

Sygn. akt: KIO/KD 17/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 kwietnia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 marca 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5
20-031 Lublin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 lutego 2015 r.,
(znak: KND/30/14/DKD)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Usługi w zakresie konserwacji, przeglądów, napraw podręcznego sprzętu gaśniczego oraz instalacji pożarowych systemów alarmowych i transmisji w obiektach UMCS”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Marek Szafraniec
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnione w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 Informacji. W pozostałej części (zarzut opisany w pkt 3 Informacji o wynikach kontroli) zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Zamawiający – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie - działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługi w zakresie konserwacji, przeglądów, napraw podręcznego sprzętu gaśniczego oraz instalacji pożarowych systemów alarmowych i transmisji w obiektach UMCS*”. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 stycznia 2014 r. i podzielone na trzy zadania z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych na każdą z części zamówienia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „*Prezes UZP*”) przeprowadził kontrolę doraźną tego postępowania dotyczącą zadania nr 1 na „*Przeгляд i konserwację podręcznego sprzętu gaśniczego. Naprawa podręcznego sprzętu gaśniczego. Utylizacja zużytego podręcznego sprzętu gaśniczego*” (sygn.: KND/30/14/DKD), w której stwierdził naruszenie przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu tego zamówienia.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem, określonym w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP przy piśmie z dnia 18 lutego 2015 r. (znak: UZP/DKA/PWKZ/421/83(7)/14/PK), przekazał Informację o wynikach kontroli Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń w tym zakresie.

Pismem z dnia 3 marca 2014 r., z wpływem do UZP w dniu 4 marca 2015 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 19 marca 2015 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/83(11)/14/PK) Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 19 marca 2015 r. (znak: UZP/DKA/PWKZ/421/83(12)/14/PK) Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II.

Izba ustaliła, że podstawą wyników kontrolnych Prezesa UZP było przyjęcie, że Zamawiający:

1. Dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez opis sposobu obliczenia ceny oraz kryterium cenowego oceny ofert i sposobu oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty. Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w ramach kryterium cena (100%) przewidział podkryteria, którym przyporządkował wagi:
 - 50% za zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz utylizację sprzętu;
 - 25% za zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego;
 - 25% za zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów,co nie gwarantowało wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. W ocenie Prezesa UZP dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło bowiem doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała Zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę. Na poparcie swojego stanowiska Prezes UZP przywołał orzecznictwo KIO w sprawach wyroku z dnia 26 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1958/11) oraz z dnia 19 lutego 2014 r. (sygn. akt: 216/14).

2. Dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy (dalej:), który zaoferował stawkę za roboczogodzinę w wysokości 0,50 zł brutto, która – zdaniem Prezesa UZP - jest rażąco niską ceną. Ponadto - w ocenie Prezesa UZP - Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał oceny wyjaśnień ww. wykonawcy przekazanych w piśmie z dnia 31 stycznia 2014 r., że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Prezes UZP wskazał, że wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę z dnia 30 stycznia 2014 r. nie było *de facto* wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje przede wszystkim faktyczna treść tego wezwania, a ponadto treść odpowiedzi wykonawcy z dnia 31 stycznia 2014 r. oraz adnotacja radcy prawnego, działającego na rzecz Zamawiającego, który dokonał analizy powyższej odpowiedzi wykonawcy pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, a także informacja Zamawiającego z dnia 17 lutego 2014 r., gdzie w szerokim zakresie odniósł się on do kwestii rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Prezes UZP wskazał też, że zaproponowana przez

wykonawcę stawka za roboczogodzinę stanowiła w zadaniu nr 1 w niniejszym postępowaniu:

- 6,76% wartości szacunkowej jednej roboczogodziny (7,40 zł), oszacowanej (zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 1 lipca 2014 r.) na podstawie średniej z ofert złożonych do analogicznego przetargu, przeprowadzonego w 2012 r., których wartość była niższa niż 20,00 zł za roboczogodzinę;
- 5,08% wartości stawki za roboczogodzinę, zaoferowanej przez wykonawcę (9,84 zł);
- 4% wartości stawki za roboczogodzinę, zaoferowanej przez wykonawcę (12,50 zł).

Wskazano tutaj też, że w poprzednich przetargach z 2009 r. i z 2012 r. prowadzonych uprzednio przez Zamawiającego wykonawcy, których oferty były uznawane za najkorzystniejsze, również proponowali stawki za roboczogodzinę w znacznie zaniżonej wysokości w stosunku do stawek zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także ustalonych wartości szacunkowych za 1 roboczogodzinę, co może wskazywać na świadome zniżenie ceny stawki za jedną roboczogodzinę w celu uzyskania zamówienia, gdyż nieprawidłowości, dotyczące ukształtowania kryterium oceny ofert skutkowały (przy zaoferowaniu symbolicznej stawki) osiągnięciem wyraźnej przewagi punktowej (w zw. z przyznawaniem punktacji za zaoferowaną stawkę brutto za roboczogodzinę z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów).

3. Dopuszczył się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec oferty wykonawcy, która wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i powinna zostać odrzucona na podstawie wskazanego przepisu. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający wprowadził różne, wskazane w pkt 14.1 SIWZ podkryteria cenowe dotyczące wysokości zaoferowanych przez wykonawców cen za poszczególne elementy zamówienia i w ramach oceny ofert Zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji usług wskazanych w załączniku nr 8.1 do SIWZ. Zdaniem Prezesa UZP przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny, działanie wykonawcy polegające na znacznym zniżeniu stawki roboczogodziny w porównaniu do szacunkowej wartości stawki oraz stawek zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takiej praktyki

i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona dokonania czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że wykonawca skonstruował strukturę cenową swojej oferty w taki sposób, że umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, gdyż przy zaoferowaniu przez tego wykonawcę stawki roboczogodziny w wysokości 0,50 zł brutto, ocena ofert pozostałych wykonawców była w sposób nieuzasadniony zaniżona, co doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. W ocenie Prezesa UZP działania wykonawcy zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia, co stanowi przesłankę do uznania, iż działania ww. wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu - zdaniem Prezesa UZP - było „manipulowanie” kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia. Skoro takie działanie niewątpliwie zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę za 1 roboczogodzinę i znaleźli się w gorszej sytuacji, podczas dokonywania oceny ich ofert, w ocenie Prezesa UZP, niewątpliwym było, że działanie wskazanego wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

III.

Jednocześnie też Izba na podstawie treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej ustaliła, że Zamawiający nie zgodził się z wynikami kontroli Prezesa UZP.

Odnosząc się do pierwszego ze stawianych mu zarzutów wskazał on, że przyjęty przez niego sposób obliczenia ceny, kryteria oceny ofert oraz sposób oceny ofert zapewniały wybór oferty najkorzystniejszej jako oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, gwarantującej - ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia - poniesienie najmniejszych możliwych kosztów nabycia objętych zamówieniem usług. Jego zdaniem wynika to z faktu, iż w przypadku zdania nr 1 objętego przedmiotem kontroli Prezesa UZP przewidziane zostało wynagrodzenie kosztorysowe ustalone na podstawie dokonywanego obmiaru ilości wykonywanych w danym okresie rozliczeniowym usług. Przywołał on § 6 wzoru umowy (załącznik nr 5.1. do SIWZ), zgodnie z którym wykonawca w zamian za wykonywanie usług

pobiera wynagrodzenie wynikające z zakresu przeprowadzonych prac oraz cen określonych w złożonej ofercie. Zdaniem Zamawiającego taka forma rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowana jest specyfiką umowy o świadczenie usług, w której nie można definitywnie określić w jakiej ilości i zakresie zamówienie zostanie rzeczywiście wykonane, gdyż niedookreśloność przedmiotu zamówienia w sensie ilościowym wynika z braku możliwości dokładanego przewidzenia rzeczywistych potrzeb Zamawiającego mogących się pojawić w toku realizacji umowy. Powyższe - jego zdaniem - determinuje konieczność dokonania przez Zamawiającego takiego sposobu obliczenia ceny oraz kryteriów i sposobu oceny ofert, który zapobiegnie nadużyciom ze strony wykonawcy na etapie realizacji umowy, a jednocześnie pozwoli na dokonanie wyboru oferty takiego wykonawcy, który wykona zamówienie w najoszczędniejszy sposób. Podkreślił też, że w przypadku zamówień, w których rozliczenie odbywa się na podstawie więcej niż jednej zawartej w kosztorysie ofertowym stawki na etapie przed zawarciem umowy nie można w sposób precyzyjny określić, która ze złożonych ofert stanowi faktycznie najtańszą, a zarazem najkorzystniejszą dla Zamawiającego ofertę. Powyższe - w ocenie Zamawiającego - zapewniało wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty w postępowaniu. Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniami zawartymi w Informacji o wynikach kontroli, iż Zamawiający nie był uprawniony do przypisania poszczególnym oferowanym przez wykonawców stawkom różnej wagi punktowej, wskazując, że taki opis kryteriów oceny ofert był nie tylko dopuszczalny w świetle przepisów ustawy Pzp, ale i uzasadniony specyfiką postępowania. Taki sposób oceny ofert umożliwiał Zamawiającemu zapewnienie, aby największe znaczenie dla wyniku postępowania miał ten element ceny, którego udział w wynagrodzeniu wykonawcy jest największy. Zamawiający zatem zapewnił, aby w tym zakresie zamówienia, w którym narażony jest na poniesienie największych kosztów, wykonawcy starali się zaoferować najniższą stawkę, bowiem uzyskanie w tej pozycji wysokiej ilości punktów w sposób znaczący wpływało na wynik postępowania. Zamawiający też podkreślił, że w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi UZP wskazywał, że poszczególnym elementom ceny przyznano taki udział procentowy w ostatecznej ilości punktów, który odpowiadał ich rzeczywistemu udziałowi w przedmiotowym zamówieniu, tj.:

- a) 50% za zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz utylizację sprzętu
- b) 25% za zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego
- c) 25% za zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i remontów.

W ocenie Zamawiającego nie może być uznane za niedopuszczalny na gruncie ustawy Pzp taki sposób obliczenia ceny oraz kryteriów i sposobu oceny ofert, który bezpośrednio służy osiągnięciu przez Zamawiającego najkorzystniejszych z możliwych warunków wykonania

zamówienia. Podkreślił, że instytucja ustalanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert jest leżącym w jego ręku instrumentem służącym zawarciu najkorzystniejszej ekonomicznie umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie jest natomiast celem samym w sobie. W jego ocenie, w sytuacji gdy wobec braku możliwości porównania ceny oferty do z góry ustalonego co do ilości i co do rodzaju przedmiotu zamówienia, taki opis kryteriów oceny ofert, w którym Zamawiający ocenia jedynie oferowaną przez wykonawców całościową (globalną) cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia (wszystkich usług w bezwzględnie określonej ilości, której z uwagi na niemożliwość przewidzenia nie można definitywnie określić), w żadnym razie nie przyczynia się do nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. W takim przypadku - jego zdaniem - stanowi to jedynie wyraz niczym nieuzasadnionego formalizmu, który w rzeczywistości nie przekłada się na uzyskanie nabywanej usługi w zamian za niższą cenę. W jego ocenie przyjęty w niniejszym postępowaniu sposób obliczenia ceny oraz opis kryteriów i sposobu oceny ofert stanowił bodziec dla wykonawców, aby w ramach składanych ofert starali się zaoferować najniższe możliwe stawki w tym zakresie, w którym Zamawiający umożliwił uzyskanie największej ilości punktów. Wskazał też, że w przypadku ceny za konserwację bieżącą oraz użycie sprzętu (waga 50%) był to element ceny, który stanowił największą część przedmiotu zamówienia, a zarazem stanowił dla Zamawiającego największy do poniesienia koszt. W swoich zastrzeżeniach Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że Prezes UZP nie odniósł się do jego wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. w szczególności dotyczących istotności, sposobu konstrukcji kryteriów oceny ofert, ich wag w odniesieniu do stanu faktycznego, tj. realizacji umowy i zapobiegania zawyżaniu kosztów przez wykonawców, a zastosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert oraz przypisanie wagi procentowej służyły właśnie ograniczaniu kosztów i zapobiegały generowaniu dodatkowych kosztów przekraczających zakładany budżet i jego zbyt szybkiego wykorzystania.

Co do drugiego zarzutu Zamawiający nie zgodził się z wynikami kontroli, że wezwanie do wyjaśnień wykonawcy z dnia 30 stycznia 2014 r., pomimo wskazania w wezwaniu jako podstawy prawnej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiło de facto wezwanie skierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Za takimi ustaleniami – jego zdaniem - nie przemawiają faktyczna treść wskazanego wezwania, jak też treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. Powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 19 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 791/13), gdzie Izba wskazała, że niezasadne byłoby uznanie wezwania skierowanego do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp za wezwanie do wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę, o którym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego względu, zdaniem Zamawiającego, należało uznać, że wykonawca nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stąd też Zamawiający nie był zobowiązany do odrzucenia jego oferty. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO (wyrok w sprawie KIO 510/14), zgodnie z którym nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez uzyskania od wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie. Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreślił, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie był zobowiązanych w ogóle do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenie, czy złożona przez tego wykonawcę oferta w zakresie zaoferowanej przez niego stawki roboczogodziny zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione Prezesowi UZP w jego wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2014 r. Wskazał, że pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się wyłącznie do ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie zaś do ceny za wchodzące w jego zakres jednostkowe koszty. Wskazał, że w przypadku zamówień publicznych na usługi przedmiot zamówienia stanowi całość świadczonych na rzecz Zamawiającego czynności, gdyż celem uregulowanej w ustawie Pzp instytucji rażąco niskiej ceny jest zapewnienie, aby powierzone danemu wykonawcy zamówienie zostało wykonane faktycznie i w należytej jakości. A ewentualne zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia nie następowało kosztem Zamawiającego. Podkreślił, że taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie, co potwierdza fakt, że aktualnie wykonawca - zarówno w zakresie formy rozliczeń, jak i jakości świadczonych usług, prawidłowo realizuje powierzone mu zadanie. Jako potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazał na przedstawione Prezesowi UZP zestawienie finansowo-rzeczowe z realizacji umowy za okres od 19.02.2014 do 11.06.2014 r., a jednocześnie przy zgłoszonych zastrzeżeniach od wyników kontroli przedstawił także przykładowe kopie faktur z realizacji umowy przez wskazanego wykonawcę. Zestawienie to jego zdaniem potwierdziło zaplanowaną strukturę wydatków i tym samym potwierdziło prawidłowość przyjętych podkryteriów, co potwierdza także ponad roczna realizacja umowy ze wskazanym wykonawcą. Podniósł, że w zamian za wykonywanie umowy wykonawca otrzymuje wynagrodzenie, które w całości rekompensuje mu ponoszone koszty, a także zapewnia zysk, co wyklucza twierdzenie, że jego oferta zawierała rażąco niską cenę. Podkreślił też, że Prezes UZP nie wziął pod uwagę w swojej kontroli treści udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę wyjaśnień, iż stawka roboczogodziny za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów stanowi jedynie składnik wynagrodzenia pracownika wykonawcy świadczącego na rzecz Zamawiającego przedmiotowe usługi i wskazał, że stawka roboczogodziny miała jedynie uzupełniający charakter.

Co do trzeciego z postawionych Zamawiającemu zarzutów podkreślił on, że twierdzenie Prezesa UZP o ofercie złożonej przez wykonawcę jako złożonej

w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku stanowi nadinterpretację czynności tego wykonawcy, który skonstruował swoją ofertę zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, przy czym oferta ta została złożona wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, a określając cenę za poszczególne usługi wykonawca ustalał wartości na przewidywanych przez Zamawiającego zasadach. Takie działanie wykonawcy - w ocenie Zamawiającego - nie może zostać uznane za naganne w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Prezes UZP odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego nie podzielił jego argumentacji podtrzymał w całości swoje ustalenia zawarte w Informacji o wynikach kontroli.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w Informacji o wynikach kontroli Prezesa UZP, nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP co do dwóch pierwszych z wykazywanych w Informacji o wynikach kontroli naruszeń (naruszenie z pkt 1 i 2 Informacji). Co do naruszenia wykazywanego w pkt 3 Informacji o wynikach kontroli Izba uznała jego zasadność, tym samym stwierdzając, że w tym zakresie zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie

Izba, stwierdzając powyższe, wydała przedmiotowe rozstrzygnięcie w sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego od wyników kontroli.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że kontrolowane przez Prezesa UZP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, jest postępowaniem, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Ustawa ta wprowadziła zmiany m.in. w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, których naruszenie Prezes UZP także zarzuca Zamawiającemu. Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała zastrzeżenia od wyników kontroli Prezesa UZP w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie przepisów przywołanej nowelizacji ustawy Pzp.

Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników, zgłoszone przez Zamawiającego,

uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego, stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w Informacji o wynikach kontroli w pkt 1 i 2 tego dokumentu.

Odnosząc się do kwestii pierwszego naruszenia - tj. naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez opis sposobu obliczenia ceny oraz kryterium cenowego oceny ofert i sposobu oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone w tym zakresie zasługują na uwzględnienie.

Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie przywołanych przepisów ustawy Pzp, wskazując jako faktyczną podstawę naruszenia okoliczność, iż opis sposobu obliczenia ceny, kryterium cenowe oceny ofert w postępowaniu, a także sposób oceny ofert, pozwalają w postępowaniu wykonawcom na „manipulowanie” ceną, co z kolei prowadzi do wyboru oferty nie najkorzystniejszej ekonomicznie. Prezes UZP wskazał w tym zakresie, że przyporządkowanie kryterium ceny trzech podkryteriów o różnych wagach procentowych (50% za zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz utylizację sprzętu, 25% za zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego i 25% za zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów) pozwala na manipulację, a przez to Zamawiający dopuścił się naruszenia przywołanych przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP jako okoliczności faktyczne stwierdzonego w Informacji o wynikach kontroli naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazał na możliwość dokonania odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza, co - jego zdaniem - mogło doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała Zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należało, że w opisanej sytuacji podane przez Prezesa UZP okoliczności faktyczne – zdaniem Izby – nie wskazują na naruszenie przywołanych przez Prezesa UZP przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ opisał kryterium cenowe oceny ofert, poprzez wskazanie w jego zakresie trzech podkryteriów oceny ofert. Opisywanie kryteriów oceny ofert poprzez podkryteria samo w sobie - zgodnie z przepisami ustawy Pzp - nie jest działaniem nielegalnym. Przywołane przez Prezesa UZP w Informacji o wynikach kontroli jako rzekomo naruszone przez Zamawiającego przepisy ustawy Pzp, także nie wskazują na zakaz formułowania przez podmioty zamawiające podkryteriów oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, w tym kryterium cenowego. Istotne jest, aby same kryteria oceny ofert, czy też w ich ramach podkryteria, odnosiły się

do przedmiotu zamówienia oraz były określone precyzyjnie i obiektywnie, w sposób nie naruszający zasad uczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie przywołane przez Zamawiającego trzy podkryteria oceny ofert niewątpliwie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, są zrozumiałe i mają charakter ekonomiczny. Zarówno usługi konserwacji i utylizacji sprzętu, jak i remonty podręcznego sprzętu gaśniczego i naprawy tego sprzętu wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia. Nadając każdemu z podkryteriów oceny ofert odpowiednią wagę procentową – jak wskazał Zamawiający – właściwą do zakresu poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (usług objętych zakresem zamówienia), Zamawiający jako gospodarz postępowania skorzystał ze swojego uprawnienia określenia kryteriów oceny ofert odpowiednio do potrzeb związanych z danym zamówieniem i realizacji celu postępowania: uzyskania najlepszego efektu związanego z wykonaniem zamówienia i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszystkie trzy podkryteria opisane przez Zamawiającego w ramach kryterium cenowego mają charakter ekonomiczny – są to ceny brutto za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia oraz stawka roboczogodziny w przypadku usług także objętych przedmiotem zamówienia, a rozliczanych według ich faktycznego wykonania.

Argumentacja Prezesa UZP o tym, że wykonawcy składając swoje oferty mogą „manipulować” kryteriami oceny ofert, wskazana jako podstawa faktyczna naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp co do formułowania przez niego kryteriów oceny ofert, nie zasługuje na uwzględnienie. Każde postanowienie SIWZ, w tym odnoszące się do kryteriów oceny ofert, może być w sposób nieuprawniony wykorzystywane przez nieuczciwych wykonawców na etapie formułowania przez nich treści oferty, co w zamiarze wykonawcy ma wpłynąć na polepszenie jego sytuacji w toku badania i oceny ofert pod kątem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Ewentualne nieuprawnione działania wykonawców, które mogą być podejmowane przez nich przy składaniu ofert, powinny być weryfikowane przez zamawiającego na etapie czynności badania i oceny ofert w kontekście oceny zgodności tych zachowań z przepisami ustawy Pzp, postanowieniami SIWZ, czy też choćby pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność ewentualnych nieuprawnionych zachowań wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sama w sobie nie może być podstawą do ustalenia, że to podmiot zamawiający dopuścił się naruszenia, formułując określone postanowienia SIWZ, które w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp są legalne. Prezes UZP, stawiając zarzut naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp, wskazał jedynie na możliwość przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą, nie wykazując na czym owa sytuacja miałaby polegać (pomijając ewentualne nielegalne działania wykonawców). Nie wykazał jednak w tym zakresie żadnych nielegalnych działań Zamawiającego. Ewentualne nielegalne działania wykonawców na etapie składania przez nich swoich ofert mogą

stanowiąc naruszenia przepisów ustawy Pzp dotyczące oceny ofert i samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie ustalenia wymogów SIWZ w postępowaniu co do wyboru kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert.

Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli jako podstawę prawną naruszenia wykazywanego Zamawiającemu wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W art. 7 ust. 1 ustawy Pzp została określona podstawowa zasada udzielania zamówień publicznych, tj. zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Naruszenie zasady udzielenia zamówienia publicznego może być wykazane w sytuacji określenia konkretnych zachowań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też związanych z przygotowaniem tego postępowania, które naruszają normy postępowania określone w przepisach szczególnych odnoszących się do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp wskazują na nakaz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w SIWZ. Ustawodawca także wskazał przykładowe kryteria oceny ofert, które zamawiający może stosować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp określają normy skierowane do zamawiającego obowiązku opisanie w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, jak i kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Art. 2 pkt 5 ustawy Pzp zawiera z kolei definicję ustawową pojęcia najkorzystniejszej oferty, wskazując, że jako taką należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawi najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Dokonując analizy przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Prezesa UZP jako naruszone przez Zamawiającego przy opisie kryterium cenowego oceny ofert, stwierdzić należało, że przywołane przepisy ustawy Pzp wskazują albo na normy generalne (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 2 pkt 5 ustawy Pzp), albo na normy o charakterze informacyjnym (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp), albo normy odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), albo też normy nakazujące Zamawiającemu określony sposób zachowania się na etapie tworzenia postanowień SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp). Jedyną normą prawną kształtującą konkretny sposób zachowania się dla Zamawiającego na etapie formułowania postanowień SIWZ przywołana

w zakresie wskazanych naruszeń w Informacji wynikach kontroli to art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp. Norma ta zakłada obowiązek określenia przez Zamawiającego w SIWZ postanowień dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny i kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz podania znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Wszystkie wymogi określone we wskazanych przepisach zostały przez Zamawiającego wypełnione. Zamawiający wskazał w SIWZ tak na sposób obliczenia ceny, jak i określił kryterium oceny ofert (cena), któremu przypisał określoną wagę procentową (znaczenie) oraz podał sposób oceny ofert w ramach tego kryterium (opisał podkryteria, którym nadał konkretną wagę procentową). Przywołana norma nie została zatem przez Zamawiającego naruszona. Wskazywanie przez Prezesa UZP na naruszenie przywołanego przepisu w kontekście naruszenia ogólnych norm dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, bez określenia konkretnych, szczegółowych okoliczności faktycznych tego naruszenia, nie może wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Prezes UZP jako podstawę naruszenia przywołał jedynie – jak wskazano - okoliczność opisu kryterium cenowego oceny ofert, który mógł doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą oraz przywołał dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczące innego podmiotu zamawiającego. Orzeczenia te odnosiły się do oceny przez Izbę czynności Zamawiającego podejmowanych na etapie badania i oceny ofert w postępowaniu, a nie na etapie SIWZ. W ocenie Izby taki sposób określania okoliczności faktycznych naruszenia przywołanych przez Prezesa UZP przepisów nie zasługuje na potraktowanie ich jako naruszenia przepisów ustawy Pzp. Podkreślić należy, że podstawą kontroli Prezesa UZP jest ocena legalności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przy udzieleniu zamówienia czynności przez Zamawiającego. Prezes UZP, dokonując oceny zgodności czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie posiada uprawnień oceny tych czynności pod kątem gospodarności, celowości czy słuszności. Kontrola ta ma wyłącznie charakter legalny i to ograniczony do przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP, przeprowadzając taką kontrolę postępowania i formułując konkretne zarzuty wobec Zamawiającego, powinien określić w sposób ścisły czynności bądź zaniechania Zamawiającego oraz okoliczności faktyczne, które - w jego ocenie - prowadzą do naruszenia konkretnych przepisów ustawy Pzp. Tymi ustaleniami w zakresie określonego zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp Izba jest związana i nie może za Prezesa UZP wskazywać innych naruszeń czy formułować na nowo zarzutów, poprzez np. określenie nowych okoliczności faktycznych stawianego Zamawiającemu zarzutu.

Odnosząc się do kwestii drugiego zarzucanego Zamawiającemu naruszenia – tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, z uwagi na określenie przez niego stawki za roboczogodzinę w wysokości 0,50 zł brutto jako rażąco niską cenę i niewłaściwą ocenę wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę, Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Izba nie może zgodzić się z ustaleniami kontroli Prezesa UZP, że wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 30 stycznia 2014 r., skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i dotyczące wyjaśnienia podstaw zastosowania stawki roboczogodziny na poziomie 0,50 zł brutto, należało traktować jako wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, dokonując analizy treści pisma Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2014 r. stwierdziła, że tak samo przywołanie podstawy prawnej wezwania, jak i jego treść, wskazują wyraźnie, że Zamawiający skierował do wykonawcy zapytanie o wyjaśnienie treści oferty, a nie zapytanie o wyjaśnienie elementów ceny mających wpływ na podejrzenie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający posiada uprawnienie do skierowania wezwania do wykonawcy dotyczącego treści oferty w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości. Niewątpliwe określenie przez wykonawcę stawki roboczogodziny, jako jednego elementu związanego z wyceną przedmiotu zamówienia, stanowi treść oferty wykonawcy. W tym zakresie zatem Zamawiający posiada uprawnienie do skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający z tego uprawnienia skorzystał i nikt w tym zakresie (tak Zamawiający, jak i wykonawca, do którego wezwanie zostało skierowane, czy też inny wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, a który o naruszeniach Zamawiającego w niniejszym postępowaniu powiadomił Prezesa UZP) nie miał żadnych wątpliwości.

Wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej wykonawcy w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny, wynikające z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ma swoje określone wymogi i niesie ze sobą określone skutki. Przede wszystkim wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być skierowane w sposób wyraźny tak, aby wykonawca nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, że Zamawiający korzysta właśnie z procedury żądania od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Złożenie wyjaśnień w tym zakresie przez wykonawcę ma bowiem znaczenie dla ewentualnego zastosowania przesłanki odrzucenia jego oferty, opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak też okoliczność niezłożenia wyjaśnień może mieć znaczenie dla zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezłożenia wymaganych wyjaśnień.

Z tych też względów wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinno być wyraźne. Nie można zatem domniemywać, iż takie wezwanie zostało przez Zamawiającego skierowane do wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający korzystał w sposób uprawniony z innej, odrębnej instytucji - wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż wezwanie do wyjaśnienia ceny ofertowej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny powinno zasadniczo odnosić się do całej ceny ofertowej, tj. ceny za wykonanie całego przedmiot zamówienia. W przedmiotowej sprawie Prezes UZP wywodzi, że wezwanie do wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) w zakresie ustalenia oświadczenia woli wykonawcy Zamawiający skierował do wykonawcy co do jednego z elementów cenowych oferty – stawki roboczogodziny, ocenianej obok innych elementów w ramach kryterium ceny. Z tego choćby względu nie można uznać, że wskazane wezwanie Zamawiającego (wezwanie skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) jest wezwaniem do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie dotyczy ceny ofertowej za cały przedmiot zamówienia. Nawet gdyby uznać zatem, że wskazany element kalkulacyjny ceny oferty został przez wykonawcę zaniżony nie można byłoby stwierdzić, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za cały przedmiot zamówienia, a w konsekwencji brak byłoby podstaw do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym zakresie koniecznym byłoby bowiem zweryfikowanie tego elementu cenowego z pozostałymi elementami kalkulacyjnymi oferty (wyceną całego przedmiotu zamówienia). Powyższe byłoby możliwe jedynie w sytuacji, gdyby Zamawiający w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierował do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za cały przedmiot zamówienia. Takiego wezwania Zamawiający także nie skierował do wykonawcy, stąd też nieuprawniony jest zarzut Prezesa UZP zawarty w wynikach kontroli o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odrzucenie oferty w oparciu o wskazany przepis jest możliwe – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO, orzecznictwem sądów okręgowych, a przede wszystkim orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE – jedynie po wyczerpaniu formalnej procedury wyjaśnień kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawcę opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Takiego wezwania Zamawiający nie skierował do wykonawcy, stąd też nieprawidłowym jest stawianie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zaś wywodzenie, iż Zamawiający takie wezwanie skierował, mimo iż wezwanie dotyczyło zupełnie innej kwestii, jest nieuprawnioną nadinterpretacją Prezesa UZP, wbrew okolicznościom faktycznym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do kwestii trzeciego zarzucanego Zamawiającemu naruszenia – tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na określenie przez niego stawki za roboczogodzinę w wysokości 0,50 zł brutto, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli wykazywał, że wskazanie w ofercie przez wykonawcę stawki 0,50 zł brutto stanowiło „manipulowanie” kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia, co także zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę za 1 roboczogodzinę i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, a co z kolei utrudniło im dostęp do rynku mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Jak wynika z ustaleń faktycznych Prezesa UZP, które nie były przez Zamawiającego kwestionowane, wykonawca zaoferował wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ stawkę roboczogodziny na poziomie 0,50 zł brutto. Ceny zaoferowane w tym zadaniu przez pozostałych dwóch wykonawców kształtowały się na poziomie: 9,84 zł brutto oraz 12,50 zł brutto.

Zgodnie z wymogiem z pkt 14.1 SIWZ Zamawiający w ramach podkryterium oceny ofert, gdzie należało skalkulować stawkę roboczogodziny, wymagał wskazania tej stawki z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów. Z powyższego postanowienia SIWZ jasno wynika, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców takiej kalkulacji stawki roboczogodziny, która będzie uwzględniała wszystkie składniki cenotwórcze za określony zakres przedmiotu świadczenia. Zamawiający, występując o wyjaśnienia treści oferty do wykonawcy zwrócił zresztą na powyższe uwagę, żądając od wykonawcy ustosunkowania się do twierdzeń, iż stawka 0,50 zł brutto roboczogodziny w jego ofercie nie obejmuje choćby kosztów najniższego miesięcznego wynagrodzenia za pracę na łącznym poziomie 1 680 zł brutto, co - przy średniej ilości godzin pracy w miesiącu (176 godzin) - daje kwotę roboczogodziny na poziomie 9,55 zł brutto. Wykonawca, wyjaśniając powyższą wątpliwość, podkreślił, że najniższe wynagrodzenie miesięczne za pracę odnosi się do kosztów pracy osób zatrudnionych. Tymczasem w przypadku jego oferty osoba, która ma realizować usługi konserwatorskie będzie je wykonywać obok innych prac w czasie swojej miesięcznej pracy, a wynagrodzenie miesięczne jej należne łącznie znaczenie przekracza minimalne miesięczne wynagrodzenie ustawowe. Ponadto wykonawca wskazał, że podane w jego ofercie koszty zawierają podstawowe ceny przeglądów, konserwacji oraz remontów, a kwota roboczogodziny została określona zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Wykonawca ten wskazał jednocześnie, że stawka roboczogodziny jest wartością tylko wyłącznie uzupełniającą i nie stanowi naruszenia przepisów prawa w tym zakresie.

Powyższe wyjaśnienia wykonawcy - w ocenie Izby - w żadnej mierze nie wskazują na wypełnienie wymogu SIWZ co do tego, aby stawka brutto roboczogodziny uwzględniała wszystkie składniki cenotwórcze. Nie można tym samym zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca skonstruował swoją ofertę zgodnie z wymogami SIWZ. To, że wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudni osobę, która zajmuje się także realizacją innych obowiązków, wskazuje jedynie na konieczność odpowiedniego rozbitcia kosztów wynagrodzenia tej osoby ze stosunkowym uwzględnieniem tego wynagrodzenia w koszcie stawki roboczogodziny określonej przez wykonawcę w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie też wykonawca wskazał w swoich wyjaśnieniach treści oferty, że stawka roboczogodziny jest wartością uzupełniającą, podczas gdy stanowiła w niniejszym postępowaniu nie tylko element kalkulacyjny, ale także podkryterium oceny ofert, oceniane w ramach kryterium ceny i będzie - zgodnie z postanowieniami SIWZ - stanowiła podstawę do rozliczania i wypłaty wynagrodzenia umownego za faktycznie wykonane prace. Powyższe wskazuje – wbrew twierdzeniom wykonawcy - że stawka roboczogodziny nie była tylko „wartością uzupełniającą”, lecz był to istotny element wyceny oferty. Zgodnie z wymogami SIWZ wycenę tę należało dokonać z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych, a jak okazało się wykonawca tego nie uczynił. Tak więc poprzez nieuwzględnienie w ramach stawki roboczogodziny faktycznych kosztów związanych z realizacją usług objętych tym zakresem zamówienia i w konsekwencji zaniżeniem wartości tej stawki, wykonawca podjął w postępowaniu nieuprawnione działania w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy postąpili zgodnie z wymogami SIWZ. Działanie wykonawcy należało zatem uznać za działanie nakierowane na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia, co stanowi przesłankę do uznania, że to działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone w tym zakresie mają bardzo ogólny i enigmatyczny charakter i opierają się jedynie na ocenie Zamawiającego, że wykonawca dokonał wyceny stawki roboczogodziny zgodnie z postanowieniami SIWZ i przepisami prawa. Stanowiska tego, zgodnie z przedstawioną powyżej argumentacją, Izba nie podziela.

Tym samym też, biorąc pod uwagę wskazaną powyżej argumentację Izby, jak również dokonując oceny stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp, zdaniem Izby w tym przypadku zastrzeżenia Zamawiającego co do wyników kontroli Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....