

Sygn. akt: KIO 865/13

POSTANOWIENIE
z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

wobec cofnięcia w dniu **24 kwietnia 2013 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 kwietnia 2013 r.** przez wykonawcę **Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., ul. Dulęby 7/213, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, al. Korfantego 35, 40-005 Katowice**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Spółka z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz 2) Era Spółka z o.o., (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Katowicka 115, 41-500 Chorzów** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 865/13 po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., ul. Dulęby 7/213, 40-833 Katowice kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 865/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę mienia na obiektach Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji oraz konwój gotówki o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tj. 200.000 euro dla dostaw lub usług. (znak sprawy TT/B/02/01/13 z dnia 15.01.2013 r.), zostało wszczęte przez Miasto Katowice - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, al. Korfantego 35, 40-005 Katowice zwany dalej: „Zamawiającym” ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 017-0247891 z dnia 24.01.2013 r.

W dniu 05.04.2013 r. Zamawiający poinformował po ponownym badaniu i ocenie złożonych ofert o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Spółka z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz 2) Era Spółka z o.o., (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Katowicka 115, 41-500 Chorzów zwanego dalej: „Konsorcjum FOSA” albo „Przystępującym”. Nadto poinformowano od odrzuceniu oferty: Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., ul. Dulęby 7/213, 40-833 Katowice zwanego dalej: „Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Stwierdził, że w/w wykonawca wycenił swe usługi w zakresie konwoju gotówki na trasach o nr 1, 2, 3 i 4 w postaci ceny brutto wynoszącej 0 zł. Zamawiający zwrócił uwagę, że cena za usługę konwojowania jest ceną autonomiczną, mającą być samodzielny, niezależną od ceny za usługę ochrony mienia. Zamawiający wyraźnie wyodrębnił usługę konwojowania od pozostałej usługi tj. od usługi ochrony mienia. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny wszystkich ofert zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień w jaki sposób usługa konwojowania została wyceniona. Nie zaakceptował argumentacji w/w Wykonawcy zawartej w piśmie z dnia 03.04.2013 r., będącym odpowiedzią na powyższe pismo Zamawiającego, że usługa konwojowania gotówki to usługa incydentalna, nie mająca charakteru ciągłego. Usługa konwojowania to usługa stała, realizowana przez cały okres trwania umowy. Fakt, że konwojowanie gotówki nie trwa 24 godziny na dobę nie ma żadnego znaczenia dla oceny charakteru tej usługi. Nie można zaakceptować również twierdzenia, że: *„cena 0 zł. za konwój gotówki przy jednoczesnym stałym realizowaniu usług ochrony mienia dla danych obiektów jest powszechną praktyką rynkową w sektorze firm ochroniarskich”*.

Pozostaje ono w rażącej sprzeczności ze stanem faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie, zwłaszcza w aspekcie odwołania wniesionego w dniu 29.03.2013 r. Konsorcjum FOSA. Odnosząc się do kwestii, czy wpisanie 0 zł w pozycji dotyczącej usługi konwojowania jest jej wyceną zwrócić uwagę należy na orzecznictwo oraz poglądy przedstawicieli doktryny. Przywołał wyrok SO w Gdańsku z dnia 27.06.2008 r., sygn. akt: XII Ga 206/2008 oraz uchwałę KIO z dnia 30.11.2010 r., sygn. akt: KIO/ KD 93/10. Stwierdził także, że oferta złożona przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż jest niezgodna z art. 2 pkt 1 Pzp, który stanowi, że pod pojęciem „cena” należy rozumieć cenę, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Sprzeczna z ustawą jest oferta z ceną „0”, gdyż ustawa ma zastosowanie do udzielania zamówień odpłatnych (wyrok ZA z 12.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-374/07) - vide: „*Prawo zamówień publicznych, Komentarz*”, St. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Wyd. 2, W-wa 2011 – str. 475). Sprzeczna z ustawą jest oferta zawierająca cenę niewyrażoną w jednostkach pieniężnych, gdyż art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 967, poz. 1050 z późn. zm.) do którego odsyła wprost art. 2 pkt 1 Pzp, wyraźnie wskazuje, że cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy (tu wykonawca) za towar lub usługi; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniem podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym (uchwała KIO/UZP z 30.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 93/10) - vide: „*Prawo zamówień publicznych, Komentarz*”, St. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Wyd. 2, W-wa 2011 – str. 475 i 476). Dodatkowo stwierdził, że oferta złożona przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści pkt 21.10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zdaniem Zamawiającego, w ustalonym stanie faktycznym, oferty zawierające wartości zerowe w poszczególnych pozycjach formularza cenowego, zgodnie z postanowieniem SIWZ, podlegają odrzuceniu, jako sprzeczne z Pzp. Fakt, iż Zamawiający posługuje się pojęciem ceny w odniesieniu do sumy wszystkich składowych, nie ma żadnego znaczenia zważywszy, że stosownie do dokonanego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, możliwe było wycenienie każdej z usług, będących przedmiotem zamówienia, w kwocie wyrażonej w złotych i groszach, zgodnie z obowiązującym w Polsce systemem monetarnym. Na koniec również stwierdził, że oferta złożona przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. została odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami,

jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykonawca dążąc do uzyskania zamówienia publicznego celowo „wycenił” usługę stanowiącą przedmiot zamówienia na 0 zł. oświadczając, że źródłem jego przychodu będzie ochrona mienia, zaś usługa konwoju gotówki nie generuje takich kosztów jak stała ochrona mienia, zatem za realizację tej usługi nie oczekuje zapłaty. W/w wykonawca nie tylko nie wykazał, ale nawet nie uprawdopodobnił, że cena w zakresie ochrony mienia obejmuje swym zakresem ceny za konwój gotówki na trasach 1, 2, 3 i 4. Na rynku usług ochroniarskich nie istnieje praktyka standardowego wliczania ceny konwojów w wartość usługi ochrony mienia. Poprzez swoje postępowanie w/w wykonawca naruszył interes innego przedsiębiorcy, który sporządził i wycenił swą ofertę zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

W dniu 15.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Podniósł, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FOSA,
2. odrzuceniu oferty nr 19 złożonej przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o. o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp, gdy tymczasem była ona ofertą najkorzystniejszą i nie zachodziły przesłanki jej odrzucenia,
3. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Wobec powyższego Odwołujący wnosil o :
 - a) uwzględnienie odwołania;
 - b) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FOSA, bowiem została ona wyceniona na cenę wyższą od oferty Odwołującego,
 - c) nakazanie unieważnienia odrzucenia oferty nr 19 złożonej przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp, bowiem spełniała ona przepisy SIWZ oraz ustawy, a zawierając cenę niższą była ona ofertą najkorzystniejszą,
 - d) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty nr 19 złożonej przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o.;
 - e) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika. Wskazał na naruszenie:
 - art. 2 ust. 5 Pzp albowiem Zamawiający nie wybrał najkorzystniejszej oferty, a więc takiej która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego,
 - art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem nie zachowano uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców, a zamówienia nie udzielono wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp, bowiem oferta złożona przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., została odrzucona jako niezgodna ustawą tj. z art. 2 pkt 1 Pzp, który stanowi, że pod pojęciem „cena” należy rozumieć cenę, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), gdy tymczasem oferta Odwołującego nie naruszała art. 89 ust. 1 pkt 1 i była zgodna z art. 2 pkt 1 Pzp, a zatem niezasadne było jej odrzucenie,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta złożona przez Odwołującego, została odrzucona, ponieważ jej treść zdaniem Zamawiającego nie odpowiada treści pkt 21.10 SIWZ, gdy tymczasem stwierdzić należy, że oferta Odwołującego odpowiadała treści pkt 21.10 SIWZ, a zatem niezasadne było jej odrzucenie,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, bowiem oferta złożona przez Odwołującego, została odrzucona, gdyż jej złożenie zdaniem Zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu o nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), gdy tymczasem nie stanowi ona czynu nieuczciwej konkurencji, niezasadne zatem był jej odrzucenie,
- art. 91 ust. 1, ust. 2 Pzp albowiem Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym nie dokonał wyboru oferty zawierającej najkorzystniejszą cenę. Pierwsze badanie i ocena ofert przez Zamawiającego spowodowały, że pismem z 19.03.2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. otrzymując łącznie 500 pkt. Oferta Konsorcjum Fosa otrzymała natomiast 495, była zatem druga w kolejności. Od przedmiotowego rozstrzygnięcia Konsorcjum Fosa złożyło odwołanie, pod wpływem którego Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Po ponownie przeprowadzonym badaniu i ocenie wszystkich ofert, Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp, zawiadomił wykonawców, że w postępowaniu wybrano ofertę złożoną przez firmę: Konsorcjum FOSA Jako uzasadnienie podał, że Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy, który spełnił warunki określone w SIWZ, zaoferował najniższą cenę i uzyskał łącznie 500 pkt. Jednocześnie z postępowania odrzucono ofertę nr 19 złożoną przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp odrzucił ofertę złożoną przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. W/w wykonawca wycenił swe usługi w zakresie konwoju gotówki na trasach o nr 1, 2, 3 i 4 w postaci ceny brutto wynoszącej 0 zł. Zamawiający podniósł, że cena za usługę konwojowania jest ceną autonomiczną, mającą być samodzielny, niezależną od ceny za usługę ochrony mienia. Zamawiający wyraźnie wyodrębnił usługę konwojowania

od pozostałej usługi, tj. od usługi ochrony mienia. Odwołujący stwierdził, że Wykonawca w formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego integralną część SIWZ wskazał, iż wykona przedmiot zamówienia za cenę łączną brutto 1.082.434,60 zł. Następnie w treści formularza wskazano na zwrot „w tym” i zostały wymienione 3 pozycje składające się na podaną cenę brutto. W tym miejscu należy zwrócić również na charakter wynagrodzenia jakie będzie przysługiwało Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z tak zwanym wynagrodzeniem mieszanym - ryczałtowo kosztorysowym. Podniósł, iż pomimo podania pozycji kosztorysowych w oparciu, o które będzie wyliczane wynagrodzenie częściowe to górna granica wynagrodzenia jakie może otrzymać Wykonawca za realizację przedmiotu umowy nie może przekroczyć górnej podanej przez Wykonawcę kwoty. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostaje cena podana w poszczególnych pozycjach kosztorysowych gdyż strony ostatecznie i tak umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które nie będzie mogło przekroczyć wskazanej w ofercie kwoty. Zamawiający przewidział jedną ryczałtową kwotę, którą zamierza powierzyć na wykonanie zamówienia, nie dokonał podziału usługi ochrony mienia oraz konwojowania podając inne wartości dla każdej odrębnie. Zauważył, że strony miały już zawarte umowy na takich warunkach gdzie Odwołujący świadczył usługę ochrony mienia i konwojowania gotówki na trasach o nr 1, 2, 3 i 4 dla Zamawiającego za cenę 0 złotych. Niezgodne z dotychczasową praktyką pomiędzy stronami są obecne twierdzenia Zamawiającego, że pogląd, iż cena 0 zł za konwój gotówki przy jednoczesnym stałym realizowaniu usług ochrony mienia dla danych obiektów jest powszechną praktyką rynkową w sektorze firm ochroniarskich. Dokładnie taką praktykę stosował dotychczas Zamawiający przy współpracy z Odwołującym. Załączył umowę i SIWZ z 2012 r. w zakresie umowy. Stwierdził, że cytowane orzeczenie - prawomocny wyrok SO w Gdańsku z dnia 27.06.2008 r., sygn. akt: XII Ga 206/2008 dotyczy sytuacji *„braku jakiegokolwiek wpisu w wyodrębnionej rubryce kosztorysu”* a nie wyceną części usługi na „0,00” złotych. Jednakże czym innym jest wycena na 0,00 złotych, która zawiera wszelkie elementy wyceny. Jednocześnie Zamawiający cytując orzeczenie KIO z dnia 30.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 93/10 pomija zdania, które świadczą na korzyść Odwołującego: *„jedynie w przypadku, gdyby zamawiający, oprócz cen jednostkowych, żądał podania również ceny całkowitej usługi, która zostałaby wyrażona w jednostkach pieniężnych, wówczas wykonawca mógłby (w tak sporządzonym kosztorysie) przyjąć, jako element kalkulacyjny w niektórych pozycjach wartość "0", ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w elemencie kalkulacji całkowitej ceny oferty.”*. Ponadto jeśli dla Zamawiającego usługa konwoju byłaby tak istotna to wówczas za wycenę usługi wprowadziłby system punktowy rozdzielający wartość usługi ochrony mienia i konwojowania. A w przedmiotowym zamówieniu jedynym czynnikiem były punkty za cenę

łącznie. Nie ma możliwości wykonania tylko jednej usługi Wykonawca musi podpisać umowę na wykonanie całego zamówienia za podaną cenę łączną ryczałtową. Odwołujący podał łączną cenę za obie usługi. Nadmieniam, że Odwołujący codziennie wykonuje konwoje na wymienionych trasach i wliczenie do 9 konwojów miesięcznie (włączenie do systemu konwojowania Odwołującego) nie generuje żadnych kosztów, bowiem usługa jest również wykonywana na rzecz innych Zamawiających. Zgodnie z uzasadnieniem Zamawiającego wycena usługi konwojowania gotówki podana przez Konsorcjum FOSA zaledwie na 1 zł 23 gr za 1 punkt to standardowa (powszechna) wycena w sektorze firm ochroniarskich albowiem taką wycenę przedstawił Wykonawca, którego wybrał Zamawiający. Logicznym zatem będzie twierdzenie, że wybrany Wykonawca musiał wkalkulować koszty konwoju do ceny łącznej, bowiem zaproponował zaledwie 1 zł 23 gr brutto za 1 punkt. Co przeczy teorii Zamawiającego, o niepraktykowaniu przez firmy ochroniarskie kwoty konwoju za 0 zł lub innej zbliżonej. Przy takiej różnicy w wycenie nie ma także czynu nieuczciwej konkurencji. Dlatego nie zgodził się z argumentacją, że oferta złożona przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. słusznie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Oferta ta jest zgodna z art. 2 pkt 1 Pzp, który stanowi, że pod pojęciem „cena” należy rozumieć cenę, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Podniósł, że cytowany wyrok ZA z 12.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-374/07 nie odwołuje się w ogóle do ceny „0 złotych”. Z tej samej przyczyny niesłusznym jest także argument, że oferta złożona przez Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Gdy tymczasem jej treść odpowiada treści pkt 21.10 SIWZ. Oferta złożona przez Odwołującego nie może być także odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Niesłuszne są twierdzenia zamawiającego, że: *„Wykonawca dążąc do uzyskania zamówienia publicznego celowo „wycenił” usługę stanowiącą przedmiot zamówienia na 0 zł. oświadczając, że źródłem jego przychodu będzie ochrona mienia, zaś usługa konwoju gotówki nie generuje takich kosztów jak stała ochrona mienia, zatem za realizację tej usługi nie oczekuje zapłaty.”* Wykonawcy składając swoje oferty kalkulują tak swoje oferty by z jednej strony wygrać przetarg, a z drugiej strony by zaoferowane wynagrodzenie przyniosło Wykonawcy choćby minimalny zysk. Niczym zatem zaskakującym nie powinno być że Wykonawca w celu otrzymania zamówienia składa najniższą opłacalną cenę. Tak właśnie układały się stosunki między stronami. Tak ma również pozawierane umowy firma z innymi kontrahentami. Wszystko to wskazuje, że na rynku usług ochroniarskich istnieje praktyka standardowego wliczania ceny konwojów w wartość usługi ochrony mienia. W praktyce tej uczestniczył również Zamawiający. W ustosunkowaniu do zarzutów podnoszonych przez Zamawiającego i drugiego Wykonawcę, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę należy podnieść, że nie mieliśmy do czynienia z naruszeniem przepisów art. 89 ust 1 pkt 1 i pkt 8 w zw. z art. 2

pkt 1 i pkt 13, art. 86 ust. 4, art. 91 ust. 2 Pzp. Wszystko to wynika z faktu, że Odwołujący dotrzymał warunków art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach oraz art. 735 § 1 i art. 750 Kc. Realizacja zamówienia na podstawie złożonej oferty nie jest nieodpłatna, cena została wyrażona w jednostkach pieniężnych, uwzględniono w niej podatek od towarów i usług. Treść oferty odpowiada treści SIWZ, a przez to nie może być odrzucona. Prawidłowy byłby wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Przedmiotem zamówienia są:

1. ochrona mienia, tj. usługi w zakresie ochrony mienia i budynków, realizowane w formie bezpośredniej stałej ochrony fizycznej, we wskazanych obiektach, określone szczegółowo w pkt 14 SIWZ oraz w § 1 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 i SIWZ, oraz

2. konwój gotówki, tj. usługi w zakresie ochrony przewodu pieniędzy na wskazanych trasach o numerach od 1 do 4, określone szczegółowo w pkt 14 SIWZ oraz w § 2 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ. Odwołujący zaoferował łączną cenę brutto w wysokości: 1.082.434,60 zł. W formularzu oferty tego wykonawcy wpisano następujące ceny za poszczególne usługi:

- w pkt 1.1 a) w zakresie ochrony mienia „cena 10,87 zł brutto/h x 99.580 godzin=1 082434,60zł”,

- w pkt 1.1 b) w zakresie konwoju gotówki na trasie nr 1 „cena 0,00 zł brutto za 1 punkt x 14 punktów (konwojów) = 0,00 zł”,

- w pkt 1.1 c) w zakresie konwoju gotówki na trasie nr 2,3,4 „cena 0,00 zł brutto za 1 punkt x 521 pkt = 0,00 zł”. Wszystko to oznacza, że oferta Odwołującego zawiera cenę zdefiniowaną

w art. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem przez cenę rozumieć należy cenę w znaczeniu nadanym ustawą z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Zatem cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). W konsekwencji cena 0 zł odpowiada tak zdefiniowanemu pojęciu ceny. „0” niewątpliwie stanowi określoną wartość, która została przez odwołującego wyrażona w jednostkach pieniężnych tj. w złotych a wartość całego zamówienia opiewa na kwotę 1.082.434,60zł. Nietrafne są także twierdzenia, że konsekwencją zaoferowania w stanie faktycznym sprawy realizacji zamówienia za cenę 0 zł musi być stwierdzenie, iż w ogóle nie może być mowy o zamówieniu publicznym w rozumieniu nadanym art. 2 pkt 13 Pzp. Umowa zawarta pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym posiada walor odpłatności. Stosownie do treści art. 2 pkt 13 Pzp zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana między Zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W tym rozumieniu, dla wskazania, że zawarcie określonej umowy jest udzieleniem zamówienia publicznego, wymagane jest spełnienie następujących warunków: a) umowa musi być odpłatna, b) jej stronami muszą być co najmniej Zamawiający i wykonawca, c) przedmiotem

tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane. Dla rozstrzygnięcia o stawianych zarzutach skoncentrować należy rozważana na pojęciu umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ono umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu, której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca - najczęściej w postaci zapłaty (przy czym nie jest istotne, czy środki pochodzą od strony umowy, czy też od osoby trzeciej) lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową (cytowane za wyrokiem z dnia 03.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2725/11). Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 08.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2542/11 pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być zatem zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 Pzp, dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego. Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy podkreślenia wymaga, iż źródłem przychodu Odwołującego będzie ochrona mienia, tj. usługi w zakresie ochrony mienia i budynków, realizowane w formie bezpośredniej stałej ochrony fizycznej, we wskazanych obiektach, określone szczegółowo w pkt 14 SIWZ oraz w § 1 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ. Natomiast konwój gotówki, tj. usługi w zakresie ochrony przewozu pieniędzy na wskazanych trasach o nr od 1 do 4, określone szczegółowo w punkcie 14 SIWZ oraz w § 2 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ to usługa incydentalna, nie ma charakteru ciągłego (24 godz. na dobę), usługa może zostać zrealizowana w okresie 3 miesięcy, gdyż Zamawiający określił ilość konwojów, a w rozbiciu na cały okres umowy Wykonawca realizuje średnio ok 9 konwojów miesięcznie, przy czym Zamawiający zastrzegł możliwość jedynie zmniejszenia ilości konwojów bez możliwości zwiększenia co stanowi że jest to usługa incydentalna i nie generuje takich kosztów jak stała ochrona mienia. Cena 0 zł za konwój gotówki przy jednoczesnym stałym realizowaniu usług ochrony mienia dla danych obiektów jest powszechną praktyką rynkową w sektorze firm ochroniarskich. Świadczy o tym wycenienia usługi przez wybrane Konsorcjum na kwotę 1 zł 23 gr - koszt jednego konwoju i dotychczasowa współpraca Zamawiającego z Odwołującym. Odwołujący uczynił zadość zawartym w SIWZ wytycznym w zakresie dotyczącym sposobu obliczenia ceny oraz jej prezentacji w formularzu ofertowym. Skalkulował koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia:

- w pkt 1.1 a) w zakresie ochrony mienia „cena 10,87 zł brutto/h x 99.580 godzin = 1 082434,60zł”,

- w pkt 1.1 b) w zakresie konwoju gotówki na trasie nr 1 „cena 0,00 zł brutto za 1 punkt x 14 punktów (konwojów) = 0,00 zł”,
- w pkt 1.1 c) w zakresie konwoju gotówki na trasie nr 2, 3, 4 „cena 0,00 zł brutto za 1 punkt x 521 pkt = 0,00 zł”. Pkt 1.1 a) pozwala Wykonawcy zarobić na realizacji umowy na rzecz zamawiającego aż 1082434,60zł, co przesądza o odpłatnym charakterze przyszłej umowy zawartej pomiędzy zamawiającym, a Odwołującym na całość przedmiotu zamówienia, tj. ochronę mienia oraz konwojowanie gotówki. Umowa zawarta będzie, więc odpowiadała definicji zamówienia publicznego, określonej w art. 2 pkt 13 Pzp tj. będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym. Jedynie za prace opisane w pkt 1.1 b) i c) Wykonawca nie będzie mógł domagać się dodatkowego wynagrodzenia. Przywołał wyrok KIO z dnia 03.04.2012 r., sygn. akt: KIO 556/12, wyrok KIO z dnia 12.04.2011 r., sygn. akt: KIO 676/11 oraz wyrok KIO z dnia 22.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 496/10.

Zamawiający w dniu 15.04.2013 r. wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum FOSA. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, ponieważ Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wniesionym przez Przystępującego w dniu 29.03.2013 r., sygn. akt: KIO 740/13. Wnosił także z ostrożności procesowej o oddalenie w całości. Wskazał, że w dniu 19.03.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. Oferta Przystępującego była druga w kolejności. W dniu 29.03.2013 r. Przystępujący wniósł odwołanie wobec powyższego wyboru. Przystępujący zarzucił, że Zamawiający naruszył: 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 w zw. z art. 2 pkt 1 i pkt 13, art. 86 ust. 4, art. 91 ust. 2 P, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach oraz art. 735 § 1 i art. 750 Kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biuro Ochrony SCORPION Sp. z o.o., mimo że oferta ta nie określa ceny za usługi konwoju gotówki będące przedmiotem zamówienia; 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o., mimo że oferta ta podlega odrzuceniu. Podstawę faktyczną odwołania stanowiło zaoferowanie przez Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. ceny „0” zł za usługi konwoju gotówki na trasach 1-4. Przystępujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Biuro

Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. i dokonania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygn. akt: KIO 740/13. Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. zostało wezwane przez Zamawiającego do udziału w powyższym postępowaniu odwoławczym, nie przystąpiło jednak do niego. Natomiast Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że w całości uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu Przystępującego. W konsekwencji, KIO umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 740/13. Następnie Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, powtórzył czynność badania i oceny ofert. Pismem z 05.04.2013 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego i odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp, a jako podstawę faktyczną wycenienie usług konwoju gotówki na trasach 1, 2, 3 i 4 za cenę w wysokości „0” zł. Czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego Zamawiający dokonał zatem zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wniesionym przez Przystępującego w dniu 29.03.2013 r., a którego żądania Zamawiający w całości uwzględnił na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp (sygn. akt: KIO 740/13). Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 Pzp, wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego dokonanych na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. Ponadto zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania KIO odrzuca kolejne odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie to dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ponadto odwołanie jest nieuzasadnione co do meritum. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ (pkt 14 i 21.10 SIWZ, pkt 1.1) formularza ofertowego stanowiącego zał. nr 1 do SIWZ oraz § 1, § 2, § 11 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ) Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych za ochronę mienia, za wykonanie konwoju na trasie nr 1 oraz za wykonane konwoju na trasach nr 2-4. Wskazane ceny będą służyły do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za poszczególne miesięczne okresy rozliczeniowe - odrębnie za usługę ochrony mienia oraz odrębnie za usługi konwoju. Usługi konwoju i usługi ochrony mienia, będące przedmiotem zamówienia, stanowią w istocie dwie odrębne usługi, mimo że objęte są tą samą umową. Ponadto kwoty, które wykonawca miał wpisać w formularzu ofertowym w zakresie ochrony mienia i w zakresie konwojów, nie stanowiły wyłącznie elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej czy też pozycji kosztorysu. Z postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że wskazane kwoty miały stanowić ceny, do zapłaty których będzie zobowiązany Zamawiający na etapie realizacji zamówienia. Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. wpisując w pkt 1.1.b) i 1.1.c) formularza ofertowego cyfrę „0” nie podało zatem ceny za usługi konwoju gotówki. Podanie „ceny 0” zł powoduje, że oferta Biura Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. jest sprzeczna z Pzp, w szczególności z art. 2

pkt 1 i pkt 13, art. 86 ust. 4 i art. 91 ust. 2 oraz z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, a także art. 735 § 1 i art. 750 Kc w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp. Podkreślił, że z postanowień SIWZ wynika, iż ceny za poszczególne usługi (tj. za ochronę obiektów, konwój na trasie nr 1 oraz konwój na trasach nr 2-4) należą do istotnych postanowień przyszłej umowy o realizację zamówienia. Usługi te będą bowiem oddzielnie rozliczane. Z tego względu Zamawiający wymagał ustalenia w formularzu ofertowym cen za poszczególne usług i wyraźnie zastrzegł, że każda pozycja formularza ofertowego powinna być wyceniona. Wycenienie poszczególnych usług polega na podaniu ich cen. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie dopuścił zaofiarowania „ceny 0” zł czy też świadczenia poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia nieodpłatnie. Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. nie podało ceny za konwoje gotówki, lecz wpisało w poszczególnych pozycjach dotyczących konwojów cyfrę „0”. Treść oferty nie odpowiada zatem treści SIWZ, w szczególności postanowieniom pkt 21.10 SIWZ, formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ i § 11 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 7 do SIWZ. Oferta Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (podobnie wyrok KIO z 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08 oraz wyrok KIO z 26.11.2009 r., KIO/UZP 1622/09; KIO/UZP 1647/09).

W dniu 18.04.2013 r. mocą postanowienia został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron z możliwością skierowania odwołania do rozpoznania na odwołanie celem m.in. skonfrontowania tez Zamawiającego i Przystępującego ze stanowiskiem Odwołującego.

W dniu 19.04.2013 r. Zamawiający przesłał (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) dokumentację postępowania o zamówienie publiczne do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 865/13. Na jej podstawie w kontekście postanowienia KIO z dnia 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 740/13 Izba uznała, że istnieją podstawy do zniesienia terminu oraz wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W dniu 24.04.2013 r. (faxem) Biuro Ochrony „SCORPION” Sp. z o.o. cofnęło odwołanie, wniesione do Prezesa KIO w dniu 15.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osoby umocowane, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane. Jednocześnie uznając, że wobec cofnięcia odwołania, postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego ma pierwszeństwo nad ewentualnym postanowieniem o odrzuceniu odwołania.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 865/13.

Na podstawie do art. 187 ust. 8 zd. 2 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. nr 41, poz. 238), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....