

**Agencja Ochrony
Osób i Mienia "Tom"**

mgr Tomasz Boruk
72-300 Gryfice, ul. 6-go Marca 6
NIP 857-101-75-58, Reg. 810581783
tel./91 384 09 76, fax./91 384 09 77

Gryfice, dnia 05 listopada 2012 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

przy

Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: Zakład Gospodarki Komunalnej

ul. Zielona 5

72 - 300 Gryfice

Tel. 91 3842047 fax. 91 384 22 14

e-mail: zgk@zgk.gryfice.eu

Odwołujący: Agencja Ochrony Osób i Mienia „TOM”

mgr Tomasz Boruk

ul. 6 Marca 6

72 - 300 Gryfice

tel. 91 38 409 72

e-mail: ochrona.tom@gmail.pl

14.15

Zakład Gospodarki Komunalnej	
WPLYNĘŁO	
0 5. 11 2012	
L.dz.....	2695
Podpis.....	<i>[Signature]</i>

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ochrona osób i mienia Zamawiającego realizowana w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej na terenie siedziby Zamawiającego przy ul. Zielonej 5 w Gryficach prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. (nr ogłoszenia. 392244 - 2012;).

W związku z podjętymi czynnościami przez Zamawiającego w wymienionym postępowaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez błędne zastosowanie zasady prowadzenia postępowania w sposób

[Signature]

- zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez ocenę ofert w oparciu o kryteria nie ujęte w SIWZ i interpretowanie ich według własnego uznania;
2. art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz warunkami SIWZ.

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarki Komunalnej w Gryficach przy ul. Zielonej 5 w dniu 10 października 2012 r. zamieścił na stronie BIP ogłoszenie o zamówienie usługi - Ochrona osób i mienia Zamawiającego realizowanej w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej na terenie siedziby Zamawiającego przy ul. Zielonej 5 w Gryficach. Na ogłoszenie Zamawiającego, w którym zgodnie z Sekcją IV SIWZ Procedura punkt IV.2.1) Kryteria oceny ofert: najniższa cena, odwołujący w wyznaczonym terminie złożył pisemną ofertą zgodnie z SIWZ na łączną kwotę 69 057, 12 zł brutto.

W dniu 19 października 2012 zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty wskazując jako podstawę prawną wezwania art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. W dniu 22 października 2012 r. odwołujący udzielił odpowiedzi wskazując, iż osoby zajmujące się ochroną osób i mienia w Agencji Ochrony Osób i Mienia „TOM” z siedzibą w Gryficach przy ul. 6 Marca 6, wykonują swoje zadania zarówno w ramach umowy o pracę, jak i w ramach umowy zlecenia.

Faxem w dniu 31 października 2012 r. o godz. 15.31 Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczącej postępowania na ochronę osób i mienia Zamawiającego realizowanej w formie stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej na terenie siedziby Zamawiającego przy ul. Zielonej 5 w Gryficach. Jak wynika z w/w informacji Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę za kwotę 69 057, 12 PLN. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) zamawiający odrzucił ofertę odwołującego – Agencja Ochrony Osób i Mienia „TOM” mgr Tomasz Boruk, ul. 6 Marca 6, 72 – 300 Gryfice twierdząc, że złożona przez ofertę zawiera rażąco niską cenę, co zdaniem Zamawiającego potwierdziły także złożone wyjaśnienia. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że:

1. Nie wskazał ile osób przy realizacji umowy będzie zatrudnionych w ramach umowy o pracę, jak i w ramach

umowy zlecenia.

2. Nie wskazał ile osób przy realizacji umowy będzie zatrudnionych w ramach umowy zlecenia, a ile w ramach stosunku pracy.
3. Nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji czy też wyliczeń w celu wykazania, że oferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska i odpowiada stawkom rynkowym.
4. Nie przedstawił wyjaśnień dotyczących ekonomiczności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje odwołujący w celu realizacji zamówienia, czy też możliwości uzyskania przez odwołującego bądź korzystania z pomocy publicznej.

Trudno się zgodzić z twierdzeniem zamawiającego, że złożona przez odwołującego oferta, opiewająca na kwotę 69 057, 12 zł, a więc kwotę ponad dwukrotnie niższą od oszacowanej przez Zamawiającego jest rażąco niską ceną. Jak stwierdzono w wyroku KIO 2192/11 z dnia 2011-10-20 LEX nr 1001225 Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalana przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych, a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską. Wówczas zamawiający ma obowiązek odnieść zaproponowane ceny przede wszystkim do zakresu przedmiotu zamówienia i cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia, wyliczona została w oparciu o ceny rynkowe i ceny uprzednio prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne o podobnym zakresie i złożoności i to ona może stanowić odniesienie do oceny czy zaproponowana cena jest ceną rażąco niską.

W SIWZ zamawiający w pkt. III.3.4) określił, **Osoby zdolne do wykonania zamówienia, Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku**, Wykonawca spełni warunek w sytuacji, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej 3 osobami posiadającymi licencję pracownika ochrony fizycznej pierwszego stopnia oraz co najmniej 1 osobą posiadającą licencję pracownika ochrony fizycznej drugiego stopnia. W pkt. III.4.1) zamawiający określił: W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy przedłożyć: koncesję, i wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia oraz przedłożył wymagane listy pracowników. W SIWZ ani w wezwaniu do wyjaśnienia ceny Zamawiający nie wskazał, że konieczne jest wykazanie ilości pracowników zatrudnionych na umowę o pracę ani też osób wykonujących swoje zadania na podstawie umowy zlecenia, wobec czego bezzasadny jest sformułowany przez Zamawiającego zarzut, iż Odwołujący nie wykazał ile osób będzie wykonywało swoje zadanie w ramach stosunku pracy a ile na podstawie umowy zlecenia. Jak wynika z przesłanej informacji zamawiający przy ocenie oferty wziął pod uwagę inne kryteria nie ujęte w SIWZ, które zinterpretował według własnego uznania.

W toku postępowania Zamawiający zażądał od Oferenta wyjaśnienia ceny, wskazując, że przy oferowanej

cenie, wynagrodzenie pracownika byłoby mniejsze od minimalnego wynagrodzenia. Trudno uznać zachowanie Zamawiającego za prawidłowe, skoro wezwał Oferenta do wyjaśnienia zasadniczego elementu cenotwórczego – kosztu pracownika, gdyż element ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa o charakterze organizacyjnym i przedsiębiorca nie jest zobowiązany do ujawnienia takich informacji. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1936/11 w sytuacji, gdy jednym z zasadniczych elementów cenotwórczych jest koszt pracy pracowników świadczących usługi, informacje dotyczące kosztów osobowych za stawkę godzinową mogą zostać uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji gdy na rynku występuje zjawisko migracji pracowników i odwołujący nie ma obowiązku podawania takich informacji. Podzielając pogląd w/w wyroku należy podkreślić, iż odwołujący nie miał obowiązku podawania kosztów osobowych generujących wartość zamówienia, a żądanie Zamawiającego było w pełni bezzasadne. Odwołujący w swojej ofercie podał zarówno cenę netto za 1 godzinę ochrony, jak również cenę netto za cały okres ochrony, raz wartość podatku należnego wg stawki 23% i wartość brutto usługi, nie był natomiast zobowiązany do wykazywania miesięcznego wynagrodzenia każdego z pracowników.

Trudno uznać, że zaproponowana przez Oferenta cena jest zbyt niska i tym samym deklarowana cena za usługę stanowiącą przedmiot zamówienia pozostaje w rozbieżności z minimalnym wynagrodzeniem brutto skoro tylko część osób wskazanych w ofercie zatrudnionych jest u Oferenta na umowę o pracę. Rozbieżność jaka wynika w przedmiotowej sprawie związana jest z faktem, że większość osób wykonuje swoje zadania na podstawie umowy zlecenia.

Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08 LEX nr 621199 należy wskazać, że przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a złożone oferty mają porównywalne ceny. Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniana pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Cena wskazana przez Odwołującego nie różni się rażąco od cen zaproponowanych przez pozostałych Oferentów. Trudno uznać, że kwota 69 057, 12 zł brutto jest kwotą nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do kwot 80 357,38 PLN, 84 626,36 PLN, 89 146,16 PLN, 94 168,80 PLN.

Jednocześnie podnieść należy skoro przepisy PZP nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny to zamawiający nie może podnosić takiego zarzutu w toku postępowania, jak wynika z analogii czynu nieuczciwej konkurencji i jak wielokrotnie podkreślała KIO skoro czynu takiego nie można zdefiniować, zachodzą sprzeczności co do określenia, na czym czyn ten miałby polegać, a zamawiający nie jest w stanie wskazać konkretnego przepisu ustawy, dającego podstawę do uznania działania wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji, to oznacza, iż wykonawca czynu takiego nie popełnił. LEX nr 988180.



Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 września 2011 r. KIO 1936/11 dostrzeżenia wymaga również fakt, że za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną nierealną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę." (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. (Wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08). Nie sposób przyjąć pogląd Zamawiającego, iż cena za oferowaną usługę w wysokości 69 057, 12 zł brutto stanowiła o niemożliwości wykonania zamówienia czy też wykonania go poniżej kosztów wytworzenia.

Ponadto jak wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p., obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. oraz wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21 września 2005 r.

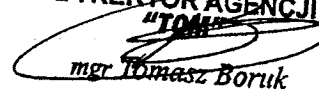
Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, stwierdzić należało, że samo porównanie ceny oferty przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT nie mogło stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Faktu tego nie można wywieść również jedynie na podstawie określenia poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia.

Jeśli ten zakres przedmiotu zamówienia, co do którego argumentacja zmierzała do wykazania, że zaoferowano względem niego rażąco niską cenę, nie stanowił odrębnej części w rozumieniu art. 2 pkt 6 p.z.p., nie był odrębnie oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert, zaś Zamawiający przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia, to nawet wykazanie, że cena w kwestionowanym zakresie była ceną nierealistyczną nie mogło doprowadzić do stwierdzenia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską.

Wobec powyższego, odwołanie jest w pełni konieczne i uzasadnione.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 05 listopada 2012 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 05 listopada 2012 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

DYREKTOR AGENCJI
"TOM"

mgr Tomasz Boruk

(podpis Odwołującego)

Wykaz załączników:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu;
- 3) odpis z Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej.



Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
Rzeczypospolitej Polskiej [www.firma.gov.pl]



MINISTERSTWO
GOSPODARKI



CEIDG

Dane podstawowe

Imię	Tomasz
Nazwisko	Boruk
Numer NIP	8571017558
Numer REGON	810581783
Firma przedsiębiorcy	Tomasz Boruk AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA "TOM"
Spółki cywilne, których wspólnikiem jest przedsiębiorca	-

Dane kontaktowe

Adres poczty elektronicznej	-
Adres strony internetowej	-

Dane adresowe

Adres głównego miejsca wykonywania działalności	6-go Marca 6, 72-300 Gryfice, powiat gryficki, woj. ZACHODNIOPOMORSKIE
Adresy dodatkowych miejsc wykonywania działalności	-
Adres do doręczeń	UL. 6-GO MARCA 6, 72-300 GRYFICE, powiat GRYFICKI, woj. ZACHODNIOPOMORSKIE
Przedsiębiorca posiada obywatelstwa państw	Polska

Dane dodatkowe

Data rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej	1997-10-16
Data zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej	-
Przewidywany okres zawieszenia do dnia	-
Data wznowienia wykonywania działalności gospodarczej	-
Data zaprzestania wykonywania działalności gospodarczej	-
Data wykreślenia wpisu z rejestru	-
Przeważająca działalność gospodarcza (kod PKD)	80.10.Z Działalność ochroniarska, z wyłączeniem obsługi systemów bezpieczeństwa
Wykonywana działalność gospodarcza (kody PKD)	80.10.Z, 35.30.Z, 62.01.Z, 74.90.Z, 80.20.Z, 81.21.Z, 81.22.Z, 81.29.Z, 85.59.B, 93.13.Z, 96.04.Z
Małżeńska wspólność majątkowa	-
Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej	-
Status wpisu	Aktywny

Pełnomocnicy przedsiębiorcy

Pełnomocnik przedsiębiorcy -

Do CEIDG można wpisać tylko pełnomocników już ustanowionych zgodnie z odrębnymi przepisami (np. Kodeks cywilny, Kodeks postępowania administracyjnego i inne) oraz w formie przewidzianej tymi przepisami. Samo wskazanie pełnomocnika w CEIDG nie jest równoznaczne z jego ustanowieniem. Pełnomocnictwo wymaga stosownej formy pisemnej, którą może okazać się pełnomocnik. Pełnomocnictwo w CEIDG nie ma zastosowania w sprawach prowadzonych na podstawie Ordynacji podatkowej i ustawy o kontroli skarbowej.

W celu sprawdzenia aktualnego stanu wpisu należy odszukać wpis w systemie CEIDG (www.firma.gov.pl)

Zgodnie z art. 33 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej - Domniemywa się, że dane wpisane do CEIDG są prawdziwe. Jeżeli do CEIDG wpisano dane niezgodnie z wnioskiem lub bez tego wniosku, osoba wpisana do CEIDG nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej, działającej w dobrej wierze, zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli po powzięciu informacji o tym wpisie zaniedbała wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. i ma moc zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP. Art. 38 ust. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej - Organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG.