

Sygn. akt: KIO 716/11

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę Agencja Ochrony „Szabel” Sp. z o.o., 75-212 Koszalin, ul. Morska 11 w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., 61-859 Poznań, ul. Grobla 15

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony „Szabel” Sp. z o.o., 75-212 Koszalin, ul. Morska 11 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Agencję Ochrony „Szabel” Sp. z o.o., 75-212 Koszalin, ul. Morska 11 tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Wielkopolska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Grobla 15, 61-859 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi ochrony osób i mienia na obszarze działania WSG Sp. z o.o.: w Kaliszu, Koszalinie i Szczecinie oraz Gazowni: Kaliskiej, Koszalińskiej i Szczecińskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 20-032465 w dniu 29 stycznia 2011 r.

W dniu 28 marca 2011 r. zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyniku postępowania, w tym m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu 2 dotyczącym Oddziału w Koszalinie i Gazowni Koszalińskiej, w którym ofertę złożył Odwołujący – Agencja Ochrony Szabel Sp. z o.o. w Koszalinie.

Odwołujący wniósł w dniu 5 kwietnia 2011 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców EKOTRADE Sp. z o.o. oraz IMPEL Security Polska Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru dla zadania nr 2 wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że w toku postępowania zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowiących o tym, że oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia podlega odrzuceniu, podobnie jak oferta wykonawcy, który złożył fałszywe oświadczenie w zakresie posiadanego potencjału o możliwości świadczenia usługi reakcji Grup Interwencyjnych we wszystkich obiektach Oddziału Zakładu Gazowniczego w Koszalinie.

Odwołujący wniósł o uchylenie wyboru wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o., odrzucenie oferty tego wykonawcy oraz oferty Impel Security Polska Sp. z o.o. i nakazanie ponownej oceny ofert dotyczących zadania nr 2 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołania odwołujący wskazał na wymóg posiadania przez wykonawców potencjału technicznego i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci pracowników bezpośredniej ochrony fizycznej oraz Grup Interwencyjnych we wszystkich obiektach Oddziału Zakładu Gazowniczego w Koszalinie dla obiektów chronionych w trybie monitorowania Lokalnych Systemów Alarmowych. Stwierdził, że wymóg posiadania Grup Interwencyjnych dotyczy obiektów położonych w 10 wymienionych miejscowościach, Grupy powinny być zlokalizowane w tych miejscowościach, gdyż czas dojazdu do obiektów określony jest na poziomie 10 minut w dzień i 5 min. w nocy, a Grupa Interwencyjna powinna być całodobowa i min. dwuosobowa.

Odwołujący stwierdził, powołując art. 22 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 26 ust. 2a i ust. 3 ustawy, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu muszą być złożone i potwierdzać stan na dzień składania ofert, a ustawa nie przewiduje możliwości ich składania po dokonaniu wyboru wykonawcy, a przed podpisaniem umowy. Odwołujący stwierdził, że konkurencyjni wykonawcy nie posiadają własnych Grup Interwencyjnych we wszystkich obiektach, ani nie posiadają podwykonawców, w tym EKOTRADE sp. z o.o. co najmniej w ośmiu lokalizacjach, a IMPEL Security Polska Sp. z o.o. nie posiada potencjału w zakresie Grup Interwencyjnych dla żadnej lokalizacji w ramach zadania nr 2. Wykonawca ten na str. 12 oferty wskazał, że zamierza skorzystać z podwykonawstwa, nie określił jednak, wbrew dyspozycji art. 26 ust. 2 b w zw. z ust. 2a, że posiada podwykonawców i może dysponować ich potencjałem. Odwołujący stwierdził, że co do trzech miejscowości tylko on posiada potencjał w postaci Grup Interwencyjnych i nie udostępni go innym podwykonawcom.

Stwierdził, że konkurenci musieliby stworzyć Grupy Interwencyjne, co wiąże się z kosztami wyposażenia, w tym samochodu, utworzenia sieci łączności oraz zatrudnienia dla każdej Grupy co najmniej ośmiu pracowników, a kosztów tych wykonawcy nie uwzględnili, co doprowadziło do rażącego zaniżenia proponowanych cen. Odwołujący zauważył, że dla każdej lokalizacji obiektów zamawiającego istnieje konieczność przepracowania w ramach Grupy Interwencyjnej średnio 730 rbg miesięcznie na jednego pracownika, a przy wymogu dwuosobowej Grupy stanowi to średnio 1.460 rbg/mc. Wyliczył, w oparciu o opracowanie Polskiego Związku Pracodawców Ochrona, że utrzymanie jednej Grupy dla jednej lokalizacji oznacza koszt nie mniej niż 24.966 zł/mc (898.776 zł w skali zamówienia) przy zatrudnieniu na umowę o pracę, lub odpowiednio 17.067,40 zł/mc (614.426,40 zł) przy zatrudnieniu na umowę zlecenia bez składek ZUS. Z powyższego odwołujący wywodzi, że wykonawcy, który nie posiadają własnych Grup ani podwykonawców w tym zakresie, pominęli przy kalkulacji ceny koszty Grup Interwencyjnych, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jakim jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w tym świadczonych usługach, w celu przysporzenia korzyści.

Odwołujący stwierdził, że konkurencyjni wykonawcy oparli ofertę cenową wyłącznie na założeniu pokrycia kosztów stałej ochrony fizycznej, jednak i w tym zakresie ceny ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawił wariantowe wyliczenia koniecznych kosztów przy założeniu najniższych możliwych stawek dla nielicencjonowanych pracowników ochrony w tym w stosunku pracy i przy umowie zlecenia zauważając, że stawka wybranego wykonawcy na poziomie 6 zł jest dwukrotnie niższa od powołanych wyliczeń (w podanych wariantach są to kwoty 12,11 zł, 11,64 zł, a przy umowie zlecenia 8,25 zł). Jednocześnie odwołujący zauważył, że przy wymogu zatrudnienia również pracowników licencjonowanych, co jest oczywiście konieczne, koszty pracownicze będą jeszcze wyższe.

Ponadto odwołujący wskazał, że IMPEL Security Polska w ramach wyjaśnień dot. ceny stwierdził, że zamierza korzystać ze zleceniobiorców nie podlegających obowiązkowi odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne, natomiast w wykazie osób załączonym do oferty wskazał, że zdecydowana większość angażowanych osób to osoby zatrudnione na umowę o pracę.

W ocenie odwołującego oferty wskazanych wykonawców podlegają odrzuceniu w sytuacji, w której dokonana ocena wyjaśnień i dostarczonych dowodów potwierdza, że oferty zawierają rażąco niską cenę z uwagi na to, że:

- stawki za jedną roboczogodzinę pracownika ochrony zostały rażąco zaniżone,
- kalkulacje cenowe są nierzetelne, ponieważ nie uwzględniają zwiększonych kosztów pracowników na umowę o pracę, licencjonowanych i posiadających poświadczenia bezpieczeństwa,
- nie uwzględniono kosztów utworzenia i utrzymania wyłącznie na potrzeby zamawiającego Grup Interwencyjnych w miejscowościach lokalizacji jego obiektów, w których wykonawcy nie posiadają ani własnych Grup Interwencyjnych ani podwykonawców.

Na poparcie swojego stanowiska, że ceny konkurencyjnych ofert zawierają rażąco niskie ceny, skalkulowane na poziomie nie wystarczającym do wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności dla pokrycia zgodnego z prawem zatrudnienia pracowników ochrony fizycznej, a także utrzymania Grup Interwencyjnych w obiektach Oddziału w Koszalinie, odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentacji postępowania w tym siwz, treści ofert złożonych przez w/w wykonawców z uwzględnieniem oświadczeń dotyczących kalkulacji ceny, zakresu przewidywanego podwykonawstwa, wykazu osób przewidzianych do wykonania zamówienia oraz pism tych wykonawców w sprawie wyjaśnienia wartości ceny oraz opracowanie dotyczące kalkulacji kosztów wykonania zamówienia dla zadania nr 2 w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej oraz Grupy Interwencyjnej, a także kalkulacje stawki za jedną godzinę pracy pracownika ochrony fizycznej w 2011 roku Polskiego Związku Pracodawców Ochrona w trzech wariantach wraz z komentarzem, ze strony internetowej tego Związku. Wniósł także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu projektowania i kosztorysowania ochrony fizycznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że wykonawcy, zgodnie z art. 22 i art. 26 ustawy złożyli stosowne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zauważył, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia musi dysponować odpowiednim potencjałem, natomiast ustawa nie zawiera wymogu, aby wykonawca był ostatecznie przygotowany do realizacji zamówienia już w chwili składania oferty; w tym przypadku pracownicy zatrudnieni

w innych lokalizacjach mogą być przeniesieni do nowych miejsc pracy. Zamawiający wskazał, że wykonawcy wyraźnie informowali, że nie posiadają grup interwencyjnych we wskazanych lokalizacjach, jednakże fakt ten nie przesądza o braku potencjału do realizacji świadczenia zgodnie z wymaganiami. Zauważył, że posiadanie grup interwencyjnych nie było warunkiem koniecznym wskazanym w siwz.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów zamawiający wskazał, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, a w jego wyniku uznał, że ceny ofert wskazanych wykonawców nie są rażąco niskie uwzględniając zawarte w wyjaśnieniach argumenty wskazujące na przyczyny niskich cen świadczenia usług. Zamawiający zauważył, że powołane w odwołaniu kalkulacje ceny opracowane przez Polski Związek Pracodawców Ochrona stanowią jedynie postulaty i wskazówki mające na celu m.in. propagowanie działań zmierzających do poprawy warunków pracy osób pracujących w zawodzie ochroniarza oraz pewną standaryzację cen i usług, a Związek nie ma kompetencji wydawania jakichkolwiek norm mogących wiązać podmioty prowadzące tego rodzaju działalność.

Zamawiający oświadczył ponadto, że nie miał podstaw do stwierdzenia zaistnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności polegającego na podaniu przez wskazanych wykonawców rzekomo błędnych informacji co do możliwości realizacji zamówienia. Zauważył, że zbadał, iż spółki dysponują odpowiednim potencjałem i przeprowadził postępowanie odnoszące się do stwierdzenia, czy cena nie jest rażąco niska. Zauważył też, że koszty utworzenia Grup Interwencyjnych (potencjału mogącego służyć do wykonania zadania) mogą być i w praktyce zwykle są finansowane z przychodów innych niż pochodzące od zamawiającego. Wobec tego nieuwzględnienie przez wykonawcę kosztów utworzenia Grup Interwencyjnych w ofercie, nie musi oznaczać braku zamiaru ich utworzenia, a więc nie może stanowić podstawy do formułowania zarzutu o braku potencjału do wykonania zadania (niemożliwość utworzenia bez ponoszenia kosztów). Zamawiający wskazał przy tym, że w siwz nie wymagał od wykonawców udowodnienia powyższych okoliczności w ofertach.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron ustaliła i zważyła, co następuje.

W wyniku rozpatrzenia zarzutów zawartych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika, co następuje.

Dla zadania nr 2, którego dotyczą zarzuty odwołania zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1 233 099,60 zł.

Cena oferty Impel Security Polska Sp. z o.o. wynosiła 847 316,20 zł stanowiąc ok. 69% oszacowania zamawiającego, natomiast cena zaoferowana przez Ekotrade Sp. z o.o. wynosiła 725 709,55 zł, co stanowi ok. 59% oszacowania zamawiającego. Ponadto jedna firma sklasyfikowana na IV miejscu zaoferowała cenę 1 100 832,68 zł.

Pismami z dnia 9 marca 2011 r. zamawiający wezwał w/w wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, dla zadania nr 2. W szczególności poprosił o wyjaśnienie kalkulacji ceny roboczogodziny, a także innych elementów oferty wpływających na obniżenie kosztów realizacji zadania. Przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na różnice cen oferowanych przez wskazanych wykonawców w stosunku do przedmiotu zamówienia było w ocenie Izby oczywiście uzasadnione

W toku tego postępowania wykonawca Impel Security Polska Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie wskazał, że zamierza korzystać z usług osób zatrudnionych zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie umów cywilnoprawnych. Zauważył, że w przypadku posiadania innego tytułu ubezpieczenia społecznego, ubezpieczenie jest dobrowolne, a zleceniobiorcy, z których usług zamierza korzystać są zgłoszeni do ubezpieczenia u innych płatników, a w jego spółce zgłoszeni są tylko do obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego, co pozwala na zredukowanie kosztów zatrudnienia takich zleceniobiorców o takie elementy jak: składki na ubezpieczenie społeczne potrącone z wynagrodzenia zleceniobiorcy, składki finansowane przez płatnika, koszt rezerwy na wynagrodzenie urlopowe, koszt ubezpieczenia chorobowego i innych kosztów towarzyszących umowie o pracę. Wskazał ponadto, że jako podmiot realizujący liczne kontrakty posiada umundurowanie, wszelkie wyposażenia oraz środki łączności, co pozwala mu nie ponosić kosztów zakupu w/w elementów lub ponosić je w mniejszym stopniu. Odnosi się to też do monitoringu wraz z podjazdem grup interwencyjnych. Stwierdził, że realizacja usług następuje wg zaistniałych potrzeb, dlatego też służby zajmujące się obszarami technicznymi obsługują kilka lub kilkanaście podmiotów, co pozwala zredukować koszty przy utrzymaniu jakości i wymagań umownych. Przedstawił kalkulację kosztów ze wskazaniem kosztów osobowych ochrony (ogółem) - 683 300 zł, kosztów umundurowania, wyposażenia osobistego oraz kosztu sprzętu wymaganego na obiektach – 17 216 zł, monitoringu + konserwacji (podjazdy grup interwencyjnych oraz pozostałych prac ekip konserwacyjnych/technicznych – 84 600,20 zł, kosztów innych – 25 000 zł, kosztów administracyjnych, nadzoru, ubezpieczenia itp. – 25 500 zł, z zyskiem w kwocie 11 700 zł.

Wykonawca Ekotrade Sp. z o.o. wskazał na swoje doświadczenie na rynku, w tym doświadczenie w kalkulacji kosztów, posiadanie oddziałów w większych miastach na obszarze działania zamawiającego. Zauważył, że cena jego oferty różni się od ceny drugiego wykonawcy o 7,03%. Wskazał na różne czynniki wpływające na zmniejszenie kosztów

własnych, w tym posiadanie centrum odbiorczego sygnałów alarmowych, własny dział produkcji nadajników do monitoringu, własne grupy interwencyjne w wielu miejscowościach na obszarze działania zamawiającego, posiadanie umundurowania i wyposażenia pracowników, własny zmotoryzowany serwis techniczny, dysponowanie kadrą kierowniczą i nadzorczą w miejscowościach świadczenia usług, zatrudnianie pracowników ochrony w ramach dobrowolnych umów cywilno-prawnych.

Wskazał, że koszty monitoringu jednego systemu od 20 do 80 zł (w niektórych obiektach do 120 zł), przy zysku na poziomie 40-50 zł od jednego monitorowanego obiektu oznaczają, że ceny w przedziale 60-170 zł gwarantują wykonanie usługi.

W zakresie usługi bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wskazał, że będzie ona realizowana przez zespoły pracowników pracujących w ramach umów cywilno-prawnych. Stwierdził, że w zadaniu nr 2 przyjął koszt zatrudnienia pracownika na poziomie 6 zł za 1 roboczogodzinę. Uwzględniając narzuty na wynagrodzenia i koszty ogólnozakładowe: 0,70 zł (umundurowanie, wyposażenie, nadzór itp.) zaplanował zysk z 1 rbg na poziomie 1 zł, co w skali 1 miesiąca daje w skali miesiąca 1903 zł planowanego zysku, a w skali roku 22.836 zł.

Izba ustaliła ponadto, że dysponowanie grupami interwencyjnymi dla określonych lokalizacji na dzień składania ofert nie było wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a koszty interwencji z dojazdem podlegał skalkulowaniu, dla zadania nr 2, w sposób zryczałtowany w usłudze monitoringu dla każdego obiektu. Taki sposób wyceny usługi został dokonany w ofertach wszystkich wykonawców. Należy przy tym zauważyć, na co zwrócił uwagę zamawiający, że grupa interwencyjna, zważywszy na charakter jej pracy, nie musi być tworzona wyłącznie na potrzeby jednego obiektu (lokalizacji) i może obsługiwać szereg lokalizacji, co oznacza, że koszty jej utrzymania mogą być rozłożone na koszty realizacji różnych zamówień. W omawianym zakresie nie został udowodniony podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 14 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawcy nie złożyli fałszywych oświadczeń w zakresie posiadanego potencjału o możliwości świadczenia usługi reakcji Grup Interwencyjnych w obiektach Oddziału Zakładu Gazowniczego w Koszalinie, a informacje o istniejących grupach w określonych lokalizacjach były zgodne z rzeczywistością, tym samym stosownie do brzmienia powołanego przepisu, nie były nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd(...).

Odnosząc się do zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku przyjęcia rażąco zaniżonej stawki roboczogodziny dla pracownika ochrony fizycznej Izba stwierdziła, że rzeczywiście wskazane w kwestionowanych ofertach stawki tj. odpowiednio 7,71 zł w ofercie wybranej i 8,47 zł w kolejnej ofercie są zbyt niskie w sytuacji zamiaru powierzenia czynności ochrony osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę, dla których ustawodawstwo pracy przewiduje gwarantowane minimalne wynagrodzenie miesięczne. Okoliczność ta jest

znana również wykonawcom, którzy w celu zmniejszenia kosztów osobowych świadczonych usług zlecają ich wykonywanie w ramach umów cywilnoprawnych. W złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach zarówno wybrany wykonawca, jak i Impel Security Polska sp. z o.o. stwierdzili wprost, że zamierzają skorzystać z usług zleceniobiorców redukując w efekcie koszty właściwe dla wynagrodzeń ze stosunku pracy. Konsekwencją takiego rozwiązania jest również brak gwarancji otrzymania przez wykonawcę usługi nawet minimalnego wynagrodzenia miesięcznego. Przedstawiona forma zatrudnienia, bez wątpienia niekorzystna dla zleceniobiorców, jakkolwiek zasługująca na dezaprobatę i mogąca nawet nosić znamiona wyzysku, jest dopuszczalna na gruncie obowiązującego prawa i w praktyce stosowana również na rynku usług ochrony osób i mienia, w tym w ramach przedmiotowego postępowania. Mamy zatem do czynienia z rzeczywistym, jakkolwiek negatywnym, zjawiskiem rynkowym. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane oferty zawierają cenę rażąco niską, skoro nie są to ceny niewiarygodne, nierealistyczne, czy też oderwane od realiów rynkowych, mimo iż są to realia, jak wskazano, w odczuciu Izby, negatywne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....