

Sygn. akt: KIO 2775/11

WYROK
z dnia 10 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2011 r. przez wykonawcę STEKOP S.A., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 2980, 14-500 Braniewo, ul. Sikorskiego 41

przy udziale wykonawcy konsorcjum firm: Purzeczeko – Grupa Securitas Sp. z o.o., 18-400 Łomża, ul. Nowa 3a, Purzeczeko Securitas Sp. z o.o., 19-300 Elk, ul. Mickiewicza 42 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2775/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: Purzeczeko – Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczeko Securitas Sp. z o.o. oraz Konsalnet Scorpion Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową nr 2980, 14-500 Braniewo, ul. Sikorskiego 41 i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STEKOP S.A., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Jednostki Wojskowej nr 2980, 14-500 Braniewo, ul. Sikorskiego 41 na rzecz wykonawcy STEKOP S.A., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 kwotę **18.988 zł. 60 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty strony poniesione w związku z wpisem od

odwołania, a także wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Elblągu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Jednostkę Wojskową nr 2980 na *wykonanie usług w zakresie ochrony osób i mienia świadczonych przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) na rzecz Jednostki Wojskowej 2980 Braniewo* - numer postępowania ZP-05/2011 – wobec czynności oceny ofert, wykonawca Stekop S.A. wniósł w dniu 27 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2775/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 grudnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanej wykonawcom w dniu 15 grudnia 2011 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawiony został zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące wynikiem rozstrzygnięcia postępowania, w którym wybrano ofertę konsorcjum firm: Purzeczeko – Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczeko – Securitas Sp. z o.o., podlegającą odrzuceniu oraz zaniechano odrzucenia oferty wybranej oraz ofert Konsalnet Scorpion Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim odrzuceniu ofert podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazywał na opis usługi zamieszczony w siwz, określający warunki realizacji zamówienia w pkt III.6 ust. 1, ust. 2, ust. 7, ust. 17, ust. 21, ust. 23, ust. 26, ust. 27, IX ust. 5 oraz § 4 ust. 5 projektu umowy, z których wynika, że wykonawcy dokonując kalkulacji kosztów wykonania zamówienia winni byli uwzględnić co najmniej koszty osobowe uwzględniające minimalne wynagrodzenie w wysokości obowiązującej od 01.01.2012 r. tj. w kwocie 1.500 zł brutto. Zamawiający zastrzegł konieczność zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę. Niezależnie od wymiaru zatrudnienia, pracownicy muszą otrzymać tę samą płacę co najmniej minimalną za godzinę pracy. Prawidłowo dokonane obliczenia winny tym samym uwzględniać obowiązkowe składniki minimalnego wynagrodzenia w roku 2012, przedstawione przez odwołującego w ujęciu tabelarycznym. Koszty konieczne do uwzględnienia w ujęciu na roboczogodzinę z uwzględnieniem stawki podatku VAT, cena jednostkowa brutto kosztu

osobowego wyniesie 12,98 zł. Dwie spośród sześciu złożonych ofert uwzględniły koszt jednostkowy poniżej płacy minimalnej, tj. 12,41 zł. brutto (Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o.), 11,28 zł. brutto (Purzeczek – Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczek-Securitas Sp. z o.o.). Zdaniem odwołującego, ofert tych wykonawców zawierały rażąco niską cenę, a ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obie oferty zostały skalkulowane poniżej minimalnej dopuszczalnej wysokości, w świetle wymagania zamawiającego dotyczącego zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Przedstawiony stan faktyczny wypełnia wszystkie znamiona czynu opisanego w hipotezie normy wynikającej z art. 15 pkt 1 ustawy. Poprzez złożenie ofert obaj wykonawcy utrudniają dostęp do rynku pozostałym przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług w zakresie ochrony osób i mienia. Powoduje to bowiem, że pozostali przedsiębiorcy zostają postawieni przed wyborem: obniżyć ceny usług poniżej kosztów ich świadczenia albo stracić odbiorców usług.

W dniu 29 grudnia 2011 r. do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Purzeczek – Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczek Securitas Sp. z o.o. po stronie zamawiającego.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Izba stwierdziła, iż kwestionowana czynność zamawiającego godziła w interes odwołującego, którego oferta, przy uznaniu zasadności podnoszonych zarzutów mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w kryterium oceny ofert (najtańsza spośród pozostałych ofert), co wypełniało przesłankę do wniesienia odwołania wskazaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie podnoszonych zrzutów dotyczyło ustalenia, czy oferty, w których zaoferowane ceny po przeliczeniu na stawkę 1 godziny nie uwzględniały minimalnego wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający miał wymagać zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, iż ceny ofert, w których koszt jednej roboczogodziny nie pokrywał minimalnego ustawowego wynagrodzenia pracowników, nie mogły być uznane za ceny realistyczne, za jakie możliwe byłoby wykonanie zamówienia w należyty sposób.

Podnoszone zarzuty i prezentowana na ich poparcie argumentacja odnosiła się do dwóch ofert, tj. wybranej jako najkorzystniejsza oferty konsorcjum firm: Purzeczko-Grupa Securitas Sp. z o.o., Purzeczko Securitas Sp. z o.o. (dalej zwanych konsorcjum Purzeczko) i drugiej w kolejności oferty konsorcjum firm: Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Monitoring Sp. z o.o. (dalej zwanych konsorcjum Konsalnet). Kalkulacje cen w ofertach uwzględniały stawki netto za 1 godzinę w wysokości: 9,17 zł. (konsorcjum Purzeczko) i 10,09 zł. (konsorcjum Konsalnet). Zamawiający wypełniając dyspozycję przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do tych wykonawców pismami z dnia 13.12.2011 r. o złożenie wyjaśnień w przedmiocie okoliczności uzasadniających wysokość cen i wyjaśnienia takie otrzymał. W toku rozprawy wyjaśnił, iż nie miał podstaw do kwestionowania prawdziwości złożonych oświadczeń.

W pierwszej kolejności należało ustalić, czy w świetle postanowień siwz, wykonawcy byli zobowiązani do uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia ustalonego dla pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę, a jeżeli tak, to jaki miało to wpływ na kalkulację cen w ofertach wykonawców.

Zamawiający w siwz szczegółowo opisał rozkład czasu pracy na poszczególnych posterunkach (19) objętych usługą ochrony fizycznej z podaniem czasu ochrony (ilości godzin) oraz minimalnej ilości pracowników na poszczególnych posterunkach – od 1 do 2 (pkt III.2 siwz). W warunkach realizacji zamówienia (pkt III.6 siwz) zamawiający zastrzegł, iż do wykonania zamówienia wykonawca miał zatrudnić pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę, a także zastrzegł sobie prawo do żądania przedłożenia przez wykonawcę w każdym czasie kserokopii umów o pracę zawartych z pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia, oraz dokumentów potwierdzających fakt ich zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego. We wzorze umowy powtórzono postanowienie o obowiązku wykonania umowy przy pomocy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników ochrony o kwalifikacjach zawodowych zgodnych z ustawą o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r., posiadających poświadczenia bezpieczeństwa (§ 4 ust. 5 wzoru umowy).

W ocenie składu orzekającego, przywołane postanowienia siwz w sposób jednoznaczny wskazywały na obowiązek zatrudnienia pracowników do wykonania tego zamówienia na podstawie umów o pracę i nie mogły być pominięte przez wykonawców przy kalkulacji cen ofert. Określone wymaganie dotyczyło sposobu wykonania zamówienia, a tym samym determinowało konieczne do uwzględnienia przez wykonawców koszty realizacji zamówienia wynikające z obowiązku uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia pracowników za pracę w wysokości obowiązującej w okresie, w jakim usługa ma być świadczona. Argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego, w której zmierzał on do wykazania, iż koszt 1 godziny ochrony mógł być niższy od minimalnego wynikającego z przeliczenia wynagrodzenia ustawowego ponieważ zamawiający nie określił w jakim wymiarze czasu pracy pracownicy mieli być zatrudnieni, nie znalazła uznania składu orzekającego. Przede wszystkim Izba uznała, iż wymiar czasu, w jakim wykonawca zamierzał zatrudnić pracowników przy realizacji zamówienia miał wtórne znaczenie, gdyż zamawiający wymagał dokonania kalkulacji cen ofert na podstawie zawartej w formularzu cenowym ilości godzin ochrony przewidzianych w okresie świadczenia usługi. Istotne znaczenie z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty miała ilość przewidzianych godzin pracy, przy zastrzeżonym obowiązku zatrudnienia odpowiedniej ilości pracowników do realizacji przedmiotu umowy. Bezsporne między stronami, jak również w ocenie składu orzekającego, było ustalenie, iż w odniesieniu do pracowników, którzy mieli wykonywać ochronę, zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, która dotyczy zarówno pracowników zatrudnianych w pełnym, jak i niepełnym wymiarze czasu pracy. Zgodnie z art. 8 przywołanej ustawy, w przypadku pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy, wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalana jest w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin pracy przypadającej do przepracowania w danym miesiącu, biorąc za podstawę wysokość minimalnego wynagrodzenia. Skoro zapłata wynagrodzenia w ramach przedmiotowego zamówienia ma odbywać się w wysokości faktycznie zrealizowanych godzin za dany miesiąc (§ 3 ust. 4 wzoru umowy), to wymiar zatrudnienia pracowników nie ma znaczenia, gdyż zawsze ilość godzin do przepracowania będzie decydująca dla przedmiotu świadczenia. Z punktu widzenia warunków realizacji zamówienia, w którym wymiar świadczenia rozliczany jest ilością godzin, ich ilość, a nie wymiar zatrudnienia ma znaczenie dla ustalenia wynagrodzenia należnego pracownikom zatrudnionym do świadczenia przedmiotowej usługi. Wynagrodzenie pracowników musiało być skalkulowane tak aby uwzględniało co najmniej wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalonego na 2012 r. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 13.09.2011 r. (Dz. U. nr 192, poz. 1141), niezależnie od wymiaru zatrudnienia. Izba nie przyjęła wyjaśnień uczestnika postępowania odwoławczego, w których wskazywał na możliwość realizacji części czynności dodatkowo zleczonych w drodze umów

cywilnoprawnych pracownikom zatrudnionym na podstawie umów o pracę. W ocenie składu orzekającego, takie rozwiązanie nie było dopuszczone przez zamawiającego, który w sposób jednoznaczny wymagał do wykonania zamówienia zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umów o pracę. Z tego warunku wynika zatem, iż wszystkie czynności objęte przedmiotem zamówienia miały być wykonywane przez pracowników ochrony w ramach stosunku pracy zawartego w tym celu na podstawie umów o pracę, a nie na przykład umów zlecenia. Uczestnik postępowania nie wskazał, jakie ewentualne czynności mogłyby być wykonywane przez innych pracowników pozostających w stosunku zatrudnienia z wykonawcą i w jaki sposób miałyby to wpływać na wysokość kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ponieważ nie kwestionowano, poza wskazaniem na możliwość zatrudnienia pracowników w niepełnym wymiarze godzin, prawidłowości wyliczeń odwołującego, Izba przyjęła je za prawidłowe, co prowadziło do przyjęcia, iż minimalny koszt 1 roboczogodziny wynosił 12,98 zł brutto. W obu kwestionowanych ofertach po przeliczeniu stawek określonych w wartości netto, koszt brutto roboczogodziny wyniósł odpowiednio 11,28 zł (konsorcjum Purzeczeko) i 12,41 zł. (konsorcjum Konsalnet), a zatem były one poniżej minimalnej stawki uwzględniającej koszt, jaki musi ponieść pracodawca z tytułu wypłaty wynagrodzenia minimalnego pracownikom, mającym świadczyć usługę ochrony w tym zamówieniu. Ocena wystąpienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie mogła być dokonana bez oceny wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13.12.2011 r.

Izba uznała, iż zamawiający jedynie zwrócił się o wyjaśnienia, jednak zaniechał ich oceny pod względem ewentualnej podstawy do odrzucenia ofert. Złożenie wyjaśnień miało na celu rozwianie ewentualnego podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny, a zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia ich analizy. Sam zamawiający w wezwaniu wskazał na konieczność umożliwienia wykonawcom wykazania rzetelności ofert i zwrócił uwagę na obowiązek zatrudnienia pracowników. Uznanie przez zamawiającego, iż oświadczenia nie budziły zastrzeżeń co do ich prawdziwości, nie stanowiło oceny merytorycznej treści zawartej w wyjaśnieniach. Wyjaśnienia konsorcjum Konsalnet oraz konsorcjum Purzeczeko w ogóle nie zawierały uzasadnienia wysokości oferowanej ceny, w szczególności przez odniesienie się do pokrycia kosztów osobowych pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Samo rozbitcie kwoty brutto oferty na poszczególne składowe nie stanowi dowodu rzetelności kalkulacji. Analiza wyjaśnień nie mogła prowadzić do uznania za prawidłowe, tj. uwzględniające wszystkie koszty, jakie poniesie pracodawca w związku z realizacją przedmiotu umowy, ceny ofert wyliczone w oparciu o wskazane stawki roboczogodziny, w której miały być uwzględnione koszty pracownicze, związane z wyposażeniem, umundurowaniem, urządzeniami, obsługą administracyjną i nadzorem.

W świetle powyższego, Izba uznała, iż oferty konsorcjum Purzeczek oraz konsorcjum Konsalnet podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, co prowadziło do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności odrzucenia tych ofert

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę stanowiącą uzasadniony koszt strony poniesiony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości ograniczonej do kwoty maksymalnej ustalonej w rozporządzeniu) oraz dojazdu na posiedzenie Izby na podstawie złożonego przez zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący: