

WYROK
z dnia 29 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia „Na zapewnienie ochrony mienia i obiektów GIG zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia oraz ustawą o ochronie informacji niejawnych wraz z przepisami wewnętrznymi Głównego Instytutu Górnictwa” przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo - Usługowe ANTRACYT Janina Będzińska, Jerzy Birnbach, Robert Mocko Spółka Jawna, Zakład Pracy Chronionej, Al. Korfantego 83, 40-156 Katowice** od czynności zamawiającego - **Główny Instytut Górnictwa, pl. Gwarków 1, 40-166 Katowice,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ANTRACYT Janina Będzińska, Jerzy Birnbach, Robert Mocko Spółka Jawna, Zakład Pracy Chronionej, Al. Korfantego 83, 40-156 Katowice

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ANTRACYT Janina Będzińska, Jerzy Birnbach, Robert Mocko Spółka Jawna, Zakład Pracy Chronionej, Al. Korfantego 83, 40-156 Katowice;**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ANTRACYT Janina Będzińska, Jerzy Birnbach, Robert Mocko Spółka Jawna Zakład Pracy Chronionej, Al. Korfantego 83, 40-156 Katowice** na rzecz **Głównego Instytutu Górnictwa, pl. Gwarków 1, 40-166 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

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 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 Katowicach.**

.....

Sygn. akt: KIO/2004/10

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia „na zapewnienie ochrony mienia i obiektów GIG zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia oraz ustawą o ochronie informacji niejawnych wraz z przepisami wewnętrznymi Głównego Instytutu Górnictwa” przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe ANTRACYT Janina Będzińska, Jerzy Birnbach, Robert Mocko Spółka Jawna, Zakład Pracy Chronionej. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający - Główny Instytut Górnictwa z Katowic:

- 1) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p.;
- 2) zaniechał czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do

oferty Odwołującego się oraz szacunkowej wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego w stosunku do wybranej oferty Konsorcjum firm ERA oraz NOVIA -sp. z o. o. 3)zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz NOVIA sp. z o. o. 4)nie wybrał oferty Odwołującego się. Postępowanie takie zdaniem wykonawcy narusza art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wykonawca podał, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia podana przez Zamawiającego to kwota 4.500.000 zł. Oferta złożona przez Odwołującego wyrażała się kwotą 4 279 491,36 zł brutto natomiast oferta Konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz NOVIA sp. z o. o. – kwotą 3 443 591,52 zł brutto. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia. Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy to cena zawarta w ofercie Konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz NOVIA sp. z o. o. to 3 443 591,52 zł brutto odbiega o 23,48 % od szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego natomiast w stosunku do oferty firmy Antracyt to 19,53 %. Tym samym zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tymczasem Zamawiający zaniechał tego czym niewątpliwie naruszył przepisy ustawy tj. art. 90 ust. 1 p.z.p. Stwierdził także, że cenę za rażąco niską można uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zaoferowana cena przez Konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz NOVIA sp. z o. o. jest niewątpliwie wyraźnie niższa tj. o 1 056 408,48 zł od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i o 835 899,34 zł od zaoferowanej ceny przez Odwołującego się.

Zdaniem wykonawcy, istotnym również jest to, że przy badaniu oferty wykonawcy, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający nie może poprzestać na ustaleniach własnych w oparciu o uzyskane inne źródła informacji. W procedurze tej nie można bowiem pominąć wyjaśnień wykonawcy, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 p.z.p. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, nie pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W przypadku konsorcjum dla pracowników bez licencji wyznaczono stawkę 7,00 zł, [bynajmniej nie jest to stawka wynagrodzenia pracownika, tylko pełen koszt jaki poniesie Zamawiający za godzinę jego pracy]. W 2010 roku minimalna płaca to 1317,00 zł dzieląc to przez średnią ilość godzin pracy w etacie 168 h otrzymujemy 7,83928 w zaokrągleniu 7,84 zł brutto za godzinę doliczając dodatek nocny 20% oraz ZUS otrzymujemy koszt etatu 1657,59 zł co daje za godzinę 9,87 zł. Do tej kwoty można dodawać dopiero koszty. Oczywiście oferent może obniżyć tę stawkę przez dofinansowanie. Występuje trudność precyzyjnego ustalenia wysokości dofinansowania, która wyliczana jest indywidualnie wg stanu etatu, wysokości pensji oraz schorzenia pracownika. Przy powoływaniu się na przywileje przysługujące zakładom pracy chronionej, wykonawca powinien wykazać, że zatrudnia określoną liczbę niepełnosprawnych i przedstawić wpływ pomocy publicznej na konkretną kalkulację w ofercie, nie wystarczy bowiem w ocenie Odwołującego powołanie się na ustawę z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudniania osób niepełnosprawnych. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert skutkujące wezwaniem Konsorcjum firm ERA sp. z o. o. oraz NOVIA sp. z o. o. do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum firm ERA Sp. z o.o. i NOVIA Sp. z o.o. względnie wykluczenie tych wykonawców z postępowania, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego się.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: ERA sp. z o. o oraz NOVIA sp. z o. o. z naruszeniem art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

z uwagi na zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez tego wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny podanej w ofercie przez Konsorcjum w stosunku do ceny oferty Odwołującego i w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego oraz z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego Konsorcjum i brak wyboru oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że zarzut odwołującego się wykonawcy, co do rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum oparty został na różnicy pomiędzy szacunkową wartością przedmiotu zamówienia, ceną oferty Odwołującego, a ceną oferty Konsorcjum. W tym przypadku Odwołujący podniósł, że Konsorcjum bezpodstawnie przyjęło dla pracowników bez licencji stawkę 7,00 zł, albowiem nie jest to stawka wynagrodzenia pracownika, tylko pełen koszt jaki poniesie Zamawiający za godzinę jego pracy. Wskazując na minimalną płacę w roku 2010 wykonawca podał, że koszt etatu nie może być niższy niż 1657,59 zł i tym samym stawka godzinowa nie może być niższa niż 9,87 zł.

Nie uwzględniając powyższego zarzutu, Izba przede wszystkim stwierdziła, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP rozstrzygając, że cena jest rażąco niska, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne jej pozycje lub ceny jednostkowe. Odwołujący argumentację, co do zarzutu rażąco niskiej ceny odniósł tylko do jednego z elementów ceny tj. ceny za realizację usługi przez pracownika bez licencji. Izba w tym przypadku stwierdziła także, że Zamawiający w warunkach postępowania nie rozstrzygał co do formy zatrudnienia pracowników. Nie wymagał przede wszystkim, aby pracownicy ochrony byli zatrudnieni na podstawie umów o pracę. Zatem zatrudnianie pracowników realizujących usługi ochrony na podstawie umów cywilno – prawnych także jest dopuszczalne i tym samym kalkulacje oparte na minimalnej płacy nie mogą stanowić dowodu dla poparcia zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdziła również, że z przepisów ustawy PZP nie wynika obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach złożonych w danym postępowaniu, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia. Izba stwierdziła przede wszystkim, że wykonawca podnosząc zarzut ceny rażąco niskiej nie odniósł tej ceny do cen obowiązujących na rynku dla tego rodzaju usług. Nie wykazał zatem, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest ceną niewiarygodną i nieporównywalnie niższą w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych obejmujących usługi o tożsamym charakterze. Nie wykazał także, że realizacja tego zamówienia będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. W tym przypadku zarzut rażąco niskiej ceny oparty został na wskazywaniu różnicy pomiędzy ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą, a wartością

szacunkową zamówienia i ceną oferty odwołującego się wykonawcy z kwestionowaniem jak wyżej wskazano tylko jednego z elementów ceny. W przekonaniu Izby brak jest jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że cena oferowana przez Konsorcjum narusza zasady konkurencji na rynku, np. poprzez brak – jak podnoszono na rozprawie – kalkulacji w cenie realizacji usługi zysku przedsiębiorcy, czy nawet proponowanie cen poniżej kosztów wytworzenia, tylko dlatego, że jest ona niższa od innych ofert.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu zaniechania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum firm ERA oraz NOVIA - sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny i tym samym zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art.90 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania Izba uwzględniła także § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Zgodnie z

tym przepisem wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższa niż kwota 3.600 zł i w tej kwocie zostały zasądzone uzasadnione koszty na rzecz Zamawiającego.

.....