

WYROK

z dnia 6 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 roku przez wykonawcę **Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka jawna w Grodzisku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Batalion Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsalnet Holding Spółkę Akcyjną, Konsalnet Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Monitoring Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **3 Batalionowi Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsalnet Holding Spółkę Akcyjną, Konsalnet Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Monitoring Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113,

poz. 759 ze zmianami) o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy ich oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **3 Batalion Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółkę jawną w Grodzisku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **3 Batalionu Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie** na rzecz **Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółki jawnej w Grodzisku Mazowieckim** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Batalion Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę fizyczną obiektów przez SUFO.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 30 maja 2011 roku wykonawca Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółka jawna w Grodzisku Mazowieckim (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Holding Spółkę Akcyjną, Konsalnet Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Monitoring Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w sytuacji, gdy – w ocenie odwołującego się – zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Konsalnet.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podniósł, że zamawiający, podczas publicznej sesji otwarcia ofert, stosownie do treści art. 86 ust. 3 Pzp podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia w wysokości 3.257.347,12 złotych natomiast cena oferty KONSALNET wynosi 1.789.841,88 złotych, co stanowi jedynie 54,95 % tej kwoty.

Zamawiający ochronę fizyczną obiektów przez SUFO określił na łączną ilość godzin 146100. Cena jednej roboczogodziny ochrony wyniosła u wykonawcy KONSALNET 9,96 złotych netto, podczas gdy cena odwołującego się wyniosła 11,20 zł. Zaproponowanie stawki 9,96 zł jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cena, wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość.

Odwołujący się uzasadniając swoje stanowisko wskazał na następujące dane i argumenty, na podstawie których dokonał kalkulacji:

Miesięczny koszt minimalnego wynagrodzenia powiększonego o dodatek nocny wynosi w bieżącym roku: - 1 757,00 zł.

Przy średnio 168 godzinach pracy w miesiącu minimalna stawka wynagrodzenia wynosi 1757,00/168 godz. = 10,46 złotych.

I. Podstawy prawne do kalkulacji

1. Minimalne wynagrodzenie

- art. 13 kp.

- ustawa z dn. 10.10.2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005r. Nr 157, poz. 1314),

- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 05.10.2010r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 20lir..

2. Dodatek nocny

- art. 151⁷ kp,

- art. 151⁸ kp,

3. Godziny nadliczbowe

1. art. 151 kp,

2. art. 151¹ kp

II. Zasady dofinansowania wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych

- ustawa z dn. 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2008r. Nr 14, poz. 92 późn. zm.),

- rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 9 stycznia 2009r. w sprawie miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych(Dz. U. 2009 nr 8 poz. 43).

III. Status SUFO (Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej) przedsiębiorcy posiadającego koncesję MSWiA na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia

1. ustawa z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. Nr 114 poz. 740 z późn. zm),
2. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 sierpnia 1998r.w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. Nr 113, poz. 730).

IV. Zasady ochrony obiektów Ministerstwa Obrony Narodowej przez SUFO

- rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz. U. Nr 60, poz. 647 z późn. zm),
- rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej w sprawie wewnętrznych służb ochrony działających na terenach komórek i jednostek organizacyjnych resortu Obrony Narodowej(Dz.U.1999 nr 58, poz.619),
- Instrukcję o ochronie obiektów wojskowych - sygn. Szt. Gen. 1589/2004(dokument niepublikowany), - Zasady wykorzystania specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych (SUFO)w systemie ochrony fizycznej WŁĄD - Warszawa 2007 (dokument niepublikowany).

V. Założenia do kalkulacji

1. Zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz „Zasadami wykorzystania SUFO w systemie ochrony fizycznej wojsk lądowych" obiekty wojskowe muszą być chronione przez pracowników ochrony zatrudnionych przez SUFO na podstawie umowy o pracę oraz posiadających licencje i poświadczenie bezpieczeństwa.

2.Zgodnie ze SIWZ zamówienie obejmuje łącznie do przeprowadzenia w ciągu 19 m-cy :

- 146 100 rob/godz.
- w przeliczeniu na jeden miesiąc:
- $146\ 100 : 19 = 7\ 690$ rob/godz.
- w przeliczeniu na zatrudnienie pracowników ochrony na podstawie umowy o prace przy przeciętnym miesięcznym wymiarze czasu pracy 168 godz.:
- $7\ 690 : 168 = 46$ etatów.

Zatem w celu wykonania zamówienia niezbędne jest zatrudnienie min.46 pracowników ochrony (bez rezerwy na zastępstwo w czasie choroby i urlopu).

3. Koszty osobowe - do kalkulacji należy przyjąć zgodnie z kodeksem pracy obowiązujące minimalne wynagrodzenie oraz ryczałtowo ustalony dodatek nocny - ponieważ ochrona obiektów musi być prowadzona w zmianowym systemie czasu pracy przez 24 godz. na dobę

- miesięczny koszt brutto minimalnego wynagrodzenia powiększonego o dodatek nocny wynosi w bieżącym roku: - 1 757,00 zł.

VI. Minimalne koszty osobowe dot. wykonania zamówienia.

1.Koszty miesięczne w/g przyjętych założeń: 46 (pracowników) x 1 757,00 zł (koszt brutto wynagrodzenia) = 80 822,00 zł. 2.Koszty osobowe całego kontraktu: 80 822,00 zł x 19 = 1 535 418,00 zł.

VII. Cena do oferty

- przy założeniu zysku brutto = 6,5%: - 1 635 433,00 zł.

VIII. Uwagi do proponowanej ceny ofertowej

I. Zysk w/g przedstawionej ceny ofertowej wynosi 100 000,00 zł brutto i gwarantuje pokrycie kosztów obsługi administracyjnej kontraktu.

2. W kalkulacji nie ujęto kosztów umundurowania i wyposażenia pracowników ochrony ponieważ SELEN sp. j. obsługuje przedmiotowy obiekt od 4 lat i nie musimy ponosić jakichkolwiek nowych kosztów dot. wyposażenia pracowników ochrony.

3.SELEN sp. j. posiada status zakładu pracy chronionej i z tego tytułu otrzymuje z PFRON dofinansowanie do wynagrodzenia zatrudnianych pracowników niepełnosprawnych.

Do realizacji przedmiotowego kontraktu nie przewiduje się zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych.

Z kalkulacji bilansowej funkcjonowania SELEN sp. j. za rok 2010 wynika, że dofinansowanie z PFRON stanowiło ok 25% całkowitych kosztów osobowych z uwzględnieniem wszystkich pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Przyjmując zatem dofinansowanie z PFRON na podobnym poziomie w roku 2012 można przyjąć, że zmniejszenie kosztów osobowych przedstawionych w niniejszej kalkulacji o kwotę 380 000,00 zł tj. 25% tych kosztów zapewni pokrycie wzrostu minimalnego wynagrodzenia w

2012 roku, a także pokrycie kosztów urlopów pracowniczych i ewentualnych zwolnień lekarskich gwarantując przy tym zysk wynikających z realizacji kontraktu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Holding Spółkę Akcyjną, Konsalnet Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Monitoring Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Konsalnet Skorpion Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Zamawiający na rozprawie w dniu 6 czerwca 2011 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się złożył ofertę sklasyfikowaną jako druga w rankingu ofert. Uznanie oferty przystępującego za najkorzystniejszą pozbawia odwołującego się uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że argumentacja odwołującego się opiera się na kalkulacji dokonanej na podstawie danych dotyczących pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący się podnosił bowiem, że zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz „Zasadami wykorzystania SUFO w systemie ochrony fizycznej wojsk lądowych” obiekty wojskowe muszą być chronione przez pracowników ochrony zatrudnionych przez SUFO na podstawie umowy o pracę oraz posiadających licencje i poświadczenie bezpieczeństwa.

Zamawiający i przystępujący nie zgodzili się z powyższym stwierdzając, że w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma wymogu zatrudniania pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę. Warunku tego nie ma w żadnym z aktów prawnych przywołanych przez odwołującego się w odwołaniu, jak również we wskazanych wyżej „Zasadach wykorzystania SUFO w systemie ochrony fizycznej wojsk lądowych”.

Izba w tym zakresie poparła stanowisko zamawiającego i przystępującego. Istotnie, w żadnym ze wskazanych przez odwołującego się aktów, jak również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawnych nie ma obowiązku zatrudniania pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę, co jest równoznaczne z przyjęciem, że podstawą zatrudnienia mogą być również umowy cywilnoprawne.

Niemniej jednak Izba ustaliła, że przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz osób będących wykonywać przedmiot zamówienia, w którym wskazał umowę o pracę jako podstawę dysponowania wskazanymi osobami. W tej sytuacji bez znaczenia jest argument, że umowa o pracę jest (bądź nie jest) obowiązkową podstawą zatrudnienia pracownika ochrony. Skoro taka podstawa została przez przystępującego wskazana, zamawiający i przystępujący winni byli wykazać, że pomimo zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska. Powinni byli zatem skupić się na zanegowaniu kalkulacji dokonanej przez odwołującego się bądź przedstawieniu innych czynników mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej. Tymczasem zarówno zamawiający, jak i przystępujący na rozprawie skupili się na wykazywaniu, że umowa o pracę nie musi być podstawą zatrudnienia pracowników wykonawcy, natomiast w zakresie obalenia zarzutu rażąco niskiej ceny nie został przedstawiony ani jeden dowód. Argumenty przedstawione przez przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego mają natomiast ogólny charakter i w żaden sposób nie wyjaśniają wysokości zaoferowanej ceny.

Izba uwzględniając odwołanie wzięła pod uwagę fakt, że istotnie cena ofertowa przystępującego znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, co może uzasadniać podejrzenie, że jest rażąco niska. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający

oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia »rażąco niska cena«. Słownik języka polskiego PWN opisuje przymiotnik »rażący« jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Izba wskazuje tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołującego się co do nakazania odrzucenia oferty przystępującego się. W przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....