny.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż zaferowana przez Przystępującego cena za czynności serwisowe nie jest ceną realną, a także nie wykazał, iż cena ta ma istotny wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, nawet, gdyby, co skład orzekający kwestionuje, uznać ją za istotny element składowy ceny oferty. Skoro zatem nie wykazano, w braku dowodów, rażąco niskiej ceny kwestionowanej oferty, odwołanie należało uznać za nieuzasadnione i podlegające oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: