

**WYROK**

**z dnia 16 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez P..... M..... – Przedsiębiorstwo Usługowe Ramzes w Bukowej w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz Zdrowia Świętokrzyski Oddział Wojewódzki w Kielcach

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P..... M..... – Przedsiębiorstwo Usługowe Ramzes w Bukowej oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
  
2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Fundusz Zdrowia Świętokrzyski Oddział Wojewódzki w Kielcach i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez P..... M..... – Przedsiębiorstwo Usługowe Ramzes w Bukowej tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Narodowego Funduszu Zdrowia Świętokrzyskiego Oddziału Wojewódzkiego w Kielcach na rzecz P..... M..... – Przedsiębiorstwo Usługowe Ramzes w Bukowej kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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 Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Narodowy Fundusz Zdrowia Świętokrzyski Oddział Wojewódzki w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Usługę sprzątnięcia pomieszczeń biurowych oraz ochronę osób i mienia na potrzeby Świętokrzyskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Kielcach - pakiet II - numer, dalej „Postępowanie”.

Wnoszący odwołanie (Odwołujący): Przedsiębiorstwo Usługowe „RAMZES” P..... M..... Bukowa, Krasocin odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku Postępowania, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie.

Oferta Wnoszącego odwołanie zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert w Pakiecie II, uzyskuje więc największą ilość punktów.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty STW SYSTEM Sp. z o.o. w Kielcach, jako oferty najkorzystniejszej w Pakiecie II;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Pakiecie II;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w Pakiecie II.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje<sup>3</sup>

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, której zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w Pakiecie II było (SIWZ str. 2): 1) ochrona osób i mienia oraz prowadzenie Punktu Informacyjnego, 2) sprzątnięcie terenów zewnętrznych, 3) sprzątnięcie terenów zielonych.

Zamawiający uznał ofertę Odwołującego w Pakiecie II za rażąco niską wyłącznie w oparciu o analizę jednego składnika ceny, tj. ceny za ochronę osób i mienia oraz prowadzenie punktu informacyjnego. Uzasadnienie odrzucenia oferty z dnia 20.12.2012 r. odniósł się tylko do ceny usługi ochrony. Zamawiający argumentując powody podjęcia decyzji o odrzuceniu

oferty powołał się na Rozporządzenie RM z dnia 14 września 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2013 r. (Dz. U. z 2012 poz. 1026), zgodnie z którym od 1.01.2013 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosić będzie 1600,00 zł brutto miesięcznie. Odwołujący zauważa, iż zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt. 4 odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie może nastąpić z powodu stwierdzenia przez Zamawiającego niskiej ceny za jedną pozycję oferty, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia obejmuje tych pozycji kilka.

Zamawiający uznał, iż oferta, w której wg niego część usług skalkulowano poniżej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę podlega z tego powodu odrzuceniu.

Przepisy prawa ani SIWZ nie ogranicza wykonawcy możliwości zatrudniania osób do wykonania zamówienia na podstawie umów cywilnoprawnych, dla których przepisy regulujące minimalne wynagrodzenie za pracę nie mają zastosowania. Po wtóre, możliwość korzystania z dofinansowania do zatrudniania osób niepełnosprawnych nie została wzięta przez Zamawiającego pod uwagę, pomimo wyraźnego wskazania tego faktu w wyjaśnieniach wysokości ceny mojej oferty. Odwołujący, posiadający status zakładu pracy chronionej może otrzymać dofinansowanie do wynagrodzenia zatrudnianych pracowników nawet w kwotach przekraczających wysokość zarobków tych pracowników. Po trzecie wreszcie, Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty stwierdził, iż „zdaniem zamawiającego konieczne są co najmniej 3 etaty”. Okoliczność ta nie stanowiła treści SIWZ, a formułowanie oczekiwań co do liczby etatów w piśmie o wyniku postępowania uznać należy za wyjątkowo spóźnione.

Odwołujący wykonywał już przedmiotową usługę u Zamawiającego w latach 2007- 2011, w związku z czym posiada bogatą wiedzę na temat możliwości wykonania zamówienia i liczby pracowników niezbędnych do tego, co również potwierdzać może rzetelność kalkulacji ceny mojej oferty.

W cenach złożonych ofert brak zarysowanego jest dominującego przedziału. Rozbieżność między najtańszą a najdroższą ofertą wynosi niemal 100% a oferty pośrednie w sposób proporcjonalny rozkładają się pomiędzy skrajnymi wartościami. Świadczyć to może o niedokładnym opisie przedmiotu zamówienia, co bez wątpienia premiowało wykonawców, którzy już wcześniej świadczyli usługi na rzecz Zamawiającego.

Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników ceny. „Stwierdzenie, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych

tylko pozycji.". KIO/UZP 123/08. Podobnie KIO/UZP 260/08 „Ponieważ stawka roboczogodziny za prace interwencyjne stanowi tylko jeden z elementów wyceny oferty, do tego, ze względu na trudność określenia ilości i zakresu tych prac, niepewny jest jej udział w kosztach całościowych wykonania zamówienia, trudno uznać, iż przesądza ona o tym, że wykonawca oferuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo iż jego działanie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”.

Ceny jednostkowe nie świadczą o rażąco niskiej cenie - KIO 2179/10: "Zamawiający nie ma oceniać poprawności wyliczeń dokonanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty, gdyż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych nie ocenia się poszczególnych cen jednostkowych, lecz cenę całej oferty.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10, w którym Sąd stwierdził m.in.: „(...) kryterium do ustalenia ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia. ”

Podobne stwierdzenie można znaleźć na str. 305 w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Warszawa 2007 r., pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, cyt. „ Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową ceny.”.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena" ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie (Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 czerwca 2008r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO/UZP 249/09, KIO/UZP 284/09). Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Brak uregulowania ustawowego definicji rażąco niskiej ceny, brak wyjaśnienia tejże definicji w dyrektywach oraz orzecznictwie ETS jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku braku definicji rażąco niskiej ceny, ustawodawca nie określił również przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zatem to zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero

wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Warto w tym zakresie przytoczyć wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, zgodnie z którym: „Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia”. W żadnym razie nie można natomiast uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia.

Niemniej jednak mimo, iż stawka przyjęta przez (...) jest niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia wynikająca z rozporządzenia Rady Ministrów z 11 września 2007r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2008 r. (...) nie może ona być podstawą stwierdzenia, iż cena zaproponowana przez (...) jest cena rażąco niska, ceną, która nie pokrywa kosztów realizacji zamówionych usług, a więc ceną dumpingową. Zamawiający, jak podniósł na rozprawie, nie zawarł w SIWZ wymogu zatrudnienia przez wykonawcę pracowników ochrony w formie umów o prace regulowanych przez kodeks pracy. Oznacza to, iż Zamawiający nie ingeruje w sprawy pracownicze w firmie wykonawcy. Pracownicy mogą więc być zatrudniani do realizacji przedmiotowego zamówienia również w drodze umów cywilno-prawnych. Wówczas koszty obciążenia pracodawcy będą relatywnie niższe, gdyż do tej kategorii pracowników nie mają zastosowania przepisy ww. rozporządzenia. (KIO/UZP 68/07)

Zarzutem podnoszonym przez Odwołującego się w stosunku do wszystkich ww. usług jest brak ujęcia bezpośrednich kosztów osobowych - robocizny związanej z realizacją zamówienia. Wywody odwołania odnoszą się w tym zakresie do kosztów osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i zawierają wyliczenia odnoszące się do minimalnego gwarantowanego wynagrodzenia. Wywód w tym zakresie jest zdaniem Izby nietrafny. Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że wykonawca ma dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu wykazania spełnienia tego warunku wykonawca może dysponować osobami zatrudnionymi na podstawie zarówno umowy o pracę, jak i na podstawie umowy o charakterze cywilnoprawnym. (KIO/UZP 351/08)

Ponadto przepisy ustawy, jak i postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu, nie zakładały konieczności zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób do świadczenia usług sprzątania. W związku z czym zasady dotyczące minimalnego wynagrodzenia za

pracę, określone w przepisach kodeksu pracy i aktów wykonawczych wydanych na jego podstawie, nie muszą w tym zakresie mieć zastosowania. (KIO/UZP 131/09)

Według odwołującego Zamawiający nie wykazał, aby zachodziły przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do mojej oferty. Udzielone wyjaśnienia nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty skupiono się jedynie na odniesieniu jednego ze składników ceny do wysokości płacy minimalnej obowiązującej w 2013 r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje ochronę osób i mienia oraz sprzątnięcie pomieszczeń. Stwierdził, że przewiduje tak, jak w przeszłości wykonywanie obydwu usług przez te same osoby. Zauważył, że stanowisko zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, co do przesłanek odrzucenia oferty, jest odmienne od podstaw odrzucenia podanych w decyzji o odrzuceniu oferty. Stwierdził, że przewiduje nawiązać stosunki pracy, w przypadku wygrania przetargu, z osobami z którymi ma stosunki cywilno-prawne. W konsekwencji będzie mógł uzyskać dofinansowanie z PFRON (art. 26 ustawy Pzp). Przypomniał, iż tak, jak wskazał w swoich wyjaśnieniach ma status zakładu pracy chronionej. Stwierdził, że dopiero na etapie postępowania odwoławczego zamawiający wskazał na przewidywane relacje wartości usług ochrony 90% i pozostałych 10%, a nie wynika to z SIWZ. Stwierdził, że gdyby przyjąć metodę oceny cen ofert tak, jak zamawiający, to jedynie dwie najdroższe oferty mogłyby być uznane za nie noszące znamion rażąco niskiej ceny. Przyznał, że wykonywał u zamawiającego usługę za cenę wyższą o 24%, jednakże w owym czasie nie miał statusu zakładu pracy chronionej.

Zamawiający wskazał na argumentację w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Zauważył, że wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie zamawiającego były wyjątkowo lakoniczne. Zanegował twierdzenie o niskich cenach usług na rynku kieleckim. Stwierdził, że odwołujący dopiero obecnie na rozprawie podnosi nowe okoliczności i stwierdził, że ocena, iż co najmniej 90% wartości usługi dotyczy usług ochroniarskich wynika z doświadczenia własnego, jak również odwołującego, który wykonywał u niego analogiczne usługi w latach 2007-2010 za cenę o 24 000 zł wyższą.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, opisu przedmiotu zamówienia, treści oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego się uniemożliwia mu bowiem ewentualne uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył on najkorzystniejszą ofertę w przyjętym cenowym kryterium oceny ofert.

Oceniając zarzuty odwołania, skład orzekający uznaje je za uzasadnione. Stan faktyczny sprawy jest niesporny. W przedmiotowym postępowaniu, w Pakiecie II złożone zostały oferty z cenami brutto: 105 408,00 zł (oferta odwołującego), 127 363,68 zł, 136 230,48 zł, 157 210,20 zł, 166 163,04 zł, 192 824,64 zł i 205 019,00 zł przy kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 139 329,00 zł brutto. Istotnie w cenach złożonych ofert brak zarysowanego jest dominującego przedziału. Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, dla pakietu II. Przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na różnicę ceny oferowanej przez wykonawcę w stosunku do przedmiotu zamówienia było w ocenie Izby uzasadnione.

Istotnie złożone wyjaśnienia były stosunkowo lakoniczne i nie zawierały żadnych kalkulacji, ceny, lecz informację o doświadczeniu analogicznych usług dla innej firmy, że skalkulował cenę prawidłowo i zgodnie z prawem, a korzystna stawka wynika ze znajomości obiektu, jego lokalizacji w głównym rejonie działania wykonawcy oraz posiadanie statusu Zakładu Pracy Chronionej i możliwość udzielenia ulg we wpłatach na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Wyjaśnień tych zamawiający nie zanegował, jednak uznając, że nierealne jest zaoferowanie ceny usług ochrony, w której wynagrodzenie pracownika musiałoby być niższe od minimalnego wynagrodzenia stanowiącego istotny element cenotwórczy.

Nawiązując do wcześniej wskazanej przesłanki ustawowej dla przeprowadzenia ceny skład orzekający zauważa jednocześnie, że dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu. W tym aspekcie wzięwszy pod uwagę wyżej podane ceny ofert zasadne jest stwierdzenie, że



różnice cen ofertowych nie są drastyczne, a cena oferty odwołującego nie jest nierealistyczna zważywszy złożoną deklarację o zamiarze nawiązania stosunków pracy z wykonawcami ze skutkiem w postaci finansowania PFRON.

Z powyższych względów orzeczono, jak w sentencji uznając że oferta odwołującego została odrzucona niezasadnie i nie zaistniały przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....