

Sygn. akt. KIO/UZP 9/08

WYROK
z dnia 31 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Agnieszka Wiśniewska
Barbara Bettman**

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 31.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Podmioty występujące wspólnie: Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Piesza 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Inowrocław z siedzibą w Inowrocławiu, ul. F.D. Roosevelta 36** protestu / protestów* z dnia 18.12.2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu, ul. Ks. Wawrzyniaka 33** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Inowrocław z siedzibą w Inowrocławiu, ul. F.D. Roosevelta 36

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Podmioty występujące wspólnie: Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Piesza 6**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Inowrocław z siedzibą w Inowrocławiu, ul. F.D. Roosevelta 36** na rzecz **Podmiotów występujących wspólnie: Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Piesza 6**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Podmiotów występujących wspólnie: Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Piesza 6**

U z a s a d n i e

W dniu 10.10.2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2007/S 195-237493 ogłoszono zamówienie w trybie przetargu ograniczonego Miasta Inowrocław zwanego dalej "Zamawiającym" na usługi zarządzania nieruchomościami Miasta Inowrocławia.

Pismem z dnia 12.12.2007r., doręczonym w dn.13.12.2007r. Zamawiający zawiadomił uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców o wyniku postępowania, w tym zawiadomił Konsorcjum : Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. Kielce i Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. Bytom, zwane dalej "Odwołującym" o odrzuceniu jego oferty. Odrzucenie nastąpiło na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 oraz art.92 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. 2007r. Nr 223 poz.1655), zwanej dalej "ustawą" z powodu zawarcia w kalkulacji ceny nie dającej podstawy do przyjęcia, że wykonawca posiada 10 administratorów i niezgodności oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwanej dalej "SIWZ".

W dniu 19.12.2007r. pismem z dnia 18.12.2007r. Odwołujący złożył protest żądając powtórzenia oceny ofert, uznania oferty protestujących za ofertę prawidłową nie podlegającą odrzuceniu i dokonanie wyboru wykonawcy stwierdzając, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów: art. 89 ust.1 pkt 2, art.26 ust.4 oraz art. 91 ustawy.

Odwołujący uważa, że Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do interpretacji oferty w zakresie kalkulacji kosztów i oceny, że wynagrodzenie w kwocie 88.075 zł. miesięcznie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust,1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący uważa, że Zamawiający dokonał oceny ofert wbrew zapisom SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia w pkt II.2 postawiono wymóg zatrudnienia na każde 20.000 m. kw. administratora i technika budowlanego

Zamawiający nie określił w SIWZ wymogu zatrudnienia tych osób w formie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.

W ocenie Odwołującego według ustalonych zapisów SIWZ posiada on swobodę co do formy zatrudnienia osób wypełniających obowiązki administratora i technika budowlanego.

Odwołujący uważa, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zespołów arbitrów, zamawiający nie mają prawa narzucać wykonawcom form w jakich będą dysponować osobami przy pomocy których będą wykonywać obowiązki, a jedynie mają prawo sprawdzać czy wykonawcy dysponują takimi osobami.

Według obowiązujących zapisów SIWZ od wykonawcy można żądać aby wykazał, że dysponuje osobami w odpowiedniej ilości i z odpowiednimi kwalifikacjami, ale bez narzucania formy prawnej w jakiej zostaną oni zatrudnieni. Tym samym Odwołujący nie musi zatrudniać osób na podstawie umowy o pracę. Może dysponować osobami na podstawie umów cywilnoprawnych, bądź może dysponować osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. Nie obowiązuje go rygor najniższego wynagrodzenia za pracę i obowiązek opłacania składek ubezpieczeniowych. Odwołujący uważa, że tak ustalone warunki w SIWZ spełnia.

Odwołujący wskazuje, że kwoty wskazane przez niego w kalkulacji nie wiążą go co do sposobu wydatkowania przy realizacji zadania. Oznacza to, iż może on je wydatkować w inny sposób niż wynika to z kalkulacji przedłożonej do oferty. Sposób rozliczania kosztów u Odwołującego wykonywanego zadania jest sprawą Odwołującego i nie podlega ocenie przez Zamawiającego.

Nie podlega ocenie również możliwość łączenia pewnych stanowisk np: kierownika oddziału z administratorem.

Kwota przeznaczona w kalkulacji na wynagrodzenie w wysokości 59.700 zł. jest kwotą wystarczającą na pokrycie kosztów Odwołującego.

Odwołujący w proteście podnosi, że ocenie Zamawiającego może jedynie podlegać stawka oferowana za usługę to jest cena jednostkowa za metr kwadratowy powierzchni. Natomiast kalkulacja szczegółowa może być oceniana w kategorii spełnia/ nie spełnia to jest złożono/nie złożono. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie określił wzoru kalkulacji i decyzją wykonawcy było określenie jej elementów.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający nie miał podstaw odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie miał prawa kwestionowania kalkulacji Odwołującego. W przypadku gdyby miał takie prawo to powinien przed odrzuceniem oferty zażądać wyjaśnień, na podstawie art.26 ust. 4 ustawy, dokumentów o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy.

Wybór oferty droższej narusza art.91 ustawy.

W dniu 28.12.2007r za pośrednictwem pisma z dn.27.12.2007r. Zamawiający zawiadomił o oddaleniu protestu.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty było nie potwierdzenie wymaganego sposobu spełnienia świadczenia, jakim jest żądanie odpowiedniej ilości osób do wykonywania określonych czynności związanych z zarządzaniem nieruchomościami.

W rozdz. III pkt I i II SIWZ określono szczegółowy zakres czynności do wykonywania. W pkt II tego rozdziału postawiono wymóg sposobu prowadzenia zarządzania i związane z tym zatrudnienie odpowiedniej liczby przygotowanych osób. W rozdz. V pkt 1 SIWZ wymagano załączenia szczegółowej kalkulacji stawki zarządzania nieruchomościami. Nie podano w jaki sposób należy sporządzić szczegółową kalkulację, ale z zakresu zadania (rozdz.III pkt I i II) oraz sposobu wykonywania świadczenia (rozdz. III pkt II) wynikało jakie elementy kalkulacji należy uwzględnić przy jej sporządzeniu.

Jednym z ważnych elementów kalkulacji była wycena zatrudnienia pracowników, z której w oczywisty sposób powinna wynikać liczba osób zatrudnionych do wykonania zadań.

Odwołujący sporządził kalkulację z uwzględnieniem elementów zarządzania, z której wynika wycena zatrudnienia.

Zamawiający dokonując analizy kalkulacji, przy uwzględnieniu obowiązującego minimalnego wynagrodzenia stwierdził, że Odwołujący przewiduje zatrudnić 7,6 osób , a nie wymaganej liczby 10 osób.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów protestu Zamawiający stwierdził :

1. kalkulacja stawki jednostkowej była wymagana i powinna potwierdzać spełnienie wymagań co do sposobu spełnienia świadczenia opisanego w SIWZ,
2. zakres rzeczowy i czynności obejmujące bardzo duży zakres działania oraz fakt jakiemu celowi mają służyć administratorzy, będą wymagały zatrudnienia osób w

- pełnym wymiarze czasu pracy, a nie na jakąś część etatu,
3. podpisanie umów z osobami na zasadzie samo zatrudnienia, będzie wymagało pokrycia wszystkich wydatków jakie te osoby będą ponosić. Należy przyjąć, że koszty tych osób będą wyższe niż osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę co wskazuje wolny rynek, a także zdrowy rozsądek,
 4. wymaganie sporządzenia szczegółowej kalkulacji miało na celu wykazanie czy wykonawca uwzględnił wszystkie koszty do wykonania w pełnym zakresie i rzetelnie zadania przewidzianego w SIWZ.

Ponadto Odwołujący w złożonym proteście nie odniósł się do kwestii podniesionej w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, a dotyczącej braku w kalkulacji takich elementów jak : brak zysku i środków odtworzeniowych, szkolenia pracowników, wyposażenia biur.

Z powyższych względów Zamawiający uważa, że odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył przepisów ustawy.

Pismem z dnia 31.12.2007r. wniesiono odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście. Dodatkowo Odwołujący złożył wniosek o unieważnienie postępowanie na podstawie art.191 ust.3 zd.2 w zw. z art. 93 ust.1 pkt 7 i art.146 ust.1 pkt 6 ustawy. Odwołujący w szczególności podkreślił, że Zamawiający nie wskazał, że wynagrodzenie w kwocie miesięcznie 88.075 zł. jest ceną rażąco niską w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 4 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) określając, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi zarządzania, w rozumieniu ustawy z dnia 21.08.1997r. o gospodarce nieruchomościami, nieruchomościami Miasta Inowrocławia i określił w pkt I rozdziału III SIWZ zadania zarządcy jako podejmowanie decyzji i dokonywanie czynności mających na celu zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno -finansowej zasobu oraz zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości, zapewnienie właściwej gospodarki energetycznej, bieżące administrowanie nieruchomością , jak również czynności zmierzające do utrzymania nieruchomości w stanie niepogorszonym oraz do uzasadnionego inwestowania w te nieruchomości w szczególności : ewidencjonowanie i aktualizacja zasobu, wynajmu zasobu, planowanie remontów i modernizacji zasobu, utrzymania czystości, konserwacji, napraw, obsługi finansowej , zawierania niezbędnych umów związanych z

zarządzaniem zasobem, szczegółowo je rozpisując do właściwych czynności zarządcy w pkt-ach od 1 do 18 w pkt I rozdziału III.

Z kolei w pkt II rozdziału III SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia między innymi poprzez określenie miejsca i czasu obsługi najemców i dzierżawców, określenie obowiązku zatrudnienia w każdym biurze obsługi najemców i dzierżawców : zarządcy nieruchomości posiadającego licencję zawodową, techników budowlanych i administratorów w ilości min. 2 tych pracowników przypadających na 20.000 m.kw. i tak dalej.

Z kolei w rozdziale X SIWZ pod tytułem opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający określił, że cenę jednostkową zarządzania przez, którą została określona stawka za 1 m2 powierzchni, powinna zawierać koszty wykonania przedmiotu zamówienia określone w rozdziale III pkt I SIWZ .

Z powyższych zapisów wynika, że Odwołujący sporządzając do oferty szczegółową kalkulację ceny jednostkowej zarządzania nie miał obowiązku w kalkulacji uwzględnienia kosztów zatrudnienia np: administratorów oraz techników budowlanych, ponieważ Zamawiający jednoznacznie określił jakie koszty wykonania powinny być uwzględnione (koszty z rozdz. III pkt I siwz), poprzez wyłączenie z nich kosztów związanych z wymaganiami rozdz. III pkt II siwz (np: administratorzy , technicy budowlani).

Tym bardziej bezpodstawne są zastrzeżenia do złożonej oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 27.12.2007r. stawia się zarzut, iż kalkulując zatrudnienie uwzględnił zamiast wymaganej liczby 10 osób , uwzględnił zatrudnienie 7,6 osób.

Skład orzekający Izby nie podzielił poglądu Zamawiającego, iż warunki SIWZ przewidują obowiązek po stronie Odwołującego zatrudnienia osób, przy pomocy których będzie wykonywane zadanie, na podstawie umów o pracę w oparciu o kodeks pracy. Żaden zapis SIWZ oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na Odwołującego takiego obowiązku.

W związku z tym twierdzenie, że oferta jest sprzeczna z SIWZ , ponieważ wynagrodzenia ujęte w kalkulacji szczegółowej nie zapewniają minimalnego wynagrodzenia liczbie osób, które powinny wykonywać zadanie jest gołosłowne.

Skład orzekający Izby nie podzielił również poglądu Zamawiającego, że koszty umów cywilnoprawnych oraz działalności gospodarczej muszą być wyższe lub co najmniej na tym samym poziomie co minimalne wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Tym bardziej, że Zamawiający nie wykazał, iż z SIWZ wynika, obowiązek pracy na cały etat, a nawet nie wynika w jakich dniach, która z osób ma być obecna w punkcie obsługi najemcy.

Przedstawione na rozprawie koszty Przystępującego do postępowania odwoławczego nie mogą stanowić dowodu na to, że przy innej organizacji pracy koszty nie mogą być niższe niż u Przystępującego.

Skład orzekający Izby na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie, wyjaśnił stron na rozprawie orzekł o uwzględnieniu odwołania i nakazaniu Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, ponieważ decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ jest bezpodstawną, ponieważ Zamawiający takiej sprzeczności nie wykazał.

Natomiast zarzut Zamawiającego, że z załączonej kalkulacji do oferty wynika, że Odwołujący nie jest w stanie finansowo wykonać zakresu zadań zarządcy, ponieważ zaniżył koszty osób wykonujących zadania jest gołosłowna. Tym bardziej, że Zamawiający zażądał kalkulacji do stawki za m² obsługiwanej powierzchni bez podania jakiegokolwiek metody sporządzenia tej kalkulacji. Z dokumentacji ofertowej wynika, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący sporządzając kalkulację uwzględnili rozbieżne pozycje kosztowe, pomimo twierdzeń Zamawiającego, że jednoznacznie z SIWZ wynika, jakie koszty powinni wykonawcy przyjąć do wyceny stawki wynagrodzenia za 1m.kw.

Reasumując skład orzekający Izby uznał zasadność zgłoszonego naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 i 91 ust.1 ustawy przez Zamawiającego przy decyzji odrzucenia oferty odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Koszty zastępstwa prawnego Odwołującego zasądzono do kwoty 3.600 zł zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 18 lipca 2007 r.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*