

Sygn. akt: KIO/UZP 193/08

WYROK
z dnia 17 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **LEXPAS Sp. z o.o., ul. Leszczyńska 38a, Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., ul. Grobla 15, Poznań** protestu z dnia 21.02.2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., ul. Grobla 15, Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **LEXPAS Sp. z o.o., ul. Leszczyńska 38a, Poznań**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064,40 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., ul. Grobla 15, Poznań** na rzecz **LEXPAS Sp. z o.o., ul. Leszczyńska 38a, Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **LEXPAS Sp. z o.o., ul. Leszczyńska 38a, Poznań**

Uzasadnienie

Zamawiający Wielkopolski Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o. o. poprzednio Wielkopolska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (WSOD) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie na ochronę osób i mienia w obiektach Zamawiającego realizowanej w formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego oraz doradztwo w zakresie bezpieczeństwa w tym wyboru optymalnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych dotyczących ochrony osób i mienia.

W dniu 14 lutego 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach. Wskutek uzyskanej informacji z zachowaniem terminu ustawowego protest w stosunku do części III zamówienia wniósł LEXPAS Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej (LEXPAS lub protestujący). Powołując się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia zarzucił on Zamawiającemu, iż uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu przez IMPEL Security Sp. z o.o. Ochrona Osób i Mienia (IMPEL) naruszył art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 - ustawa). LEXPAS domagał się odrzucenia oferty i wykluczenia IMPEL z postępowania oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu LEXPAS wskazał, że IMPEL nie złożył wymaganej w pkt 7.4f SIWZ propozycji usprawnienia oraz zastosowania rozwiązań innowacyjnych w tym technicznych w istniejącym modelu ochrony obiektów Zamawiającego, gdyż zaproponowany przez IMPEL audyt miałby nastąpić po zawarciu umowy oraz odpowiada metodyce opracowywania planów ochrony i zabezpieczenia obiektów obowiązkowej ochrony, na podstawie której policja uzgadnia plany ochrony. Wobec tego Zamawiający zobowiązany był do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy oraz dokonania wykluczenia IMPEL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

LEXPAS podniósł również, że promesy dotyczące Podwykonawców – Grup Interwencyjnych: Hunters Sp. z o.o., Secura Security Sp. j. oraz Juventus Sp. z o.o. zostały podpisane przez osoby nieupoważnione do reprezentacji. Możliwość składania przez nie oświadczeń w imieniu podmiotów nie wynika ani z wpisu do KRS ani też dla tych osób nie zostały złożone stosowne pełnomocnictwa. Zatem oświadczenie złożone przez IMPEL o ich aktualności zgodnie z pkt 7.4.a SIWZ jest nieprawdziwe i powinno skutkować wykluczeniem IMPEL z postępowania.

LEXPAS kwestionował również uprawnienia osób wskazanych przez IMPEL do realizacji zamówienia. Podniósł, że żadna z dwóch osób wskazanych przez IMPEL nie posiada kwalifikacji do zarządzania bezpieczeństwem, co wynika z złożonych dokumentów oraz jest potwierdzone opinią biegłego znajdującą się w dokumentacji postępowania.

Na poparcie twierdzenia o zaoferowaniu przez IMPEL ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia Protestujący podniósł argumenty:

- usługa ochrony winna być realizowana przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę;
- IMPEL nie udzielił szczegółowych wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów oferty mających wpływ na jej cenę;
- cena oferty IMPEL stanowi 65% wartości zamówienia, jednostkowa cena roboczogodziny jest rażąco niska w stosunku do cen rynkowych podobnych usług oraz jest elementem taktyki gospodarczej IMPEL prowadzącej do wymuszenia podwyższenia stawek po uzyskaniu zamówienia;
- Zamawiający wybrał ofertę z ceną poniżej kosztów wytworzenia usługi wbrew opinii biegłego znajdującą się w aktach sprawy.

LEXPAS zarzucił również Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wezwania IMPEL do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt 7.4. lit. F SIWZ mimo, iż inny wykonawca biorący udział w postępowaniu został do tego zobligowany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy oraz przez odrzucenie oferty GUARD SERVICE mimo, iż podobne zarzuty w odniesieniu do kwalifikacji osób przewidzianych do

wykonania zamówienia można było podnieść w stosunku do IMPEL. Zarzut ten znajduje również oparcie w fakcie, iż Zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia złożone przez IMPEL w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Jako przesłankę do unieważnienia postępowania LEXPAS wskazał, że Zamawiający nie przewidział odrębnej oceny części zamówienia t.j. doradztwa w zakresie bezpieczeństwa w tym wyboru optymalnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych dotyczących ochrony osób i mienia.

Ponadto opierając się na treści protokołu LEXPAS podniósł, że brak zatwierdzenia wyniku postępowania, informacji o powołaniu biegłego, daty sporządzenia protokołu, daty zakończenia prac komisji oraz informacji o wniesieniu skargi do Sądu Okręgowego przez LEXPAS stanowi dowód na przeprowadzenie postępowania z rażącym naruszeniem ustawy. Ponadto zdaniem Protestującego, Zamawiający nie trafnie zastosował art. 134 ust. 1 ustawy, gdyż zamówienie nie jest zamówieniem sektorowym i powinno być udzielone w ramach trybu przetargowego.

Zamawiający oddalił protest w dniu 29 lutego 2008 roku. Stwierdził, że wymóg zawarty w pkt 7.4.f SIWZ został przez IMPEL spełniony. IMPEL wskazał szczegółowy zakres audytu, który umożliwi znalezienie rozwiązań najbardziej optymalnych, co jest uzasadnione brakiem pełnego dostępu do chronionych obiektów oraz pełnej wiedzy o stosowanym przez Zamawiającego systemie zabezpieczeń. Ponadto wymóg pkt 7.4.f SIWZ dotyczył propozycji rozwiązań innowacyjnych, nie stanowił zobowiązania wykonawcy, nie podlegał ocenie oraz nie wchodził w skład przedmiotu zamówienia opisanego w pkt 2.1 SIWZ.

Zamawiający stwierdził ponadto, że pozostałe zarzuty LEXPAS w części dotyczącej zaniechania wykluczenia IMPEL z postępowania były przedmiotem postępowania protestacyjnego i odwoławczego, które zostało rozstrzygnięte w dniu 18 lipca 2007 roku przez odrzucenie odwołania. Okoliczność, iż Zamawiający żądał oświadczenia o aktualności oświadczeń i wniosków złożonych w postępowaniu nie uprawnia do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do argumentów LEXPAS związanych z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty IMPEL z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający stwierdził, że nie wymagał zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę oraz nie jest uprawniony do kontroli przestrzegania przepisów prawa pracy przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. O możliwości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia na podstawie innych form zatrudnienia przesądza zasada swobody umów a forma zatrudnienia nie przesądza o właściwej realizacji umowy.

Zamawiający podniósł również, że wyrażenie „pracownik” użyte w wyjaśnieniach IMPEL z dnia 4 lutego 2008 roku ma znaczenie „techniczne” i nie wskazuje na podstawę prawną

zatrudnienia. Wyjaśnienia te zdaniem Zamawiającego zawierały szczegółowo wymienione składniki mające wpływ na wysokość ceny oraz zakładały zysk od 0,78 do 0,99 zł na roboczogodzinie. Pomoc publiczna odnosiła się do pozostałych kosztów wykonawcy. Metody wykonania zamówienia, zysk w kalkulacji, realne stawki wynagrodzenia oraz pozostałe ujęte w ofercie stawki za usługi monitoringu i konserwacje systemów alarmowych nie były kwestionowane przez LEXPAS. Zarzuty dotyczące nierzetelności dotyczą działań IMPEL S.A., który nie bierze udziału w postępowaniu. Opinia biegłego ma charakter pomocniczy, zaś Zamawiający brał pod uwagę również stawki stosowane w Oddziałach w Kaliszu, Koszalinie i Szczecinie, reakcją Zamawiającego na warunki na rynku pracy ma być przewidziana umowie możliwość waloryzacji rocznej wynagrodzenia wykonawcy na poziomie wskaźnika wzrostu cen towarów i usług.

Zamawiający stwierdził, że do uzupełnienia dokumentu z pkt 7.4.f SIWZ wezwał firmę Skorpion Security, która dopuściła możliwość złożenia dokumentu dopiero w trakcie negocjacji, podczas gdy IMPEL wymagany dokument złożył. Zarzut nierównego traktowania w odniesieniu o firmy GUARD Service były przedmiotem orzeczenia Zespołu Arbitrów.

Zamawiający wywiódł ponadto, że nie przewidział odrębnego kryterium oceny – doradztwa technicznego, nie przewidział również za nią odrębnego wynagrodzenia traktując ją jako niezbędny element usług z zakresu ochrony osób i mienia. Ustalone w Ogłoszeniu kryteria były niezmiennie w całym postępowaniu.

Za chybione uznał Zamawiający również zarzuty dotyczące braków w dokumentacji postępowania, gdyż protokół zawierał część wskazywanych przez LEXPAS informacji, albo z uwagi na etap postępowania zawierać ich nie mógł albo też został uzupełniony bez skutku w postaci nieważności postępowania. Na okoliczność dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem wskazał art. 9c ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawo energetyczne.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia LEXPAS wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymywał zarzuty i żądania protestu polemizował z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu oraz wskazywał, że brak dokumentu wymaganego w pkt 7.4. f SIWZ skutkować winien odrzuceniem oferty IMPEL jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Izba postanowiła nie rozpoznawać zarzutów naruszenia przepisów ustawy dotyczące zaniechania wykluczenia IMPEL z uwagi na podpisanie promes przez osoby nieuprawnione oraz przedstawienia do realizacji zamówienia osób nie dysponujących wymaganymi przez zamawiającego kwalifikacjami i w konsekwencji zarzut naruszenia zasady równości w tym zakresie. Zarzuty te zostały zawarte w proteście Odwołującego się z dnia 21 czerwca 2007

roku, który został rozstrzygnięty postanowieniem Zespołu Arbitrów z dnia 18 lipca 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-846/07). Zespół Arbitrów oddalił odwołanie z przyczyny określonej w art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy. Na orzeczenie Zespołu Arbitrów Odwołujący się wniósł skargę do Sądu Okręgowego. Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 28 września 2007 roku (sygn. akt X Ga 341/07) oddalił skargę. Protest zatem został ostatecznie rozstrzygnięty i służy mu powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Istotą postępowań wieloetapowych jest konieczność zgłaszania środków ochrony prawnej stosownie do etapu postępowania. Żądanie przez Zamawiającego oświadczenia o aktualności danych złożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie odnosi się do treści złożonych wniosków i nie przywraca terminu do kwestionowania decyzji Zamawiającego o zaproszeniu do składania ofert wstępnych. Na okoliczność ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie ma wpływu fakt, iż nastąpiło to przez jego odrzucenie z przyczyn wniesienia przez podmiot nieuprawniony bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (wersje z listopada 2007 i stycznia 2008 roku), oryginałów ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, opinii biegłego sądowego – rzeczoznawcy w dziedzinie ochrony mienia i osób Janusza Wojciechowskiego z dnia 31 stycznia 2008 roku, pisma Zamawiającego z dnia 1 lutego 2008 roku wzywającego IMPEL do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wyjaśnień IMPEL z dnia 4 lutego 2008 roku oraz wysłuchała oświadczeń stron i pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DzOPWE w dniu 31 marca 2007 roku pod numerem 2007/S 64-078616.

Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż w razie wykluczenia IMPEL z postępowania lub odrzucenia złożonej przez niego oferty oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą.

W pkt 7.4.f SIWZ (wersja z listopada 2007 roku) przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do negocjacji Zamawiający wymagał złożenia propozycji usprawnienia oraz zastosowania rozwiązań innowacyjnych w tym technicznych w istniejącym modelu ochrony WOSD. Zamawiający stwierdził w pkt 7.4 SIWZ, że dokument ten wchodzi w skład oferty wstępnej.

IMPEL złożył ofertę wstępną zawierającą dokument p.n. odpowiadającą pkt 7.4. f SIWZ w którym stwierdził, że „posiadając tylko cząstkową wiedzę o obiektach (Zamawiającego) nie

ma możliwości przedstawienia nowych rozwiązań dotyczących ochrony”. Jednocześnie zadeklarował, że w razie wyboru jego oferty w ciągu trzech miesięcy od dnia podpisania umowy na życzenie zamawiającego wykona audyt bezpieczeństwa oraz poda jego fazy. Wynikiem audytu ma być kompleksowa analiza bezpieczeństwa oraz zaproponowanie działań zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa obiektów.

Okolicznością sporną między stronami jest, czy treść oferty wstępnej IMPEL odpowiada wymogom pkt 7.4.f SIWZ.

Izba stwierdza, że dokument złożony w ofercie wstępnej przez IMPEL nie zawiera treści wymaganej przez Zamawiającego, wskazuje jedynie metodologię dojścia do rozwiązań usprawniających jego model ochrony. Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców propozycji w tym zakresie, które zgodnie z treścią art. 59 ust. 1 ustawy mogłyby być przedmiotem negocjacji. Propozycja podjęcia działań po zawarciu umowy i na żądanie Zamawiającego tych warunków nie spełnia. Okoliczność, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie zapoznali się z systemem ochrony stosowanym u Zamawiającego nie ma wpływu na tę ocenę. Zdaniem Izby profesjonalne podmioty działające w obszarze ochrony osób i mienia, z całą pewnością posiadają wiedzę i doświadczenie, które powinno być zaprezentowane przy formułowaniu treści oferty wstępnej. Ponadto na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne do zarzutu Odwołującego się, że opis audytu dokonany przez IMPEL w większości powieliła istniejące regulacje prawne, mimo, że zarzut ten został sformułowany już w proteście.

Ponadto Izba stwierdza, że zwrócenie się do wykonawcy Agencja Ochrony Skorpion Security o uzupełnienie dokumentu (o którym mowa w pkt 7.4.f SIWZ) będącego częścią oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy było wadliwe. Zamawiający prowadził postępowanie wg przepisów ustawy w brzmieniu przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 roku. Treść tego przepisu na mocy art. 220 ust. 1 ustawy umożliwiała Zamawiającemu zwrócenie się o uzupełnienie wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu oraz jedynie w sytuacji, gdy ich brak skutkowałby unieważnieniem postępowania.

Zamawiający prawidłowo wskazuje, że oferta wstępna nie wiąże wykonawcy oraz nie podlega ocenie merytorycznej. Jednak z art. 57 ust. 1 ustawy wynika obowiązek przeprowadzenia oceny formalnej ofert. Do negocjacji zgodnie z art. 58 ust. 1 Zamawiający może zaprosić wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne nie podlegające odrzuceniu.

Skoro treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, to Zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zatem Zamawiający bezpodstawnie skorzystał z art. 26 ust. 3 ustawy i w ten sposób dopuścił się jego naruszenia. Powyższe wskazuje, że trudno jest stwierdzić naruszenie zasady równości przy błędnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa cenę badanej oferty należy odnieść do wartości przedmiotu zamówienia pod warunkiem, iż został on oszacowany przez zamawiającego z należytą starannością.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na podstawie cen rynkowych i wartości zawieranych przez niego umów dotyczących usługi ochrony. Odwołujący się przyznał na rozprawie, że ustalenie wartości przedmiotu zamówienia jest prawidłowe. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, aby wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana nieprawidłowo.

Punktem odniesienia dla ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę mogą być również ceny ofert innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 8.738.881,86 zł. Oferta IMPEL zawierała cenę 5.725.004, 20 zł t.j. ok. 65% wartości przedmiotu zamówienia. Cena ta istotnie różniła się od ceny oferty Odwołującego, istotą różnicy były rozbieżności w kalkulacji stawki za roboczogodzinę usługi ochrony fizycznej. W tej części postępowania zostały złożone dwie oferty.

Zamawiający powołał biegłego, któremu zlecił wyrażenie opinii o cenie oferty IMPEL. Biegły sądowy – rzeczoznawca w dziedzinie ochrony mienia i osób Janusz Wojciechowski w opinii z dnia 31 stycznia 2008 roku zajął stanowisko, że minimalna stawka kalkulacyjna dla osób wykonujących usługę ochrony zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wynosi zgodnie ze stanowiskiem Polskiej Izby Ochrony Osób i Mienia - 12,30 zł za roboczogodzinę oraz dolna granica kosztów (nie opłacalności) nie może być niższa niż 11 zł. W odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie innego stosunku prawnego niż stosunek pracy biegły wskazał, że ostateczny koszt kalkulacyjny roboczogodziny wyniesie również powyżej 11 zł za roboczogodzinę (przy założeniu, że pracownik otrzyma 6 zł za godzinę, co jego zdaniem wobec sytuacji na rynku pracy w Wielkopolsce i wymagań Zamawiającego co do ilości osób jest mało realne, jest to stawka zbyt niska). Ponadto powołując się na wyniki innych przetargów o podobnych uwarunkowaniach i charakterze obiektów biegły wskazał, że cena zaoferowana przez IMPEL odbiega od średnich stawek dla kontraktów zawartych na okres roku, zaś zawieranie umów na okres trzyletni powoduje podniesienie ceny usługi przez co różnica między ceną oferty IMPEL a średnią rynkową wartości roboczogodziny dla podobnych usług jest jeszcze większa. Biegły stwierdził również że pozostałe firmy, które złożyły oferty w różnych częściach postępowania (w tym Odwołujący się) w ramach oferowanych stawek mogą pozyskać wykwalifikowaną kadrę pracowników do ochrony obiektów zamawiającego. Zdaniem biegłego, stawki zaproponowane przez IMPEL w zadaniu

III nie dają rękąmi należytego wypełnienia zamówienia w okresie trzyletnim, co biegły argumentował na przykładzie kontraktu zawartego między IMPEL a TP S.A.

Przepisy ustawy stanowią, że czynności odrzucenia oferty wykonawcy z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny Zamawiający nie może dokonać wyłącznie na podstawie ustaleń własnych. Art. 90 ust. 1 ustawy nakazuje zwrócenie się do wykonawcy w formie pisemnej o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Art. 90 ust. 2 ustawy wskazuje taksatywnie wymienione obiektywne czynniki, które zamawiający jest zobligowany wziąć pod uwagę przy dokonywaniu oceny udzielonych wyjaśnień. Są to, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2008 roku zwrócił się do IMPEL o udzielenie szczegółowych wyjaśnień z powołaniem się na treść art. 90 ust. 1 ustawy oraz wskazując, że w przypadku jeśli na wysokość zaferowanej ceny miało wpływ udzielenie pomocy publicznej Wykonawca zobowiązany jest do określenia rodzaju, rozmiaru tej pomocy oraz jej wpływu na wysokość zaferowanej ceny.

IMPEL udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Wskazał w nich, że odrębnie kalkuluje cenę roboczogodziny oraz wynagrodzenia brutto dla pracowników z licencją i bez niej. Wynagrodzenie to wynosi odpowiednio 7 i 9,30 zł, co daje mu zysk 0,78 zł na roboczogodzinie. IMPEL wskazał ponadto kalkulacje kosztów dla ujętych w opisie przedmiotu zamówienia działań 1.2 i 1.3. Wyjaśnił też, że realizuje usługi na zbliżonych stawkach z zachowaniem należytej staranności oraz, że przy kalkulacji stawki wykorzystuje doświadczenie oraz know-how oraz korzysta z pomocy publicznej (jako Zakład Pracy Chronionej), co ma wpływ na pozostałe koszty działalności firmy ujęte w kalkulacji ceny roboczogodziny.

Zdaniem Izby ich treść nie może być uznana za wystarczającą do przyjęcia, że cena oferty IMPEL nie jest rażąco niska. „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku – sygn. akt V Ca 2214/06). Izba nie podziela dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, gdyż:

- nie eliminują one wątpliwości, co do rzetelności kalkulacji stawki za roboczogodzinę usługi fizycznej ochrony wskazanych przez biegłego sądowego;
- przedstawiają kalkulację jedynie w odniesieniu do dwóch z ośmiu obiektów podlegających fizycznej ochronie. IMPEL przyznał, że w różnych obiektach stosuje różne stawki, nie można

zatem przyjąć, że przedstawione wyliczenie jest reprezentatywne dla całości zamówienia (Działanie 1.1);

- nie wypełniają dyspozycji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy, który nakazuje wziąć pod uwagę czynniki obiektywne. IMPEL w wyjaśnieniach zawarł subiektywne informacje o charakterze ogólnym (doświadczenie i know-how) nie popierając ich żadnymi dowodami.;

- rażąco nie spełniają wymagań Zamawiającego dotyczących pomocy publicznej, gdyż nie zostały określone rodzaj ani rozmiar pomocy, co pełnomocnik Zamawiającego przyznał na rozprawie. Stwierdzenia IMPEL, że jako ZPChr korzysta z pomocy publicznej i uwzględnia ją w kosztach działalności firmy nie uzasadniają różnicy w cenie oferty oraz nie spełniają wymogu udzielenia wyjaśnień w zakresie wpływu pomocy na wysokość ceny oferty. Odwołujący się jest również ZPChr a cena jego oferty, zdaniem biegłego, odpowiada rzeczywistym stawkom rynkowym;

- IMPEL nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zobowiązanie do wskazywania przez wykonawcę dowodu na poparcie prawdziwości wyjaśnień wynika z art. 90 ust. 3 ustawy. Ponadto istotne jest, że wbrew twierdzeniom zawartym w odpowiedzi na odwołanie, ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, sygn.akt. VI Ca 464/05). W piśmiennictwie przyjmuje się, że wykonawca udzielając wyjaśnień zamawiającemu ma obalić domniemanie prawne w zakresie ceny rażąco niskiej w jego ofercie (Małgorzata Stręciwilk „Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo” Warszawa 2008)

Należy stwierdzić, że wyjaśnienia IMPEL nie odpowiadają zakresowi żądań Zamawiającego. Nie może być uznane za wykazanie przesłanek z art. 90 ust. 2 twierdzenie pełnomocnika Zamawiającego, że z uwagi na rozmiary działalności IMPEL i ilość zatrudnianych pracowników możliwe jest obniżenie przez niego kosztów, w szczególności administracyjnych. Pismo IMPEL informacji tych nie zawiera. Okolicznością przyznaną przez Zamawiającego jest, że nie został sporządzony protokół z prac komisji oceniającej wyjaśnienia udzielone przez IMPEL.

Z pisma IMPEL z dnia 4 lutego 2008 roku nie sposób wywieść obiektywnych przyczyn różnicy między ceną oferty IMPEL a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz znacznej rozbieżności stawki za roboczogodzinę usługi ochrony fizycznej w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i jest zdolny do wykonania zamówienia publicznego z należytą starannością na warunkach złożonej przez siebie oferty. „(...)

podstawowym celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych. Postępowanie wyjaśniające ma (...) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku, sygn. alt. VCa 459/06)

Opinia biegłego z dnia 31 stycznia 2008 roku, która została w całości podtrzymana przez niego na rozprawie oraz dowody przedstawione przez Odwołującego się rodzą wątpliwości, czy realizacja zamówienia publicznego przez IMPEL za cenę zaproponowaną w ofercie będzie możliwa. Złożone przez IMPEL wyjaśnienia nie stanowią dowodu na twierdzenie przeciwne.

Zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji wyjaśnień złożonych przez IMPEL i zaniechał odrzucenia złożonej przez IMPEL oferty. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Izba uznała za potwierdzony.

Należy wskazać, że przy ponownym dokonywaniu czynności badania i oceny ofert należy ponownie zweryfikować wyjaśnienia IMPEL z dnia 4 lutego 2008 roku. Ponowne zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy jest wyłączone.

Badając zarzut zaniechania odrzucenia oferty IMPEL zawierającej rażąco niską cenę Izba analizowała również kolejne argumenty Odwołującego się zgłoszone na jego poparcie.

Za chybione Izba uznała wywody Odwołującego się odnośnie konieczności wykonania zamówienia przez osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę.

Zamawiający temu twierdzeniu na rozprawie zaprzeczył oraz trafnie wskazał, że nie żądał dokumentów potwierdzających rodzaj zatrudnienia osób, które będą wykonywać zamówienie.

Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy mówi, że wykonawca ma dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca może dysponować osobami zatrudnionymi na podstawie zarówno umowy o pracę, jak i na podstawie umowy o charakterze cywilnoprawnym.

Użycie w treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ określenia „pracownik ochrony” nie przesądza o rodzaju więzi prawnej łączącego daną osobę z pracodawcą. Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. Nr 114 poz. 740) i oznacza - osobę posiadającą licencję pracownika ochrony fizycznej lub licencję pracownika zabezpieczenia technicznego i wykonującą zadania ochrony w ramach wewnętrznej służby ochrony albo na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia, lub osobę wykonującą zadania ochrony w zakresie niewymagającym licencji. Izba stwierdza, że ustawa ta nie wymaga zatrudniania pracowników ochrony na podstawie stosunku pracy.

Powyższej kwalifikacji prawnej nie zaprzecza fakt, że w szczegółowym opisie wymagań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia Zamawiający użył pojęć, które zdaniem Odwołującego się wskazują na cechy stosunku pracy, co potwierdza opinia prof. Zbigniewa Niedbały. W ocenie Izby opinia ta zawiera indywidualną ocenę prawną regulacji SIWZ dokonana przez jej autora i jak wskazano wyżej nie przesądza o konieczności realizacji przedmiotu zamówienia przez pracowników. Tym samym nie może być dowodem na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny przez IMPEL.

W treści odwołania Odwołujący się wywodzi, że IMPEL obchodzi przepisy prawa co do formy zatrudniania pracowników ochrony. Okoliczności te nie mogą być przedmiotem badania Izby. Jeśli IMPEL narusza prawa pracownicze to właściwym organem do stwierdzenia tych okoliczności oraz wyciągnięcia konsekwencji jest Państwowa Inspekcja Pracy. Osoby, których prawa zostały naruszone takimi działaniami mogą wnieść powództwo do sądu pracy o ustalenie istnienia stosunku pracy w trybie art. 189 k.p.c

W konsekwencji nie uwzględnienia argumentu o konieczności dysponowania osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę Izba stwierdza, że zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji nie potwierdził się. Skoro do wykonania przedmiotu zamówienia nie jest niezbędne dysponowanie osobami znajdującymi się w stosunku pracy to argument, że cena oferty została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia, gdyż jej wyliczenie nie odnosi się do kosztów stosunku pracy, nie potwierdził się. Jeśli Odwołujący się uważa, że działanie IMPEL wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji lub IMPEL w sposób niezgodny z prawem korzysta z udzielonej mu koncesji powinien zwrócić się do właściwych organów.

Izba nie dopuściła dowodu z umowy zlecenia Nr 98/12/RB/JSP/CB051/2008 z dnia 1 stycznia 2008 roku oraz zeznań świadka Jana Pietrzyńskiego. Izba uznała zgodnie z art. 188 ust. 6 ustawy, że fakty będące ich przedmiotem tzn. zaoferowanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia są wystarczająco stwierdzone w dokumentacji postępowania oraz oświadczeniach stron i ich pełnomocników złożonych na rozprawie.

Powyższe ustalenia wskazują, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy

Za nietrafny uznała Izba zarzut Odwołującego się dotyczący braku odrębnego kryterium oceny ofert w zakresie doradztwa. Kryterium to nie było przewidziane przez Zamawiającego w postępowaniu, brak również jest odrębnego wynagrodzenia za usługę doradztwa. Zarzut ten nie może być traktowany inaczej jak spóźniony protest na treść Ogłoszenia i SIWZ. Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego odnośnie prawnej kwalifikacji braków w protokole postępowania. Nie stanowią one dowodu na rażące naruszenie przepisów ustawy w postępowaniu, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że działania Zamawiającego wyczerpują znamiona wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec braku innych przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy brak jest podstawą do unieważnienia postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*