

Sygn. akt: KIO 1636/18

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SOCIETAS sp. z o.o., Guardia sp. z o.o. (ul. Metalowców 25, 54-156 Wrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu (ul. C.K. Norwida 25, 50-375 Wrocław)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Safety Security partner sp. z o.o. sp. k., Impel Facility Services sp. z o.o. (ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SOCIETAS sp. z o.o., Guardia sp. z o.o. (ul. Metalowców 25, 54-156 Wrocław)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SOCIETAS sp. z o.o., Guardia sp. z o.o. (ul. Metalowców 25, 54-156 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony osób i mienia przed kradzieżą, kradzieżą z włamaniem, rabunkiem i dewastacją obiektów na terenie obiektów Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Societas sp. z o.o. i Guardia sp. z o.o. wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej. Zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenie z postępowania Wykonawców wstępujących wspólnie tj. Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o., wykluczenie z postępowania Wykonawców wstępujących wspólnie tj. Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. odrzucenie oferty Wykonawców wstępujących wspólnie tj. Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o.; ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnieśli o przeprowadzenie dowodu z kalkulacji przygotowanej przez Polską Izbę Ochrony na dzień 9 listopada 2017 r. dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy oferty Wykonawców tj. Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. mają charakter ceny rynkowej, uwzględniającej postawione przez Zamawiającego wymagania, w szczególności te umożliwiające zatrudnienie w podanym przez Zamawiającego wymiarze czasu osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, umożliwiając jednocześnie osiągnięcie przez w/w Wykonawców zysku.

Kwota jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia wynosi 693.981,17 złotych brutto. Zdaniem Odwołującego, cena zaproponowana w ofercie Wykonawców wstępujących wspólnie Impel Safety Security Partner sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. (571.142,91 zł brutto) w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach. Podobne uwagi Odwołujący odniósł do ceny realizacji zamówienia zaproponowanej w ofercie Wykonawców wstępujących wspólnie Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o., gdzie zaproponowana cena wynosi 632.614,83 zł brutto.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego powinien był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy - czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na kalkulację przygotowaną przez Polską Izbę Ochrony na dzień 9 listopada 2017 r., z której wynika, że minimalna stawka kalkulacyjna za godzinę ochrony jest na poziomie 21 złotych za godzinę pracy pracownika ochrony nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony i aż 23 złotych za godzinę pracy pracownika ochrony wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

Odwołujący przywołał art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym koszty pracy składające się na proponowaną usługę nie mogą być niższe 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 2017 r. poz. 847).

W ocenie Odwołującego, zaproponowane przez Wykonawców Impel Safety Security sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o. o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. oferty nie spełniają warunków kalkulacji przedstawionej przez Polską Izbę Ochrony z dnia 9 listopada 2017 r. w powiązaniu z warunkami przetargowymi jakie zaproponował Zamawiający. Wynika to wprost z w/w kalkulacji i wartości jednostkowej netto usługi jakie podały w swych ofertach konsorcja Impel Safety Security sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. (lider konsorcjum) i Ekotrade Ochrona sp. z o.o.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w wymaganiach zapisał, że usługi mają być świadczone przez osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (tak pkt 5 lit. a - d Wymagań zawartych w SIWZ). Tacy pracownicy muszą spełniać podwyższone standardy, zarówno co do wykształcenia, jak i co do zdrowia. Odwołujący wskazał na Rozporządzenie Ministra Zdrowia 21 grudnia 2015 r. w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (Dz.U. z 2015 r. poz. 2323), zgodnie z którym pracownik starający się o wpis na listę kwalifikowanego pracownika ochrony powinien przejść szereg badań lekarskich i psychologicznych, które obejmują m. in. ogólne badanie stanu zdrowia, w tym ocenę narządu słuchu i równowagi, układu krążenia, układu ruchu i układu nerwowego, badania specjalistyczne (okulistyczne i psychiatryczne), czy inne badania specjalistyczne i badania pomocnicze, w przypadku stwierdzenia przez lekarza uprawnionego do przeprowadzania badania lekarskiego, że są one niezbędne do prawidłowej oceny stanu zdrowia osoby ubiegającej się o wpis lub posiadającej wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Z kolei badania psychologiczne obejmują m. in. ocenę sprawności intelektualnej, osobowości, z uwzględnieniem funkcjonowania w trudnych sytuacjach, poziomu dojrzałości społecznej i emocjonalnej. Brak spełnienia tych

wymagań dyskwalifikuje pracowników do wypełniania zadań kwalifikowanych pracowników ochrony. W szczególności na taką dyskwalifikację powinno wskazywać powoływanie się na personel z orzeczoną grupą niepełnosprawności, bowiem podważa to zasadność przyznania takim pracownikom uprawnień kwalifikowanych pracowników ochrony.

Odwołujący wskazał, że posłużenie się w ofertach konsorcjów Impel Safety Security sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. rażąco niską ceną oznacza równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 419). naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu

Zdaniem Odwołującego, złożenie ofert przez konsorcja Impel Safety Security sp. z o.o. sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie ofert przez w/w konsorcja jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jak dalej argumentował Odwołujący, przedstawienie ceny niższej, niż kalkulacja przygotowana przez organizację branżową skupiającą podmioty z runku usług ochrony i mienia świadczy o intencjonalnym działaniu składających takie oferty wykonawców, nakierowanym na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców).

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska i dowody Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające w trybie określonym w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych – czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie istniała podstawa formalna do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do tego artykułu, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych, jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W niniejszym postępowaniu taka konieczność nie zachodzi. Jak wskazał Zamawiający, wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 693 981,17 zł. Jeśli kwota ta zostanie pomniejszona o 30%, otrzymana zostanie kwota 485 786,82 zł. Zamawiający ustalił także, że średnia arytmetyczna ofert złożonych w postępowaniu wynosi 786 948,61 zł. Jeśli kwota ta zostanie pomniejszona o 30%, otrzymana zostanie kwota 508 864,03 zł.

Cena zaoferowana przez Wykonawcę Przystępującego wynosi 571 142,91 zł, zaś cena zaoferowana przez Konsorcjum Wykonawców Ekotrade wynosi 632 614,83 zł. Zaoferowane ceny są zatem wyższe od wartości, przy których wystąpieniu istniałaby wynikająca z ustawy konieczność dokonywania wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej przez Przystępującego ceny za wykonanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający dokonał wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej przez Wykonawcę: Impel Safety Security partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., Impel Facility Services sp. z o.o. Wyjaśnienia te zostały złożone Zamawiającemu w dniu 02 sierpnia 2018 roku, a zatem jeszcze przed dniem złożenia przez Odwołującego odwołania (13 sierpnia 2018 roku). Odwołujący miał świadomość, że takie wyjaśnienia zostały złożone, jednakże nie odniósł się do nich w treści odwołania. Skoro zatem wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny zostały złożone, Odwołujący nie odniósł się do nich, a co więcej, nie zaskarżył czynności utajnienia treści wyjaśnień, mimo że miał taką możliwość (jak wskazał, o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i jej składników dowiedział się przed datą upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), Odwołujący zaniechał inicjatywy dowodowej, zarzut stał się bezprzedmiotowy.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący przedstawił kalkulację Polskiej Izby Ochrony w sprawie opracowania minimalnej stawki za usługi ochrony (tzw. stawki kontraktowej) za godzinę ochrony w roku 2018. Kalkulacja ta przedstawia składniki kosztotwórcze stawki pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, z uwzględnieniem płacy minimalnej obowiązującej od 1 stycznia

2018 roku. W kalkulacji tej określono (obok składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, ekwiwalentu BHP), koszty administracyjne oraz zysk brutto firmy w wysokości 6%. Odwołujący nie zaprzeczył, że powyższa kalkulacja nie ma charakteru wiążącego. Ponadto do kalkulacji przyjęto określony zysk, a każdy wykonawca taki zysk może określić dowolnie. Już z tej okoliczności wynika, że kalkulacja ta jest jedynie przykładowa i nie może stanowić dowodu, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Impel jest rażąco niska.

Ponadto Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił „Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony – rok 2018”. Według tego opracowania, koszt podstawowy 1 roboczogodziny pracy pracownika wynosi 17,87 złotych. Również ta kalkulacja nie ma charakteru wiążącego i w związku z tym również należy wyprowadzić wniosek, że nie może stanowić dowodu, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Impel jest rażąco niska. Przedstawienie obu tych kalkulacji świadczyć może o tym, że jest wiele sposobów obliczenia stawki i biorąc pod uwagę różną wartość kosztów administracyjnych, czy zysku wykonawcy, wartości poszczególnych stawek mogą się różnić.

Podkreślenia wymaga, że w treści odwołania Odwołujący jako argumentację podnosił niezgodność zaoferowanych stawek z opracowaniem kosztowym Polskiej Izby Ochrony. Odwołujący nie przedstawił natomiast kalkulacji, która podważałaby lub stanowiła dowód na okoliczność, że zaoferowane przez Przystępującego lub Konsorcjum Ekotrade stawki nie spełniają określonych w obowiązujących przepisach wymagań dotyczących stawek minimalnych. Odwołujący nie sformułował zarzutu niezgodności stawki Przystępującego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami obowiązującego prawa.

Również ogólne wywody Odwołującego przedstawione w odwołaniu, dotyczące obowiązku wpisania na listę kwalifikowanych pracowników ochrony nie stanowią argumentu uzasadniającego postawiony zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach Wykonawców Impel Safety Security partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. Odwołujący nie wskazał, jaki wpływ miałyby ta okoliczność na kalkulację tych wykonawców.

Należy zauważyć, że stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba może orzekać w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Jedynie zatem dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w treści Informacji dla Wykonawców z dnia 6 lipca 2018 roku, stanowiącej załącznik do SIWZ w odpowiedzi na pytanie nr 4 wskazał, że dopuszcza realizację zamówienia przez osoby posiadające orzeczonego stopień niepełnosprawności, lecz osoby te winny być wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Z treści zatem ww. odpowiedzi Zamawiającego wynika, że Zamawiający dopuścił realizację zamówienia przez osoby

posiadające orzeczony stopień niepełnosprawności. Odwołujący natomiast nie wskazał konkretnego przepisu Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21.12.2015 r. w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (dalej: Rozporządzenie Ministra Zdrowia), z którego wynikałby zakaz zatrudnienia osób niepełnosprawnych (o jakimkolwiek stopniu niepełnosprawności). Wskazywany przez Odwołującego załącznik nr 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia stanowi jedynie formularz do wypełnienia przez osobę ubiegającą się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Odwołujący nie wyjaśnił także, czy wszyscy pracownicy ochrony winni być kwalifikowanymi pracownikami ochrony.

Ponadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający pozostawił w gestii Wykonawcy formę zatrudnienia pracownika w dodatkowym wymiarze roboczogodzin. Wynika to z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 6 Informacji dla Wykonawców z dnia 6 lipca 2018 roku, stanowiącej załącznik do SIWZ. Powyższe oznacza, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, wykonawcy mieli możliwość zatrudnienia pracownika w dodatkowym wymiarze roboczogodzin także na innej podstawie niż umowa o pracę.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w argumentacji podniósł, że złożenie ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o., było sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez Wykonawców Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. cena jest rażąco niska lub stanowi sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Tym samym Odwołujący nie dowiódł postawionej przez siebie tezy. Zarzut ten zatem podlega oddaleniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy oferty Wykonawców Impel Safety Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i Impel Facility Services sp. z o.o. oraz Ekotrade sp. z o.o. i Ekotrade Ochrona sp. z o.o. mają charakter ceny rynkowej, uwzględniającej postawione przez Zamawiającego wymagania. Należy zauważyć, że przedstawianie dowodów w zakresie cen minimalnych i możliwości leży w gestii wykonawców. Ceny rynkowe natomiast mogą kształtować się dowolnie, z uwzględnieniem wymagań określonych

przepisami prawa. Tym samym bezpodstawny jest wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na różnorodność występowania cen rynkowych.

Dowodzenie w tym zakresie, w szczególności przedstawianie dowodów i wyliczeń w zakresie ceny minimalnej, leżało w gestii Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

.....