

POSTANOWIENIE
z dnia 18 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Impel Provider Security Partner sp. z o. o. sp. komandytowa, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81 - 337 Gdynia,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Impel Provider Security Partner sp. z o. o. sp. komandytowa, Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdyni**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Ochrona portu morskiego w Gdyni w latach 2014-2016”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 140-244684 z dnia 20 lipca 2013 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Impel Provider Security Partner sp. z o. o. sp. komandytowa, Gwarant Agencja Ochrony S.A. z siedzibą lidera konsorcjum we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony K..... Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim jako najkorzystniejszej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Ochrony K..... Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

1) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - złożonej przez wykonawcę: Agencja Ochrony K..... Sp. z o.o.;

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 Pzp oferty wykonawcy: Agencja Ochrony K..... Sp. z o.o., gdyż :

a) zawiera rażąco niską cenę;

b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

c) jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, że w dniu 24 października 2013 r. na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia odwołujący powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie odwołującego oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, że zamawiający przeznaczył na realizację

całości zadania budżet w wysokości 4.964.928,10 PLN brutto. Ww. wykonawca przedstawił ofertę z ceną w wysokości: 2.884.263,90 PLN brutto (2.344.930,00 PLN netto). Cena ta rażąco obiega od budżetu zamawiającego i ceny zaoferowanej przez odwołującego. W stosunku do budżetu zamawiającego oferta wykonawcy stanowi zaledwie 58%. W stosunku do oferty odwołującego oferta wykonawcy odbiega o ponad 21%. Oferta wybranego wykonawcy zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz większości parametrów realizacji usługi wskazanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający wezwał wybranego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w dniu 2 października 2013 r. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył w dniu 7 października 2013 r. wyjaśnienia, które są bardzo ogólnikowe i nieprecyzyjne. Odwołujący stwierdził, co następuje.

W odniesieniu do kosztów pracy, o których mowa w pkt. 1 pisma wykonawcy z dnia 7 października 2013 r.:

Wybrany Wykonawca wskazał, że koszty pracy agentów ochrony wynoszą 2.119.760,50 zł.

1. Wykonawca stwierdził, że kalkulując koszty, przyjął, iż na obiekcie musi być zatrudnionych 40 pracowników ochrony fizycznej, podczas gdy zamawiający wymagał realizacji usługi przy udziale 50 osób (por. pkt. VII.4.3 SIWZ). Zatem w tym zakresie treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Usługa stanowiąca przedmiot zamówienia będzie realizowana w okresie od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2016 r. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w 2014 roku będzie wynosiło 1680 zł brutto, co w konsekwencji oznacza wzrost o 80 zł w porównaniu z rokiem 2013. Wzrost minimalnego wynagrodzenia jest równoznaczny ze wzrostem kosztów pracy. Łączny koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę przy minimalnym wynagrodzeniu obecnie wynosi 1931,84 zł (1600 zł + 331,84 zł). Natomiast w 2014 roku koszt ten wzrośnie do 2028,43 zł. (1680 zł + 348,43 zł). Różnica wynosi 96,59 zł w skali miesiąca. Przy założeniu zatrudnienia tylko 40 pracowników na podstawie umowy o pracę na 36 miesięcy, przy minimalnym wynagrodzeniu miesięcznym za pracę 1680 zł, (koszt pracodawcy wynosi 2028,43 zł.) powstaje koszt w wysokości 2.920.320,00 zł. Wykonawca zaproponował cenę oferty w wysokości 2.344.930,00 PLN (netto), a więc o prawie 600.000,00 zł. mniej.

3. Wybrany wykonawca wyjaśnił także, iż „spośród pracowników bez licencji oraz pracowników z licencjami zatrudnionych na stacji monitoringu ok. 90% posiadać będzie orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym lub lekkim”. Wykonawca nie wskazał przy tym:

- ilu pracowników zamierza zatrudnić na stacji monitoringu,
- ilu pracowników jest w pełni sprawnych, a ilu ma orzeczenie o niepełnosprawności,
- ilu wśród pracowników niepełnosprawnych jest pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, a ilu z lekkim.

Nadto odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadził zakaz zatrudniania na stacji monitoringu pracowników bez licencji - por. pkt. VII.4.3 siwz. Zamawiający wymaga 5 osób z licencją I stopnia pracownika ochrony fizycznej - do obsługi stacji monitorowania alarmów (SSWIN) oraz monitoringu wizyjnego. W tym zakresie treść oferty nie odpowiada treści siwz.

4. Wykonawca wyjaśnił, że „pracownicy z licencjami I i II stopnia, realizujący zadania ochronne na posterunkach ochronnych oraz w patrolach zmotoryzowanych” są w pełni sprawni. Nie sprecyzował natomiast, ilu przewiduje pracowników na posterunkach ochronnych oraz w patrolach zmotoryzowanych.
5. Wykonawca wyjaśnił, że nie będzie zatrudniał pracowników patroli oraz konwojentów obsługujących przewóz gotówki, bo ich już zatrudnia obecnie. Z powyższego wynika, że wykonawca nie uwzględnił żadnych kosztów w tym zakresie.
6. Zamawiający podał w odpowiedziach na pytania wykonawców następującą ilość roboczogodzin: 6687 miesięcznie. W pkt 1 uzasadnienia wykonawca podał, że przewidział do realizacji zamówienia 40 pracowników (zgodnie z siwz w pełnym wymiarze godzin zatrudnionych na umowę o pracę, ale zamawiający żądał wykonania zadania przy pomocy 50 osób), co daje miesięcznie 6720 roboczogodzin, wg siwz - 8400.

Wybrany wykonawca nie uwzględnił, zgodnie z wymogami siwz, zastępstw wynikających z wymiaru urlopu (każdy pracownik 26 dni urlopu x 8 rbh x 40 ilość pracowników daje w skali roku 8320 roboczogodzin - miesięcznie 693 roboczogodziny - koszt zastępstwa = kosztowi 1 roboczogodziny z umowy o pracę 11,31 x 692 = 7831 zł ten koszt stanowi 14,79% średniomiesięcznej ceny oferty wykonawcy).

Dla porównania odwołujący przedstawił kalkulację wynagrodzeń przy założeniu zatrudnienia 50 pracowników.

W odniesieniu do kosztów pracy, o których mowa w pkt. 2 pisma wykonawcy z dnia 7 października 2013r.:

Wybrany wykonawca wyjaśnił, że koszt sprzętu wynosi 78.000 zł. Zdaniem

odwołującego, jest to koszt nierealistyczny. Zakładając, że wykonawca używa 2 auta z przebiegiem 3 tys. km miesięcznie, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem odwołującego, przebieg łączny 6 tys. km, średnioroczne spalanie na 100 km 6l, to przy cenie oleju napędowego 5,6 zł/l, koszt miesięczny samego paliwa 2100 zł x 36 miesięcy daje 72 576 zł. Do tego dochodzą koszty przeglądów, min. 2 w roku na auto za kwotę 600 zł każdy, daje kwotę 7200 zł w okresie 36 miesięcy, tj. łącznie 79 776 zł.

Koszt ubezpieczenia każdego pojazdu stanowi dodatkowy koszt - ubezpieczenie OC min. 600 zł rocznie, to kolejne 3600zł w okresie 36 miesięcy.

Zatem sam koszt samochodów konsumuje przewidziany przez wykonawcę koszt sprzętu. Dla porównania odwołujący przedstawił kalkulację poszczególnych składników cenotwórczych.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę uniemożliwiają zweryfikowanie informacji o elementach kosztowych usługi, z których wynikałoby, że wykonawca zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. W ustalonym stanie faktycznym oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej wybranego wykonawcy zarówno względem szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, jak i rynkowych cen wykonania rzeczonożego zamówienia, w ocenie odwołującego uzasadniony jest wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną nierealistyczną, uniemożliwiającą w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia, skalkulowana została poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług.

Odwołujący podkreślił, iż posiada pełną wiedzę i wieloletnie doświadczenie we współpracy z zamawiającym przy wykonywaniu usługi na ww. obiektach będących częścią SIWZ, co pozwala oszacować realne koszty wykonania usługi.

Ponadto, zaoferowanie przez ww. wykonawcę ceny za realizację zamówienia, w ocenie odwołującego - rażąco niskiej, stanowi de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Jako, że zamawiający udzielając zamówienia publicznego, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta jest realistyczna i gwarantująca świadczenie usługi, zgodnie ze standardem wskazanym w siwz. Niedopuszczalnym jest zatem, w ocenie odwołującego, zaniechanie przez zamawiającego jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji narażenie zamawiającego na ponoszenie negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości.

Żaden wykonawca nie zgłosił w ustawowym terminie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 15 listopada 2013 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faksem odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający wyjaśnił, że uchylił czynność polegającą na wyborze oferty Agencji Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp oraz dokonał powtórzenia czynności oceny ofert i wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając przy tym okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: