

Sygn. akt: KIO 2605/10

WYROK
z dnia 15 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 02 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (lider), 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GARDA” Sp. z o.o. (członek) adres dla lidera konsorcjum: ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, al. Korfantego 35, 40-005 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (lider), 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GARDA” Sp. z o.o. (członek) adres dla lidera konsorcjum: ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum firm: 1) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (lider),**

2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GARDA” Sp. z o.o. (członek) adres dla lidera konsorcjum: ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.710 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dziesięć złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. (lider), 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GARDA” Sp. z o.o. (członek) adres dla lidera konsorcjum: ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec** na rzecz: **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, al. Korfantego 35, 40-005 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2605/10

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego: „*Ochrona mienia na obiektach Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji i konwój gotówki w roku 2011*”, znak sprawy: TT/b/21/09/10, wszczęte przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, al. Korfantego 35, 40-005 Katowice zwany dalej: „*Zamawiającym*” – ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 188-287396 w dniu 28.09.2010 r.

W dniu 22.11.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 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*” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) Biuro Ochrony SCORPION Sp. z o.o. (lider), Agencja Ochrony SCORPION Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera Konsorcjum: ul. Dulęby 7/213, 40-833 Katowice zwane dalej: „*Konsorcjum SCORPION*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert uzyskała Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o., ul. Katowicka 115 c, 41-500 Chorzów zwana dalej: „*FOSA*”, zaś trzecią Konsorcjum firm: 1) Agencja Ochrony Osób i Mienia „*GUARD-SERVICE*” Sp. z o. o. (lider); 2) *GUARD-SYSTEMY* Sp. z o. o. (partner) adres dla lidera konsorcjum: ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań zwane dalej: „*Konsorcjum GUARD*”.

W dniu 02.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp w zw. z art. 179 ust.1 Pzp Konsorcjum firm: 1) Zakłady Usługowe „*EZT*” S.A. (lider), 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia „*GARDA*” Sp. z o.o. (partner) adres dla lidera konsorcjum: ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec zwane dalej: „*Konsorcjum EZT*” albo „*Odwołującym*” wniosło odwołanie od czynności z dnia 22.11.2010 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm. zwanej dalej: „*u.z.n.k.*”) poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum SCORPION, jako oferty najkorzystniejszej zamiast odrzucenia tej oferty z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp,

b) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez FOSA, z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez nie odrzucenie oferty złożonej Konsorcjum GUARD z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp.

Zażądał:

1/ unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

2/ ponownej oceny ofert i ich analizę

3/ odrzucenia oferty Konsorcjum SCORPION na podstawie art. 87 ust. 4 oraz ewentualnie art. 87 ust. 3 Pzp w związku ze złożeniem oferty zawierającej cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi

4/ odrzucenia oferty FOSA na podstawie art. 87 ust. 4 oraz ewentualnie art. 87 ust. 3 Pzp w związku ze złożeniem oferty zawierającej cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi

5/ odrzucenia oferty Konsorcjum GUARD na podstawie art. 87 ust. 4 oraz ewentualnie art. 87 ust. 3 Pzp w związku ze złożeniem oferty zawierającej cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi

5/ ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Odwołujący po dokładnym przeanalizowaniu złożonych ofert (głównie ofert złożonych przez Konsorcjum SCORPION, FOSA, Konsorcjum GUARD stwierdził, iż oferty te winny zostać odrzucone

a) oferta Konsorcjum SCORPION na podstawie art. 89 ust. 3, oraz art. 89 ust. 4 Pzp

b) oferta FOSA na podstawie art. 89 ust. 3, oraz art. 89 ust 4 Pzp

c) oferta Konsorcjum GUARD na podstawie art. 89 ust. 3, oraz art. 89 ust. 4 Pzp

ad. a) Jednym z dokumentów który należało dołączyć do oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 18 ppkt 2 SIWZ była kalkulacja zaoferowanej ceny jednostkowej, wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Konsorcjum SCORPION kalkulację zamieściło w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł

- ZUS płatnika - 247,26 zł
- inne koszty: (dodatek, umundurowanie): 0,01 zł
- zysk: 0,16 zł

Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 9,67 zł

Odwołujący na tej podstawie uznał, że Wykonawca zamierza świadczyć usługę poniżej kosztów jej wytworzenia, gdyż obok zapisania w kalkulacji należnego na jednego pracownika wynagrodzenia za pracę w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zysku w wysokości 0,16 zł za jednego pracownika ochrony, nie założył żadnych dodatkowych rezerw ani świadczeń finansowych dla pracowników przeznaczonych na poczet dalszych wynikających z przepisów prawa kosztów pracowniczych, w szczególności kosztów urlopów (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie urlopu innych pracowników ochrony), kosztów dodatków do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej (SIWZ przewiduje świadczenie usług ochrony przez 24 h na dobę), kosztów zasiłków chorobowych (L-4) dla pracowników (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie choroby innych pracowników ochrony) czy też nie biorąc pod uwagę realnych kosztów umundurowania (gdyż nie jest w stanie zakupić umundurowania za kwotę 0,12 zł /0,01 zł x 12 miesięcy/). W tym stanie ponieważ obowiązek udzielenia urlopu, czy zapłata dodatku za pracę w porze nocnej wynika z przepisów Kodeksu pracy a nadto rzeczą notoryjnie znaną jest fakt zdarzających się chorób pracowników w ocenie Odwołującego Wykonawca nie jest w stanie świadczyć usług wskazanych w złożonej ofercie w sposób należyty i w ramach kalkulacji przedstawionych w Załączniku 1A do SIWZ, a zatem złożona oferta zawiera cenę poniżej kosztów wykonania usługi a nadto rażąco niską w rozumieniu Pzp. Oceny tej nie zmienia fakt zatrudniania osób na podstawie umowy zlecenia. Osoby takie także muszą być ubezpieczone, także chorują co wymaga zapewnienia zastępstwa i także muszą zostać wyposażone w środki bhp, umundurowanie etc.

Oceniając zaniżenie ceny przez Wykonawcę, można posłużyć się kalkulacją opracowaną przez Polską Izbę Ochrony Osób i Mienia, która na swojej stronie internetowej <http://www.piooim.pl/> zamieszcza i aktualizuje informację nt średniej stawki godzinowej pracownika ochrony, skąd wynika, iż licencjonowany pracownik ochrony to koszt około 17,90 zł netto za 1 roboczogodzinę. Kwota ta nie uwzględnia żadnej kwoty odpisu na PFRON. Odczytując tę kalkulację wskazać należy, iż koszty dodatkowe zatrudnienia pracownika związane, z chorobą, urlopem, pracą w nocy, zaopatrzeniem w umundurowanie i środki bhp liczone nawet w oparciu o minimalne wynagrodzenie z roku 2010 a nie roku 2011 zamykają się w kwocie ok. 371,00 zł co stanowi że oferta wykonawcy zawiera wynagrodzenie niższe o ponad 22% od rzeczywistego kosztu wytworzenia usługi. Przewidziane w ofercie „inne koszty” w kwocie 0,01 zł wydają się być nieporozumieniem i świadczą o zamiarze

wykonywania usług poniżej kosztów. Także kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia, która przeliczona do wynagrodzenia za rbh netto daje sumę 14,92 zł wskazuje na znaczne zaniżenie oferty Wykonawcy (9,67 zł za rbh) w stosunku do rzeczywistych kosztów wykonania zlecenia.

Powyższe, zgodnie z praktyką orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej skutkować winno obowiązkiem odrzucenia oferty Wykonawcy. Wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08.

W związku z powyższym Zamawiający powinien uznać ofertę Konsorcjum SCORPION, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ewentualnie dodatkowo uznać, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz odrzucić ją również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż Wykonawca oświadczył, iż „*zaoferowana cena jednostkowa jest zgodna ze stanem faktycznym*”.

ad. b) Jednym z dokumentów który należało dołączyć do oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 18 ppkt 2 SIWZ była kalkulacja zaoferowanej ceny jednostkowej, wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. FOSA kalkulację zamieściła w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 247,96 zł
- inne koszty: (pranie): 35,00 zł
- zysk: 27,72 zł

Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 10,03 zł

Odwołujący na tej podstawie uznaje, że Wykonawca zamierza świadczyć usługę poniżej kosztów jej wytworzenia, gdyż obok zapisania w kalkulacji należnego na jednego pracownika wynagrodzenia za pracę w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zysku w wysokości 27,72 zł za jednego pracownika ochrony, nie założył żadnych dodatkowych rezerw ani świadczeń finansowych dla pracowników przeznaczonych na poczet dalszych wynikających z przepisów prawa kosztów pracowniczych, w szczególności kosztów urlopów (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie urlopu innych pracowników ochrony), kosztów dodatków do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej (SIWZ przewiduje świadczenie usług ochrony przez 24h na dobę), kosztów zasiłków chorobowych (L-4) dla pracowników (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie choroby innych pracowników ochrony) czy też nie biorąc pod uwagę jakichkolwiek kosztów umundurowania czy wyposażenia. W tym stanie ponieważ obowiązek udzielenia urlopu, czy zapłata dodatku za pracę w porze nocnej wynika z przepisów Kodeksu pracy a nadto rzeczą notoryjnie znaną jest fakt zdarzających

się chorób pracowników w ocenie Odwołującego Wykonawca nie jest w stanie świadczyć usług wskazanych w złożonej ofercie w sposób należyty i w ramach kalkulacji przedstawionych w Załączniku 1A do SIWZ, a zatem złożona oferta zawiera cenę poniżej kosztów wykonania usługi a nadto rażąco niską w rozumieniu Pzp. Osoby takie także muszą być ubezpieczone, także chorują co wymaga zapewnienia zastępstwa i także muszą zostać wyposażone w środki bhp, umundurowanie etc.

Oceniając zaniżenie ceny przez Wykonawcę, można posłużyć się kalkulacją opracowaną przez Polską Izbę Ochrony Osób i Mienia, która na swojej stronie internetowej <http://www.piooim.pl/> zamieszcza i aktualizuje informację nt średniej stawki godzinowej pracownika ochrony, skąd wynika, iż licencjonowany pracownik ochrony to koszt około 17,90 zł netto za 1 roboczogodzinę. Kwota ta nie uwzględnia żadnej kwoty odpisu na PFRON. Odczytując tę kalkulację wskazać należy, iż koszty dodatkowe zatrudnienia pracownika związane, z chorobą, urlopem, pracą w nocy, zaopatrzeniem w umundurowanie i środki bhp liczone nawet w oparciu o minimalne wynagrodzenie z roku 2010 a nie roku 2011 zamykają się w kwocie ok. 371,00 zł co stanowi że oferta wykonawcy zawiera wynagrodzenie niższe o 22% od rzeczywistego kosztu wytworzenia usługi. Przewidziane w ofercie „inne koszty” w kwocie 35,00 zł wydają się być nieporozumieniem i świadczą o zamiarze wykonywania usług poniżej kosztów. Także kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia, która przeliczona do wynagrodzenia za rbh netto daje sumę 14,92 zł wskazuje na znaczne zaniżenie oferty Wykonawcy (10,03 zł za rbh) w stosunku do rzeczywistych kosztów wykonania zlecenia.

W związku z powyższym Zamawiający powinien uznać ofertę FOSA jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ewentualnie dodatkowo uznać, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz odrzucić ją również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż Wykonawca oświadczył, iż: „*zaoferowana cena jednostkowa jest zgodna ze stanem faktycznym*”.

ad. c) Jednym z dokumentów który należało dołączyć do oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 18 ppkt 2 SIWZ była kalkulacja zaoferowanej ceny jednostkowej, wg wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Konsorcjum GUARD kalkulację zamieścił w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 249,34 zł
- inne koszty: (wyposażenie, umundurowanie, ogólnozakładowe, konwój): 145,00 zł
- zysk: 98,00 zł

Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 11,11 zł

Odwołujący na tej podstawie uznaje, że Wykonawca zamierza świadczyć usługę poniżej kosztów jej wytworzenia, gdyż obok zapisania w kalkulacji należnego na jednego pracownika wynagrodzenia za pracę w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zysku w wysokości 98,00 zł za jednego pracownika ochrony, nie założył żadnych dodatkowych rezerw ani świadczeń finansowych dla pracowników przeznaczonych na poczet dalszych wynikających z przepisów prawa kosztów pracowniczych, w szczególności kosztów urlopów (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie urlopu innych pracowników ochrony), kosztów dodatków do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej (SIWZ przewiduje świadczenie usług ochrony przez 24h na dobę), kosztów zasiłków chorobowych (L-4) dla pracowników (i związanych z tym dodatkowych płac dla osób wykonujących ochronę w okresie choroby innych pracowników ochrony). W tym stanie ponieważ obowiązek udzielenia urlopu, czy zapłata dodatku za pracę w porze nocnej wynika z przepisów Kodeksu pracy a nadto rzeczą notoryjnie znaną jest fakt zdarzających się chorób pracowników w ocenie Odwołującego Wykonawca nie jest w stanie świadczyć usług wskazanych w złożonej ofercie w sposób należyty i w ramach kalkulacji przedstawionych w Załączniku 1A do SIWZ, a zatem złożona oferta zawiera cenę poniżej kosztów wykonania usługi a nadto rażąco niską w rozumieniu Pzp. Osoby takie także muszą być ubezpieczone, także chorują co wymaga zapewnienia zastępstwa i także muszą zostać wyposażone w środki bhp, umundurowanie etc.

Oceniając zaniżenie ceny przez Wykonawcę, można posłużyć się kalkulacją opracowaną przez Polską Izbę Ochrony Osób i Mienia, która na swojej stronie internetowej <http://www.piooim.pl/> zamieszcza i aktualizuje informację nt średniej stawki godzinowej pracownika ochrony, skąd wynika, iż licencjonowany pracownik ochrony to koszt około 17,90 zł netto za 1 roboczogodzinę. Kwota ta nie uwzględnia żadnej kwoty odpisu na PFRON. Odczytując tę kalkulację wskazać należy, iż koszty dodatkowe zatrudnienia pracownika związane, z chorobą, urlopem, pracą w nocy, zaopatrzeniem w umundurowanie i środki bhp liczone nawet w oparciu o minimalne wynagrodzenie z roku 2010 a nie roku 2011 zamykają się w kwocie ok. 371,00zł co stanowi że oferta wykonawcy zawiera wynagrodzenie niższe o 20% od rzeczywistego kosztu wytworzenia usługi. Przewidziane w ofercie „inne koszty” w kwocie 145,00 zł wydają się być nieporozumieniem i świadczą o zamiarze wykonywania usług poniżej kosztów. Także kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia, która przeliczona do wynagrodzenia za rbh netto daje sumę 14,92 zł wskazuje na znaczne zaniżenie oferty Wykonawcy (11,11 zł za rbh) w stosunku do rzeczywistych kosztów wykonania zlecenia.

W związku z powyższym Zamawiający powinien uznać ofertę Konsorcjum GUARD jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ewentualnie dodatkowo uznać, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz odrzucić ją również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż Wykonawca oświadczył, iż „*zaoferowana cena jednostkowa jest zgodna ze stanem faktycznym*”.

Zamawiający w dniu 03.12.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-SERVICE” Sp. z o. o. (Lider); 2) GUARD-SYSTEMY Sp. z o. o. (partner) adres dla lidera konsorcjum: ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań zwane dalej: „*Konsorcjum GUARD*” albo „*Przystępującym*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego częściowo po stronie Odwołującego, częściowo po stronie Zamawiającego wnosząc częściowo o uwzględnienie, a częściowo o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba nie uznała skuteczności niniejszego przystąpienia, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego na pytania (pismo z dnia 14.10.2010 r., 18.10.2010 r., 26.10.2010 r., 27.10.2010 r.), ofertą Konsorcjum SCORPION, FOSA, Konsorcjum GUARD, Odwołującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.11.2010 r., odwołaniem wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp,

a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu oceny ofert, wobec zakwestionowania trzech poprzedzających ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego częściowo po stronie Odwołującego, częściowo po stronie Zamawiającego: Konsorcjum GUARD, wnoszącego częściowo o uwzględnienie, a częściowo o oddalenie odwołania. Zgłoszenie przystąpienia miało miejsca w wymaganym terminie, jednakże miało charakter przystąpienia częściowego po obu stronach, co jest niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 3 Pzp: *„Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron”*. W konsekwencji, jak powyżej.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania (pisma z dnia 14.10.2010 r., 18.10.2010 r., 26.10.2010 r., 27.10.2010 r.), oferty Konsorcjum SCORPION, FOSA, Konsorcjum GUARD, Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.11.2010 r., odwołania wraz z załącznikami – w tym kalkulacji Polskiej Izby Ochrony Osób i Mienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na wspólny charakter Izba rozpatrzyła łącznie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum SCORPION, jako oferty najkorzystniejszej zamiast odrzucenia tej oferty z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp,

b) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez FOSA, z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez nie odrzucenie oferty złożonej Konsorcjum GUARD z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z tego powodu, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym Wykonawcom dostępu do rynku poprzez oferowanie ceny wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp.

W konsekwencji uznając, że niniejsze zarzuty są niezasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zgodnie z pkt 18 ppkt 1-2 SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani złożyć w terminie składania ofert m.in.: ofertę na formularzu ofertowym, o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik 1 do SIWZ; kalkulację zaoferowanej ceny jednostkowej, wg. Wzoru stanowiącego załącznik 1A do SIWZ. W ramach postanowień z pkt 21 ppkt 10-11 SIWZ – *„Zestawienie cen. Na formularzu ofertowym należy wpisać koszt jednej godziny ochrony netto z tabeli dot. kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej wyrażony w złotych a następnie obliczyć łączną wartość netto, wartość podatku VAT, wartość brutto oraz wpisać słownie wartość brutto. Cena ofertowa brutto podana przez wykonawcę zostanie ustalona na okres ważności umowy. Cena ofertowa brutto powinna zawierać należny podatek VAT w wysokości 22% (wg. stanu prawnego na dzień składania oferty). Nie należy stosować żadnych upustów. Stawka podatku VAT określona powinna być zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.)”*.

Wartość zamówienia: 1.387.216, 84 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia: 1.692.404, 54 zł brutto. (DRUK ZP-1).

Wykonawcy zaoferowali:

a) Konsorcjum SCORPION zamieściło w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 247,26 zł

- inne koszty: (dodatek, umundurowanie): 0,01 zł
- zysk: 0,16 zł. Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 9,67 zł. Cena ostateczna oferty: 1.096.886, 96 zł brutto.

b) FOSA zamieściła w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 247,96 zł
- inne koszty: (pranie): 35,00 zł
- zysk: 27,72 zł. Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 10,03 zł. Cena ostateczna oferty: 1.137.722,36 zł brutto.

c) Konsorcjum GUARD zamieścił w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 249,34 zł
- inne koszty: (wyposażenie, umundurowanie, ogólnozakładowe, konwój): 145,00 zł
- zysk: 98,00 zł. Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 11,11 zł. Cena ostateczna oferty: 1.260.228, 85 zł brutto.

d) Odwołujący zamieścił w swojej ofercie wskazując następujące dane:

- średnie wynagrodzenie miesięczne jednego pracownika tj. płaca podstawowa z dodatkami: 1 386,00 zł
- ZUS płatnika - 251,28 zł
- inne koszty: (premia, dodatek nocny, pranie i środki czystości): 249,48 zł; 141,11 zł; 9,00 zł.
- zysk: 58,05 zł. Co daje koszt netto jednej godziny ochrony: 12,39 zł. Cena ostateczna oferty: 1.405.421, 74 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w ocenie Izby są one przedwczesny. Należy bowiem wskazać za orzecznictwem, że: „(...) *żądanie odrzucenia ofert innych Wykonawców z uwagi na zaistnienie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest przede wszystkim w przedmiotowym stanie faktycznym przedwczesne, gdyż z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp*”. (wyrok z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10). Podobnie w wyroku KIO z dnia 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO 609/10, wyrok z dnia 09.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2315/10, wyroku z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2420/10 czy też wyroku z dnia 25.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2483/10. Identyczne stanowisko wynika z orzecznictwa sądów powszechnych:

„W ocenie Sądu Okręgowego skorzystanie z określonej w tym przepisie sankcji [odrzućenie oferty – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp – jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia] musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp” (wyrok SO w Krakowie z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: XII Ca 59/09). W konsekwencji Izba uznała wskazane wyżej zarzuty za niezasadne, albowiem odrzućenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi być poprzedzone wyjaśnieniami w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Zakaz automatycznego odrzucenia ofert, według kryterium arytmetycznego, w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny jest powszechnie znanym stanowiskiem ETS. „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, od którego stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabrania państwom członkowskim wprowadzania przepisów prawnych, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych, według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania podmiotów zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, umożliwiającej podmiotowi składającemu ofertę przedstawienie wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać, by oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, a nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny”. [Wyrok ETS z dnia 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”).]

Z oświadczeń z rozprawy wynika bowiem, że Odwołujący arbitralnie przesadził wynik ewentualnego postępowania wyjaśniającego zanim zostało ono przeprowadzone (okoliczność bezsporna). Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie przedstawione na rozprawie, jest błędne. Sformułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 Pzp, jako zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, już samo w sobie podważałoby bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Poza tym, brak było przeszkód sformułowania zarzutu dodatkowego obok zarzutów postawionych w odwołaniu. W konsekwencji, z tych względów Izba nie mogła wykroczyć poza zakres zarzutów i odnieść się do ewentualnego zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 Pzp. W tym zakresie, Izba wskazuje również, iż kwestionowana cena netto jednej godziny ochrony jest *de facto* ceną oferty w rozumieniu postanowień SIWZ ma bowiem bezpośrednie na nią przełożenie.

Jedynie na marginesie, Izba wskaże, że także oferta Odwołującego opiewała na kwotę – cenę jednostkową netto - poniżej kalkulacji wynikającej z Polskie Izby Ochrony Osób i Mienia, co w konsekwencji skutkowałoby, w wypadku uznania zarzutów Odwołującego (członka niniejszej Polskie Izby Ochrony Osób i Mienia) odrzuceniem także jego oferty bez wyjaśnień, co jest niedopuszczalne. W ocenie Izby ewentualne wyjaśnienia winny dotyczyć także Odwołującego. Kwestia ich przeprowadzenia, mimo oddalenia odwołania z uwagi na okoliczności przywołane powyżej, znajduje się aktualnie tylko

i wyłącznie w gestii Zamawiającego, jako „gospodarza” postępowania, który winien uwzględnić ewentualne stanowisko organów kontrolnych w tym zakresie.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. należy wskazać, że w dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku – usługi - poniżej kosztów jej świadczenia.

Po drugie, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż (usługi) ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług czy dostaw, a nie jedynie w perspektywie jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego niedozwolone jest takie zaniżanie sprzedaży (usługi), które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług konkretnego wykonawcy, czy też wykonawców (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09).

Jeżeli, Odwołujący nawet wykazał sprzedaż usługi poniżej kosztów ich wytworzenia (choć co najwyżej można mówić, jedynie o podejrzeniu, które Izba nie mogła zweryfikować z uwagi na brak zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 Pzp), to dodatkowo konieczne jest, aby Izba stwierdziła w niniejszej sprawie, że zastosowanie przez Wykonawców poprzedzających Odwołującego ceny na określonym, niższym poziomie, oprócz wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowało eliminację przedsiębiorcy, jakim jest Odwołujący, z rynku świadczenia danych usług. (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09).

Sama sprzedaż (usługi) poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu (wyrok KIO z dnia 23.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1941/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) i dojazdu na rozprawę (110,00 zł) uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.710,00 zł (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....