

WYROK
z dnia 28 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **E. Sp. z o.o., (...)**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st.**

Warszawie S.A. (...), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

A. konsorcjum **S. S. Sp. z o.o. (lider), (...)** oraz **S. Sp. z o.o. (...)** - po stronie zamawiającego,

B. firmy: 1) **I. S. P. Sp. z o.o. Sp.k., (...)**; 2) **I. S. P. Sp. z o.o., (...)**; 3) **I. P. S. P. Sp. z o.o. Sp.k., (...)**; 4) **I. M. Sp. z o.o. Sp.k., (...)**; 5) **I. P. S.A., (...)**; 6) **U. S. „U.”, (...)**; 7) **A. O. M. „M.” Sp. z o.o., (...)** - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie: **E. Sp. z o.o., (...)**,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od odwołującego: **E. Sp. z o.o., (...)**, na rzecz zamawiającego: **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawy S.A., (...)**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i

1

1265) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 473/17

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego pn. „Całodobowa ochrona fizyczna obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawy S.A." (ogłoszenie Dz. Urz. UE

2

z 28.12.2016 r. pod numerem 2016/S 2016/S 250-4623100), w dniu 13 marca 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: **E. Sp. z o.o.** z siedzibą w W. - w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 3 marca 2017 r. o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako przejawu czynu nieuczciwej konkurencji. W tym samym dniu odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum: 1) **S. S. Sp. z o.o. (lider)** oraz **S. Sp. z o.o.**

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 28.12.2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy, obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 marca 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli w dniu 17 marca 2017 r. - po stronie zamawiającego:

- a. wykonawca wybrany - konsorcjum S. S. Sp. z o.o. - (lider) oraz S. Sp. z o.o. z siedzibą w W., który wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty,
- b. firmy: 1) I. S. P. Sp. z o.o. Sp.k.; 2) I. S. P. Sp. z o.o.; 3) I. P. S. P. Sp. z o.o. Sp.K.; 4) I. M. Sp. z o.o. Sp.k.; 5) I. P. S.A.; 6) U. S. „U.”; 7) A. O. M. „M.” Sp. z o.o.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie - konsorcjum S. S. Sp. z o.o. - (lider) oraz S. Sp. z o.o. z siedzibą w W., gdyż przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Wykonawca ten ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia sprawy na korzyść zamawiającego i tym samym utrzymania w mocy wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła nie dopuścić grupy siedmiu wyżej wymienionych firm do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż nie wykazały one interesu w popieraniu stanowiska zamawiającego, albowiem w takim składzie nie stanowią one konsorcjum wykonawcy z liderem – I. S. P. Sp. z o.o. Sp. k. - uczestniczącego w danym postępowaniu przetargowym, którego oferta decyzją zamawiającego została również odrzucona.

3

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265), dalej „ustawy Pzp”.

Odwołujący przedmiotem odwołania uczynił następujące czynności zamawiającego:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Solid

Security Sp. z o.o. (lider) oraz Solid Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez bezpodstawne odrzucenie złożonej oferty, pomimo że złożenie przez niego oferty w postępowaniu nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, z pominięciem ewentualnego zastosowania jakiejkolwiek procedury wyjaśniającej w trybie art. 87 ust 1 bądź 90 ust 1 Pzp,
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która taką ofertą w rozumieniu przyjętych kryteriów oceny nie jest.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 2) unieważnienia czynności dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, winno skutkować uznaniem za taką oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia oraz, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, ponieważ w świetle wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert, jego oferta, przy utrzymaniu aktualnej decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum z liderem I. S. P. Sp. z o.o. Sp. k. - jest najkorzystniejsza, a dokonana przez zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp - czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie usług podjazdu do obiektów bezobsługowych. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zakres obowiązków umownych

wykonawcy obejmuje świadczenie usług w zakresie fizycznej ochrony obiektów i mienia określonych w stanowiącym załącznik nr 1 do umowy Opisie Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca w ramach umowy zobowiązany jest do świadczenia usług fizycznej ochrony Obiektów oraz osób i mienia znajdujących się na tych Obiektach oraz obsługi elektronicznych

4

systemów zabezpieczeń (CCTV, KD, SSWiN), przez posterunki stałe, ruchome (patrole), grupy interwencyjne oraz patrole objazdowe zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego, OPZ, wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, właściwymi przepisami i umową.

„Zakres czynności, które Wykonawca zobowiązany jest wykonywać w ramach realizacji umowy, w ramach ustalonej ceny przedmiotu umowy - obejmuje w szczególności czynności określone w OPZ oraz:

1) ochronę Obiektów, mienia i osób znajdujących się w Obiektach, w szczególności pod kątem przeciwdziałania włamaniom, kradzieżom, uszkodzeniom lub zniszczeniom mienia zgodnie z instrukcjami ochrony i planami ochrony;(...)

9) dokonywanie przez patrole objazdowe minimum dwa razy na dobę kontroli Obiektów bezobsługowych Zamawiającego zgodnie z OPZ, powiadomienie telefoniczne osób wskazanych w OPZ o stanie tych Obiektów, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek Obiekcie, sporządzenie pisemnego meldunku i przesłanie go faksem do właściwej osoby wskazanej w OPZ.”

W przedmiotowym postępowaniu zgodnie z pkt 13 SIWZ zamawiający celem wyboru oferty najkorzystniejszej przyjął cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie w ramach tego kryterium zamawiający przewidywał przyznawanie wykonawcom punktów w następujący sposób:

- wynagrodzenie za 1 godzinę pracy pracownika wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (80%),
- wynagrodzenie za 1 godzinę pracy pracownika ochrony nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (12%),
- wynagrodzenie za objazd Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe (8%).”

Wykonawca składając ofertę winien był złożyć ją z wykorzystaniem Załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z Formularzem Oferty wykonawca podawał w nim wycenę powyższych pozycji.

Odwolujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 4 oferty. W zakresie poszczególnych pozycji formularza cenowego wykonawcy zastosowali następujące ceny i stawki:

Kolumny: 1) Wykonawca; 2) stawka za 1 rbg pracownika kwalifikowanego (brutto); 3) stawka za 1 rbg pracownika nie kwalifikowanego (brutto); 4) stawka miesięczna za podjazd do obiektów bezobsługowych (brutto)

1. konsorcjum I. S. P. Sp. z o.o. Sp.k.(lider); 2) 30,01; 3) 29,37; 4) 0,04 zł,
2. E. Sp z o.o.; 2) 28,72; 3) 23,06; 4) 1,23 zł,
3. konsorcjum z liderem S. S. Sp. z o.o.; 2) 33,21; 3) 24,60, 4) 1 328,40 zł,
4. konsorcjum z liderem K. O. Sp. z o.o.; 2) 34,78; 3) 34,78; 4) 8 076,67 zł.

5

Odwolujący zaznaczał, że jak wynika z powyższego zestawienia koszt zasadniczego przedmiotu zamówienia w postaci kosztu roboczogodziny pracownika ochrony (zarówno kwalifikowanego jak i niekwalifikowanego) kształtuje się u wykonawców na podobnym poziomie. Natomiast w zakresie dotyczącym realizacji usługi podjazdów do obiektów bezobsługowych dysproporcja cen nominalnie jest znacząca.

W ocenie odwołującego, globalnie koszt miesięczny usługi podjazdów do obiektów bezobsługowych jest relatywnie niewielki i nieważący dla konkurencji w postępowaniu. Zamawiający oszacował wartość takiej usługi na poziomie tj. 1 000,00 zł netto miesięcznie (globalnie 25 000,00 zł). Odnosząc tę wartość do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia - ponad 28 mln złotych, odwołujący uznawał, że koszt ten pozostaje znikomy.

Odwolujący podkreślał, że zamawiający nadał wagę powyższemu kryterium oceny ofert na poziomie 8% (około 80 razy większą niż wynikałoby z relacji wartości tej usługi względem pozostałych usług będących przedmiotem zamówienia). Kierując się szacunkami samego zamawiającego wartość tej usługi w zamówieniu nie przekraczała 0,1%.

Odwołujący wyjaśniał, że zakres rzeczowy usługi podjazdu do obiektów bezobsługowych zgodnie z SIWZ - Załącznik nr 3 do OPZ - Zakres zadań i obowiązków pracowników ochrony Wykonawcy - obejmuje:

„10) dokonywanie przez patrole objazdowe minimum dwa razy w ciągu doby w godzinach 6.00-8.00 i 18.00- 20.00 kontroli stanu zabezpieczenia Obiektów bezobsługowych, powiadomienie telefoniczne niżej wymienionych osób o stanie tych Obiektów, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek Obiekcie, sporządzenie pisemnego meldunku i przesłanie go faksem do nw. osób:

a) dyspozytora Zakładu Centralnego (...) (...)

b) dyspozytora Zakładu Sieci Kanalizacyjnej (...) (...)

c) w przypadku stwierdzenia uszkodzeń w obiektach (naruszone zabezpieczenia drzwi wejściowych, wybite szyby, uszkodzenia ogrodzenia, pomalowane ściany, uszkodzone tablice informacyjne, itp.) dowódca patrolu ma obowiązek sporządzenia pisemnego meldunku i przesłania go faksem do właściwego dyspozytora;”

Odwołujący podnosił, że realizuje od 2011 r. analogiczny zakres rzeczowy zamówienia na rzecz zamawiającego, stąd posiada poparte faktyczną realizacją tożsamy sposób doświadczenie, jak i jest w stanie realnie wycenić jej koszt. Omawiając faktyczny sposób realizacji takich usług - wskazywał, że polegają one na tym, że w godzinach określonych w SIWZ samochód z pracownikami ochrony podjeżdża do wskazanych lokalizacji. Pracownicy sprawdzają czy zabezpieczenia nie są naruszone - są to zwykle zabezpieczenia (ogrodzenie). W obiektach zainstalowane są również urządzenia rejestrujące obecność patrolu - pracownik

6

musi „odbić się” i stanowi to potwierdzenie, że patrol obiektu miał miejsce (odbicia są rejestrowane w systemie). W sytuacji, gdy patrol stwierdzi okoliczności wskazane w SIWZ uruchamiana jest procedura zgłaszania meldunków w sposób wyznaczony w SIWZ.

Odwołujący podnosił, że w trakcie postępowania wykonawcy kierowali do zamawiającego pytania dotyczące treści SIWZ, w tym m.in. w zakresie dotyczącym świadczenia usługi podjazdu do obiektów bezobsługowych (w szczególności pytanie 57,62,67) jednak udzielone wyjaśnienia nie wpłynęły w istotny sposób, tak na zakres świadczenia wykonawcy, jak i ewentualne koszty realizacji takiej usługi.

Odwołujący przedstawił okoliczności w odniesieniu do kosztu i sposobu realizacji usługi przez niego. Zgodnie z SIWZ, obowiązki dotyczące realizacji usług patroli objazdowych dla obiektów bezobsługowych dotyczą zidentyfikowanych obiektów. Odwołujący argumentował, że w lokalizacjach wskazanych w poniższym wykazie posiada własne Grupy Interwencyjne realizujące równoległe usługi patrolowe na rzecz około 250-300 obiektów.

Obiekty bezobsługowe MPWiK Warszawa

1) Obiekt; 2) Lokalizacja obiektu; 3) GI E.

Stacja Uzdatniania Wody „Z.” (...)

Stacja Uzdatniania Wody „P.” (...)

Stacja Uzdatniania Wody „S.” (...)

Pompownia Wody (...)

Pompownia Wody (...)

Poddenne ujęcie wody PU3 i PU4 Droga techno., (...)

Stacja „trafo” (...)

Ujęcie uzupełniające nr 1 i nr 2 (...)

Stacja „trafo” (...)

Studnie głębinowe przy SUW „F.” (...)

Studnie głębinowe przy SUW „R.” (...)

Stacja Uzdatniania Wody „W.” (...)

Hydrofornia „W.” (...)

Hydrofornia „U.” (...)

Hydrofornia „O.” (...)

Pompownia Wody „C.” (...)

układ przesyłowy ścieków do Zakładu C., obiekty bezobsługowe; (...)

Pompownia Wody „M.” (...)

Odwołujący wyjaśniał, że wszystkie wymienione obiekty są obsługiwane przez własne Grupy Interwencyjne E. stacjonujące w poszczególnych dzielnicach, dodatkowo w przypadku

konieczności udzielenie wsparcia poszczególne grupy korzystają z pomocy sąsiadującej grupy interwencyjnej. W związku z prowadzoną działalnością oraz wymogami zawartymi w umowach wszystkie Grupy Interwencyjne spełniają wymogi Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochronnej. Do podstawowych ich zadań należy podejmowanie działań ochronnych polegających na:

- reakcji na sygnały alarmowe oraz podejmowania interwencji
- wykonywaniu podjazdów kontrolnych oraz obchodów w celu sprawdzenia zabezpieczenia obiektów
- udzielania wsparcia pracownikom ochrony fizycznej stacjonarnej
- wykonywaniu asyst podczas otwierania i zamykania obiektów.

Odwołujący zaznaczał, że każda z własnych Grup Interwencyjnych w chwili obecnej wykorzystuje tylko ok 50% ich potencjału, przez co obsługa w postaci patrolu podjazdowego do obiektów zamawiającego nie będzie powodowała konieczności skierowania dodatkowych sił i środków generujących dodatkowe koszty. Realizacja kontraktu, ze względu na wykonywane umowy na obsługę innych obiektów, nie powoduje konieczności utworzenia dodatkowych patroli do jego realizacji, jak również zaangażowania dodatkowych sił. Podjazdy są realizowane podczas objazdu swoich rejonów przez poszczególne patrole w ramach czynności prewencyjno-patrolowych, przez co nie generują zwiększenia przejechanych kilometrów, oraz poświęconego na ich wykonanie czasu pracowników.

Odwołujący nie zgodził się z oceną zamawiającego odnośnie zaoferowanej ceny wykonania usługi podjazdów do obiektów bezobsługowych, jako czynu nieuczciwej konkurencji i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp i uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec faktu, że dwóch wykonawców w postępowaniu złożyło oferty w ocenianym kryterium „Cena (z podatkiem VAT) za objazd obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca” odpowiednio za stawkę 0,04 zł (z VAT) oraz 1,23 zł (z VAT) - zamawiający uznał, że stawki wskazane przez tych wykonawców (w tym odwołującego) są nierealne do wykonania wskazanego zakresu, a podanie ich przez wykonawców świadczy, iż zaoferowali oni je w celu nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i jest to jedynie, oderwany od realiów wykonania zamówienia, zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia, poprzez manipulowanie cenami. Zamawiający przyjął, że takie działanie wykonawców nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącym iż: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”*. Potwierdzeniem

powyższego w ocenie zamawiającego, jest porównanie ofert złożonych w postępowaniu. W wymienionym kryterium dwaj pozostali wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach realizację za kwotę 1 328,40 zł (z VAT) oraz za kwotę 8 076,67 zł (z VAT) i otrzymali oni 0,00 pkt. na skutek odniesienia ich wartości do kwoty 0,04 zł (z VAT). Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, iż w dwóch pozostałych ocenianych kryteriach, tj. „Cena (z podatkiem VAT) za 1 godzinę pracy pracownika wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz „Cena (z podatkiem VAT) za 1 godzinę pracy pracownika ochrony nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony” wszyscy wykonawcy w swoich ofertach zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia za stawki na porównywalnym poziomie, o czym świadczy zestawienie ofert. Podsumowując, zamawiający uznał, że zakwestionowane działanie wykonawców należy traktować, jako czyn nieuczciwej konkurencji, co znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która to w wyroku z dnia 14 listopada 2016 r. sygn. KIO 2038/16, stwierdziła iż w pełni podziela argumentację Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie sygn. akt KIO 216/14 w którym Izba *„podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12).”*

W ocenie odwołującego zamawiający założył - uzasadniając odrzucenie jego oferty, że wartość usługi na poziomie 1,23 zł brutto niejako automatycznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tymczasem obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie przed dokonaniem takiej czynności okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Zaznaczał, że zamawiający nie postawił odwołującemu zarzutu, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie odrzucając jego oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp. W tej sytuacji, stosując ewentualnie taką podstawę odrzucenia, zamawiający musiałby poprzedzić decyzję o odrzuceniu oferty wezwaniem do wyjaśnień kalkulacji ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a to z kolei pozwoliłoby odwołującemu przedstawić uzasadnienie dla zastosowanej stawki oraz przyjęty sposób kalkulacji. W postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r., które pozwalają zamawiającemu na wzywanie do wyjaśnień nie tylko zaoferowanej ceny lub kosztu ale także ich istotnych części składowych.

W przekonaniu odwołującego, zamawiający uznał automatycznie i arbitralnie, że zaoferowana stawka na poziomie 1 zł netto - jest przejawem manipulacji kryterium oceny odrzucił ofertę odwołującego, nawet nie usiłując ustalić, jakie są założenia takiej wyceny

9

ofertowej. Zamawiający pomimo istnienia takiej możliwości nie skorzystał w sprawie z trybu wyjaśniania oferty w oparciu o art. 87 ust 1 Pzp.

Przedstawionym powyżej sposobem realizacji usługi, odwołujący uzasadniał, że, usługa ta faktycznie żadnego dodatkowego kosztu nie generuje. Grupy Interwencyjne na obszarze działania, których znajdują się wskazane w SIWZ obiekty dokonują regularnie patroli objazdowych realizując pozostałe ponad 200 umów na ochronę obiektów zlokalizowanych w bezpośredniej okolicy wskazanych w SIWZ. Umowy te są zawierane z klientami prywatnymi zazwyczaj na czas nieoznaczony.

Powyższa okoliczność powoduje, w przekonaniu odwołującego, że podana przez niego stawka nie ma znamion czynu nieuczciwej konkurencji i nie miała na celu spowodowania manipulacji kryteriami oceny ofert. W szczególności nie polegała na próbie "przerzucania" kosztów pomiędzy pozycjami Formularza ofertowego. W ocenie odwołującego w takim przypadku automatyczne sankcjonowanie odrzuceniem oferty wykonawcy, który z uwagi na sposób realizacji innych usług - może usługę na rzecz zamawiającego praktycznie zrealizować bezkosztowo - nie jest dopuszczalne.

Odwołujący przekonywał, że sytuacja taka nie dotyczy każdego z wykonawców, w szczególności tych nieposiadających własnych grup interwencyjnych - lokalnie patrolujących obszar sąsiedztwa wskazanych lokalizacji. W przypadku odwołującego, okoliczności powyższe mają charakter obiektywny. Odwołujący taką usługę zrealizuje niejako „przy okazji” realizacji działań patrolowych, które i tak wykonuje na rzecz pozostałych klientów, co nie generuje po jego stronie dodatkowych kosztów.

Decyzję zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, odwołujący przyjął, jako oczekiwanie przedstawienia w ofercie kosztów, których wykonawca faktycznie nie ponosi. Z tego wywodził, że nie ma zatem żadnego logicznego uzasadnienia, aby wykonawca podawał w ofercie taki dodatkowy koszt, tym bardziej że jego minimalizacja to wyraz preferencji zamawiającego w postaci przyjętego kryterium oceny ofert, a jak wynika z zestawienia cen takiej usługi przez poszczególnych wykonawców każdy z nich przyjął wyceną na zupełnie innym poziomie tj:

Kolumna: 1) Wykonawca; 2) stawka miesięczna za podjazdy do obiektów bezobsługowych (brutto)

Konsorcjum z liderem I. S. P. Sp. z o.o. Sp.K.- 0,04 zł

E. Sp z o.o. -1,23 zł

Konsorcjum z liderem S. S. Sp. z o.o. - 1 328,40 zł

Konsorcjum z liderem K. O. Sp. z o.o. - 8 076,67 zł

10

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem zamawiającego, że potwierdzeniem czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie odwołującego jest porównanie ofert złożonych w postępowaniu, gdzie w przedmiotowym kryterium dwaj pozostali wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach realizację za kwotę 1 328,40 zł (z VAT) oraz za kwotę 8 076,67 zł (z VAT) i

otrzymali oni 0,00 pkt. na skutek odniesienia ich wartości do kwoty 0,04 zł (z VAT).

Odwolujący podkreślał, że to przyjęcie przez każdego z wykonawców indywidualnego sposobu wyceny tej usługi musiało skutkować takimi różnicami w kosztach a w konsekwencji punktach w kryteriach oceny ofert. Zerowa punktacja wskazanych ofert - to skutek przyjętych w SIWZ działań matematycznych dla sposobu obliczenia punktów w kryteriach oceny. Za ważne w sprawie przyjął wyłącznie, że w przypadku odwołującego, dokonana wycena ma realny charakter, nie stanowiący przejawu manipulacji kosztami.

Odwolujący polemizował z poglądami zamawiającego i z powołanym w jego argumentacji orzecznictwem KIO, w szczególności na podstawie: wyroku z dnia 14 listopada 2016 r. sygn. KIO 2038/16, w którym Izba stwierdziła, iż: „w pełni podziela argumentację Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie sygn. akt KIO 216/14, w którym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w odwrzaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji.” Zwracał uwagę, że „Okolicznością przesądającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie”.

Odwolujący zapewniał, że w jego ofercie taka sytuacja nie ma miejsca, gdyż wycena stawek godzinowych pracowników ochrony jest realna i rynkowa (czego dowodem dla samego zamawiającego jest zbliżony poziom stawek wśród wszystkich wykonawców). Nie następuje tutaj próba „przerzucania” kosztów poszczególnych komponentów pomiędzy pozycjami celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Podtrzymał, że usługa patrolu podjazdowego w przypadku odwołującego nie generuje praktycznie żadnych dodatkowych kosztów. W takim przypadku czynem nieuczciwej konkurencji byłoby, zatem sztuczne zawyżanie kosztu usługi zważywszy również na to, że ta część wynagrodzenia przyjmuje postać ryczałtu miesięcznego.

Odwolujący na poparcie swoich twierdzeń przytoczył dalsze orzecznictwo KIO, przykładowo:

11

- sygn. akt: KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16 wyrok z dnia 2016-05-23 LEX nr 2053976 „Działanie wykonawcy polegające na „przerzucaniu” kosztów między odrębnie rozliczającymi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznym i usługami, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób; że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona; jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego.”

Odwolujący podnosił, że w przedmiotowej sprawie zamawiający właśnie w odniesieniu do godzin pracy pracowników ochrony nie gwarantował określonych ilości tych godzin, a tym samym stałej kwoty wynagrodzenia, potwierdził to udzielając wyjaśnień na pytanie nr 1 (zadane przez odwołującego): Pytanie 1. W nawiązaniu do pkt. 15.1 w związku z pkt 12.2 SIWZ, proszę o przekazanie sumy roboczogodzin w skali całego zamówienia odrębnie dla:

a) pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony,
b) pracowników ochrony nie wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.
- jest to niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podkreślam, że cena takiej gwarancji jest kosztem wykonawcy, który należy uwzględnić w kalkulacji ofertowej. Odpowiedź 1: Wszystkie niezbędne informacje dotyczące świadczenia usługi zostały zawarte w OPZ oraz projekcie umowy.

Odwolujący wyjaśniał, że stałe wynagrodzenie miesięczne dotyczyć miało pozycji będącej podstawą odrzucenia oferty w postaci kosztu miesięcznego patrolu objazdowego wskazanych obiektów. Tym samym podtrzymał, że trudno w sprawie mówić w przypadku odwołującego o jakiegokolwiek próbie przenoszenia czy manipulowania kosztami poszczególnych komponentów usługi. Kwestia natomiast ma charakter powyższa indywidualny tj. dotyczący każdego z wykonawców z osobna, tymczasem zamawiający przed rozstrzygnięciem postępowania nawet nie usiłował ustalić przyczyn i podstaw do wyceny poszczególnych usług u poszczególnych wykonawców.

Odwolujący przytoczył dalsze orzecznictwo Izby:

- wyrok sygn. akt: KIO 456/16 wyrok KIO 2016-04-11 LEX nr 2026078. „Okoliczność, że zaferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia i utrudnia dostęp innym wykonawcom do rynku. Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesadza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 u.z.n.k. i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.”

12

- wyrok sygn. akt: KIO 2553/15 wyrok sygn. akt: KIO 2015-12-03 LEX nr 1978069: „Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązane do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.”

- wyrok sygn. akt: KIO 1863/14 wyrok KIO 2014-09-19 LEX nr 1540693 „Nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i co więcej, gdy takie domniemanie dotyczy czynu popełnionego nie przez wykonawcę, a ewentualnie przez inny podmiot. Zastosowanie art. 89 ust 1 pkt 3 p.z.p. jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k.”

- uchwała sygn. akt: KIO/KD 28/16 z KIO 2016-05-06 LEX nr 2039442 1. „Czyny nieuczciwej konkurencji przepisy u.z.n.k. uznają za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia tych interesów. Zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. 2. O tym, czy ww. przesłanki są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron, lecz kryteria obiektywne”

- wyrok sygn. akt: KIO 216/14 z dnia 19 lutego 2014 r. „W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą.”

- wyrok sygn. akt: KIO 2038/16 „Wymagana wycena trzech wariantów serwisu aparatu RTG - wariant samego serwisu, wymiany samej lampy aparatu i usług kompleksowej - dla pozycji gwarantowanego dwuletniego kontraktu serwisowego wycena na poziomie 1 euro przy pozostałych na poziomie 20- 30 000 euro.”

- wyrok sygn. akt: KIO 1934/12: „przerzucanie wartości komponentów zamówienia z uwagi na fakt, że poszczególne komponenty mają różne stawki podatku VAT (usługa sprzątnia zewnętrznego/wewnętrznego).”

- wyrok sygn. akt: KIO 640/11: „manipulowanie i zawyżanie na poziom nierynkowy kryterium upustu za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki).”

- wyrok sygn. akt KIO 216/14: nierealna wycena części usług - "podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek" za ryczałtowe ceny jednostkowe w wysokości 1 zł.”

13

- wyrok sygn. akt: KIO 1240/13: KIO 1246/13. KIO 1248/13: „przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna.”

Odwolujący przekonywał, że praktycznie wszystkie powołane wyżej wyroki dotyczą właśnie sytuacji przerwania kosztów między pozycjami wyceny dla uzyskania efektu w postaci podwyższenia punktacji, jednak nie dotyczą sytuacji, gdy takiego przerwania nie ma, a wycena jednego z elementów wyceny jest dokonana z uwagi na wykazane przez wykonawcę szczególnie korzystnych okoliczności wykonania usługi - jak w przedmiotowej sprawie.

W przekonaniu odwołującego w świetle zastosowanej przez zamawiającego

przesłanki odrzucenia oferty odwołującego - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - zamawiający dokonując oceny ofert każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy złożenie każdej z ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Artykuł 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów.

W ocenie odwołującego zaoferowanie przez niego kosztu usługi podjazdu patrolu nie ma znamion czynu nieuczciwej konkurencji w żadnej ze stypizowanych w przepisach uznk postaci. Wycena ofertowa usług nie ma cech przenoszenia, czy innych podobnych alokacji kosztów. W szczególności wycena usługi podjazdów nie została dokonana na podstawie przeniesienia jej realnej wartości do innych pozycji wyceny oferty. Obiektywny charakter uzasadnienia kosztu usługi (skorzystanie z patroli operujących na tym samym obszarze w ramach realizowanych już usług) powoduje, że manipulacja, o której wspomina zamawiający poprzez powołane orzecznictwo nie ma miejsca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie do protokołu rozprawy podał, że zaoferowana cena ryczałtowa, miesięczna za „podjazdy” dotyczy podjazdów do 18 obiektów na terenie miasta W. 2 razy na dobę, co daje wynik 36 podjazdów na dobę. Powołał się na postanowienie § 2 ust. 2 pkt. 9 projektu umowy oraz pkt. 10 załącznika nr 3 do OPZ, gdzie są wyznaczone warunki realizacji umowy, że nie jest to jedynie przejechanie koło obiektu,

14

ale są to oznaczone czynności. Patrol musi zatrzymać samochód, musi dokonać oględzin obiektu i poświadczyć elektronicznie swój pobyt na tym obiekcie. Mogą być konieczne dodatkowe czynności jeżeli patrol stwierdzi nieprawidłowości, naruszenie integralności na jakimkolwiek z obiektów. Wtedy konieczne jest sporządzanie dodatkowych raportów. Zamawiający podnosił, że nie wymaga szczególnej wiedzy - aby ustalić realność zaoferowanej ceny kryterium C3 w kwocie 1 zł netto, gdyż jest to cena oderwana od realiów rynkowych. Jest to cena sztuczna, nie mająca odzwierciedlenia w realnych kosztach, podana aby uzyskać możliwie największą punktację w kryterium C3, w sposób naruszający dobre obyczaje. Zaznacza, że skoro odwołujący powołuje się na umowę, którą realizował dla zamawiającego od 2014 r., i była to 2 umowa na ten przedmiot zamówienia, to też posiadał dużą wiedzę w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia i tam zaoferowana cena za „podjazdy” wynosi 510 zł netto miesięcznie. Zamawiający - jako dowody - złożył umowę wraz z aneksami na ten sam przedmiot zamówienia zawartą między odwołującym a zamawiającym 28.03.2014 r. gdzie cena za „podjazdy” wynosiła dokładnie 627,30 zł brutto miesięcznie. Zamawiający powołał się na aneksy, które były zawarte do umowy z zamawiającym 28.03.2014 r. - ze względu na zmianę przepisów o najniższym wynagrodzeniu za pracę, gdzie uzasadniając wniosek o zmianę wynagrodzenia, między innymi odwołujący podał, że koszt utrzymania załogi interwencyjnej to kwota 750 zł miesięcznie netto. Podnosił, że stanowisko odwołującego jest niewiarygodne, klóci się z doświadczeniem i potwierdzają to okoliczności dowodowe, to jest aktualnie pobierane wynagrodzenie przez odwołującego za ten zakres usługi na poziomie 627,30 zł miesięcznie brutto. Zamawiający uznał za niewiarygodne, że można objeżdżać 2 razy 18 punktów położonych w różnych dzielnicach W. i dokonywać 36 podjazdów na dobę za kwotę 1 zł netto miesięcznie. Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem, że uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 87 ust. 1 lub art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie zażądał w tym względzie wyjaśnień od odwołującego zanim odrzucił jego ofertę. W ocenie zamawiającego treść oferty była jasna i nie wymagała żadnych wyjaśnień, a zainicjowanie tej procedury stanowiłoby niedozwolone negocjacje. Wskazując chociażby na koszty paliwa, skalkulowanie ceny za podjazdy na poziomie 1 zł netto uznał za w sposób oczywisty nierealne, i nie wymagające wyjaśnień. Odnośnie argumentu, na który powoływał się odwołujący, że faktycznie sprawuje swoją usługę podjazdów bez kosztowo ponieważ ma zawarte około 300 umów z innymi klientami z danych rejonów - to zamawiający ripostował, że czynem nieuczciwej konkurencji

nie jest jedynie niezgodna z prawidłową - kalkulacja alokacji kosztów na poszczególne elementy zamówienia, ale także tak zwane subsydiowanie skrócone, czyli pokrywanie kosztów danego zamówienia z przychodów pozyskiwanych z umów z innymi kontrahentami, a nie z ceny umownej za dane zamówienie.

15

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego, wnosił o oddalenie odwołania i zwracał uwagę, że odwołujący zmienił akcenty w swojej argumentacji z odwołania względem przedstawionej na rozprawie. W odwołaniu głównie argumentowano, że odwołujący jest zdolny wykonać ten zakres zamówienia za 1 zł miesięcznie gdyż usługi wykonywane na rzecz zamawiającego są wykonywane „przy okazji” ponieważ w rejonach obsługiwanych ma również innych klientów. Odwołujący obecnie na rozprawie akcentuje, że zastosował taką cenę oferty ponieważ wynika to z jego doświadczenia zdobytego podczas realizacji poprzednich kontraktów dotyczących przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. Zdaniem przystępującego, odwołujący realizując usługę dla zamawiającego od 2011 r. do 2014 r. zdobył doświadczenie do jakiego poziomu może obniżyć cenę za podjazdy do obiektów bezobsługowych, aby pokryć koszty i zachować konkurencyjność i byłaby to kwota w granicach około 700 zł. Przystępujący powołał się na wypowiedź odwołującego do protokołu, że jedynie mógł zaoferować koszt danego elementu usługi za 1 zł netto, biorąc pod uwagę jaki jest zakres całościowy danego zamówienia cytuje „odpowiedź odwołującego. Zakres - patrole nie powiązane z innym świadczeniem miałyby inną wartość co jest bezsporne”. Przystępujący podnosił, że jedynie w przypadku wątpliwości co do treści oferty zachodzi konieczność i potrzeba umożliwienia wykonawcy wyjaśnień. W tej sytuacji, według przystępującego okoliczności były jasne do zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 bez wyjaśnień. Wskazał na matematyczne skutki wyliczenia punktów w danym kryterium biorąc pod uwagę że cena oferty w tym kryterium jest odnoszona do najniższej oferty. Przy takim porównaniu do ceny najniższej oferty w danym kryterium inne oferty uzyskiwałyby 0 punktów, czyli świadczy to o celowym zamiarze manipulowania ceną w danym kryterium aby pozbawić konkurentów punktacji i to zamawiający w swoim uzasadnieniu czynu nieuczciwej konkurencji wskazał.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z ofert wykonawców, z akt sprawy odwoławczej sygn.: KIO 480/17.

Izba dopuściła: dowody wnioskowane przez zamawiającego z umów zawartych z odwołującym w 2014 r. na ten sam przedmiot zamówienia. Z wniosku odwołującego z grudnia 2016 r. o podwyższenie wynagrodzenia za patrole podjazdowe do obiektów bezobsługowych do poziomu 750,00 zł miesięcznie.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

16

Przedmiotem zamówienia jest: „Całodobowa ochrona fizyczna obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S. A.”

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie usług podjazdu do obiektów bezobsługowych zawiera poniższe postanowienia.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zakres obowiązków umownych wykonawcy obejmuje świadczenie usług w zakresie fizycznej ochrony obiektów i mienia określonych w stanowiącym załącznik nr 1 do umowy Opisie Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca w ramach umowy zobowiązany jest do świadczenia usług fizycznej ochrony Obiektów oraz osób i mienia znajdujących się na tych Obiektach oraz obsługi elektronicznych systemów zabezpieczeń (CCTV, KD, SSWiN), przez posterunki stałe, ruchome (patrole), grupy interwencyjne oraz patrole objazdowe zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, OPZ, wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, właściwymi przepisami i umową.

„Zakres czynności, które Wykonawca zobowiązany jest wykonywać w ramach realizacji umowy, w ramach ustalonej ceny przedmiotu umowy - obejmuje w szczególności czynności określone w OPZ oraz:

1) ochronę Obiektów, mienia i osób znajdujących się w Obiektach, w szczególności pod kątem przeciwdziałania włamaniom, kradzieżom, uszkodzeniom lub zniszczeniom mienia zgodnie z instrukcjami ochrony i planami ochrony;(...)

9) dokonywanie przez patrole objazdowe minimum dwa razy na dobę kontroli Obiektów bezobsługowych Zamawiającego zgodnie z OPZ, powiadomienie telefoniczne osób wskazanych w OPZ o stanie tych Obiektów, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek Obiekcie, sporządzenie pisemnego meldunku i przesłanie go faksem do właściwej osoby wskazanej w OPZ."

12. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

„12.1 Cena oferty - punkty 1), 2). 3) Formularza Oferty - musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy.

12.2 Maksymalne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostanie podane przez Zamawiającego. Ceny podane w Formularzu Oferty w punktach: 1). 2). 3) zostaną odpowiednio przeniesione do umowy i będą podstawą do wyliczenia miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy.

12.3 Cena powinna zostać wyrażona cyfrowo i słownie.

12.4 Zasady zaokrąglania do pełnego grosza (dwóch miejsc po przecinku):

17

Zgodnie z pkt 13 SIWZ zamawiający celem wyboru oferty najkorzystniejszej przyjął cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie w ramach tego kryterium zamawiający przewidywał przyznawanie wykonawcom punktów w następujący sposób:

- wynagrodzenie za 1 godzinę pracy pracownika wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (80%),

- wynagrodzenie za 1 godzinę pracy pracownika ochrony nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (12%),

- wynagrodzenie za objazd Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe (8%)”

Wykonawca winien był złożyć ofertę z wykorzystaniem Załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z Formularzem Oferty wykonawca podawał w nim wycenę powyższych pozycji.

Załącznik nr 3 do OPZ Zakres zadań i obowiązków pracowników ochrony Wykonawcy, który obejmuje:

„10) dokonywanie przez patrole objazdowe minimum dwa razy w ciągu doby w godzinach

6.00-8.00 i 18.00-20.00 kontroli stanu zabezpieczenia Obiektów bezobsługowych.

powiadomienie telefoniczne niżej wymienionych osób o stanie tych Obiektów, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek Obiekcie, sporządzenie pisemnego meldunku i przesłanie go faksem do nw. osób:

a) dyspozytora Zakładu Centralnego (...) (...)

b) dyspozytora Zakładu Sieci Kanalizacyjnej (...) (...)

c) w przypadku stwierdzenia uszkodzeń w obiektach (naruszone zabezpieczenia drzwi wejściowych, wybite szyby, uszkodzenia ogrodzenia, pomalowane ściany, uszkodzone tablice informacyjne, itp.) dowódca patrolu ma obowiązek sporządzenia pisemnego meldunku i przesłania go faksem do właściwego dyspozytora;”

1) Obiekty bezobsługowe; 2) Lokalizacja obiektu;

Stacja Uzdatniania Wody „Z.” (...);

Stacja Uzdatniania Wody „P.” (...);

Stacja Uzdatniania Wody „S.” (...);

Pompownia Wody (...); Pompownia Wody (...);

Poddenne ujęcia wody PU3 i PU4 Droga techno., (...)

Stacja „trafo” (...);

Ujęcia uzupełniające nr 1 i nr 2 (...);

Stacja „trafo” (...);

Studnie głębinowe przy SUW „F.” (...);

Studnie głębinowe przy SUW „R.” (...);

Stacja Uzdatniania Wody „W.” (...);

Hydrofornia „W.” (...);

18

Hydrofornia „U.” (...);

Hydrofornia „O.” (...)

Pompownia Wody „C.” (...);

układ przesyłowy ścieków do Zakładu C., obiekty bezobsługowe;

Pompownia Wody „M.” (...);

Zamawiający w odniesieniu do godzin pracy pracowników ochrony nie gwarantował określonych ilości tych godzin, a tym samym stałej kwoty wynagrodzenia, potwierdził to udzielając wyjaśnień na pytanie nr 1 (zadane przez odwołującego E. Sp. z o.o.): Pytanie 1. W nawiązaniu do pkt. 15.1 w związku z pkt 12.2 SIWZ, proszę o przekazanie sumy roboczogodzin w skali całego zamówienia odrębnie dla:

a) pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony,

b) pracowników ochrony nie wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony.

- jest to niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedź 1: Wszystkie niezbędne informacje dotyczące świadczenia usługi zostały zawarte w OPZ oraz projekcie umowy.

Zgodnie z wzorem Formularza oferty zamawiający wymagał, aby cena oferty została podana jako:

- cena za 1 godzinę pracy pracownika wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oceniana w kryterium C1 o wadze 80%.

- cena za 1 godzinę pracy pracownika nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oceniana w kryterium C2 o wadze 12%.

- cena za objazd Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca oceniana w kryterium C3 o wadze 8 %.

Zgodnie z zasadami określonymi w § 10 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy (dalej: „IPU”) wynagrodzenie wykonawcy będzie wypłacane jako: Wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy będzie płatne Wykonawcy częściami, w formie wynagrodzenia miesięcznego, obliczanego wg następującego wzoru:

„Wynagrodzenie miesięczne = (cena określona w ust. 4 pkt 1) ppkt b) x ilość godzin pełnionej służby w danym miesiącu przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony) + (cena określona w ust. 4 pkt 2) ppkt b) x ilość godzin pełnionej służby w danym miesiącu przez pracowników nie wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony) + cena za objazd Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca, o której mowa w ust. 4 pkt 3) ppkt b) + podatek VAT wg stawki VAT aktualnej w dniu wystawienia faktury VAT.”

19

SIWZ (Rozdział „Opis sposobu obliczenia ceny”), na cenę oferty składa się suma określonych w tym Formularzu elementów:

„12.1 Cena oferty - (punkty 1). 2). 3) Formularza Oferty), musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy”.

W postanowieniach § 10 IPU zamawiający określił, iż ceny podane w ramach pozycji C1, C2 i C3 obejmują łącznie wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy np.: (...)

„8. Maksymalna cena przedmiotu umowy i ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 4 są stałe i nie podlegają zmianom. Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie w przypadku niewyczerpania maksymalnej ceny przedmiotu umowy.

9. Wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu realizacji umowy obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym między innymi: wartość świadczonych usług, koszt zapewnienia pracownikom sprzętu, w tym broni i umundurowania, koszt wynagrodzeń dla pracowników, koszt pracy grup interwencyjnych, koszty związane z przeszkoleniem pracowników na potrzeby realizacji umowy, koszt zapewnienia i korzystania z systemów, w tym systemów kontroli pełnienia służby ochrony oraz systemów antynapadowych, koszty związane z nadzorowaniem pracowników ochrony, koszt prowadzenia wymaganej dokumentacji i jej aktualizacji, narzuty, ubezpieczenia, należny podatek VAT, oraz pozostałe składniki cenotwórcze”.

W § 2 ust. 2 IPU Zamawiający określił, iż do obowiązków wykonawcy należy m.in.:

12) „wypożyczenie wszystkich Obiektów, w terminie 14 dni od rozpoczęcia realizacji

przedmiotu umowy, we własne elektroniczne systemy kontroli pełnienia służby ochronnej (wyposażone w drukarki i umożliwiające natychmiastowy wydruk z urządzeń kontrolnych), środki łączności bezprzewodowej oraz monitorowane systemy antynapadowe. Rozmieszczenie i montaż systemów kontroli pełnienia służby ochronnej i systemów antynapadowych nastąpi w uzgodnieniu z przedstawicielem Zamawiającego, po akceptacji przez Zamawiającego proponowanych systemów kontroli pełnienia służby oraz systemów antynapadowych.

Wykonawca przed rozpoczęciem realizacji umowy przedstawi Zamawiającemu do akceptacji proponowane systemy kontroli pełnienia służby oraz systemy antynapadowe (...);

14) zapewnienie, w przypadku wystąpienia potrzeby, możliwości wezwania przez pracowników ochrony i udzielenia wsparcia: własnej zmotoryzowanej uzbrojonej grupy interwencyjnej do ochrony Obiektów w czasie nieprzekraczającym:

a. 15 minut od momentu wezwania - w godz. 6.00 - 22.00,
20

b. 5 minut od momentu wezwania - w godz. 22.00 - 6.00.

- własnego zmotoryzowanego patrolu interwencyjnego (dla obiektów nie podlegających obowiązkowej ochronie i obiektów bezobsługowych) do ochrony Obiektów w czasie nieprzekraczającym:

c. 15 minut od momentu wezwania - w godz. 6.00 - 22.00,

d. 10 minut od momentu wezwania - w godz. 22.00 - 6.00;

- dodatkowych sił celem wzmocnienia ochrony Obiektów w przypadku niemożności realizacji zadań przez aktualnie pełniących dyżur pracowników ochrony (wzmocnienie ochrony Obiektów dodatkowymi siłami w takim przypadku wymaga uzgodnienia z Zamawiającym i nie podlega oddzielnemu wynagrodzeniu);

15) zapewnienie możliwości czasowego wzmocnienia obsady etatowej, we wskazanym przez Zamawiającego miejscu. Termin, wielkość oraz okres obowiązywania wzmocnienia obsady etatowej określa każdorazowo Zamawiający i powiadamia o tym Wykonawcę na piśmie, z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem. Za wzmocnienie obsady etatowej, Wykonawcy należyne jest wynagrodzenie, którego wysokość określa się w oparciu o wartości wskazane w § 10 ust. 4 Umowy);

23) zapewnienie jednolitego umundurowania, zaakceptowanego przez Zamawiającego, identyfikatorów, odznak i znaków firmowych Wykonawcy wyraźnie różniących się od identyfikatorów pracowników Zamawiającego, zgodnie z art. 20 ustawy o ochronie osób i mienia. Wykonawca przed rozpoczęciem realizacji umowy przedstawi Zamawiającemu do akceptacji proponowane zestawy umundurowania dla wszystkich pracowników ochrony, w tym umundurowanie galowe;

24) przeszkolenie pracowników ochrony u autoryzowanych przedstawicieli producentów elektronicznych systemów zabezpieczeń zainstalowanych w Obiektach Zamawiającego oraz przedłożenie Zamawiającemu w terminie 15 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy dokumentów potwierdzających przeszkolenie."

Stałe wynagrodzenie miesięczne dotyczyć miało pozycji C3 - będącej podstawą odrzucenia oferty firmy E. Sp. z o.o. - w postaci kosztu miesięcznego patrolu objazdowego do wskazanych obiektów bezobsługowych.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 4 oferty. W zakresie poszczególnych pozycji formularza cenowego wykonawcy zastosowali następujące ceny i stawki:

Kolumny: 1) Wykonawca; 2) stawka za 1 rbg pracownika kwalifikowanego (brutto); 3) stawka za 1 rbg pracownika nie kwalifikowanego (brutto); 4) stawka miesięczna za podjazdy do obiektów bezobsługowych (brutto)

1. Konsorcjum z liderem I. S. P. Sp. z o.o. Sp.K.; 2) 30,01; 3) 29,37; 4) 0,04 zł,
21

2. E. Sp. z o.o.; 2) 28,72; 3) 23,06; 4) 1,23 zł,

3. Konsorcjum z liderem S. S. Sp. z o.o.; 2) 33,21; 3) 24,60, 4) 1 328,40 zł,

4. Konsorcjum z liderem K. O. Sp. z o.o.; 2) 34,78; 3) 34,78; 4) 8 076,67 zł.

Powiadomienie o wyniku postępowania z dnia 3 marca 2017 r. podaje: „Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odrzucił oferty poniższych Wykonawców. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

I. S. P. Sp. z o.o. Sp.K. -Lider, (...);

I. S. P. Sp. z o.o. Sp.K., (...);

I. S. P. Sp. z o.o., (...);

I. P. S. P. Sp. z o.o. Sp.K., (...);

I. M. Sp. z o.o. Sp.K., (...);

I. P. S.A., (...)

U. S. „U.”, (...)

A. O. M. „M.” Sp. z o.o., (...)

oraz E. Sp. z o.o., (...)

Uzasadnienie prawne: Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawcy w postępowaniu złożyli oferty w ocenianym kryterium Cena /z podatkiem VAT/ za objazd Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca odpowiednio za stawkę 0,04 zł (z VAT) oraz 1,23 zł (z VAT). Stawki wskazane przez Wykonawców są nierealne do wykonania wskazanego zakresu, a podanie ich przez Wykonawców świadczy, iż zaoferowali oni je w celu nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i jest to jedynie, oderwany od realiów wykonania zamówienia, zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia, poprzez manipulowanie cenami. Takie działanie wykonawców nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącym iż „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Potwierdzeniem powyższego jest porównanie ofert złożonych w postępowaniu. W/w kryterium dwaj pozostali Wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach realizację za kwotę 1.328,40 zł (z VAT) oraz za kwotę 8.076,67 zł (z VAT) i otrzymali oni 0,00 pkt. na skutek odniesienia ich wartości do kwoty 0,04 zł (z VAT) [I. S. P. Sp. z o.o. Sp. k.] i [odpowiednio dla oferty E. Sp. z o.o. - 1,23 zł.]

22

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, iż w dwóch pozostałych ocenianych kryteriach, tj. „Cena /z podatkiem VAT/ za 1 godzinę pracy pracownika wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony” oraz „Cena /z podatkiem VAT/ za 1 godzinę pracy pracownika ochrony nie wpisanego na listę kwalifikowanych pracowników ochrony wszyscy wykonawcy w swoich ofertach zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia za stawki na porównywalnym poziomie, o czym świadczy zestawienie ofert.

Działanie Wykonawców należy traktować, jako czyn nieuczciwej konkurencji co znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która to w wyroku z dnia 14 listopada 2016 r. sygn. KIO 2038/16, stwierdziła iż w pełni podziela argumentację Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie sygn. akt KIO 216/14, w którym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w odierwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13, łączonych KIO 1240, 1246, 1248/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający postanowił jak we wstępie.”

Izba zważyła, co następuje

Izba uznała, że odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro jako oferent - uczestniczący w procedurze przetargowej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł być narażony na poniesienie szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jeżeli zarzuty znalazłyby potwierdzenie, gdyż zamawiający wybrał ofertę przystępującą, która zawierała wyższą cenę.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że w ramach ceny całkowitej oferty,

wykonawcy mogli w sposób całkowicie dowolny i oderwany od realnych kosztów elementu usługi polegającej na objazdach Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca - koszt tej usługi zaoferować na nierealnym poziomie kwoty 0,04 zł (z VAT) [I. S. P. Sp. z o.o. Sp.k.] i [odpowiednio dla oferty E. Sp. z o.o. - 1,23 zł (z VAT)].

Załącznik nr 3 do OPZ podaje Zakres zadań i obowiązków pracowników ochrony Wykonawcy, który obejmuje w odniesieniu do objazdów Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe:

23

„10) dokonywanie przez patrole objazdowe minimum dwa razy w ciągu doby w godzinach 6.00-8.00 i 18.00- 20.00 kontroli stanu zabezpieczenia Obiektów bezobsługowych. powiadomienie telefoniczne niżej wymienionych osób o stanie tych Obiektów, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek Obiekcie, sporządzenie pisemnego meldunku i przesłanie go faksem do nw. osób:

a) dyspozytora Zakładu Centralnego (...) (...)
b) dyspozytora Zakładu Sieci Kanalizacyjnej (...) (...)
c) w przypadku stwierdzenia uszkodzeń w obiektach (naruszone zabezpieczenia drzwi wejściowych, wybite szyby, uszkodzenia ogrodzenia, pomalowane ściany, uszkodzone tablice informacyjne, itp.) dowódca patrolu ma obowiązek sporządzenia pisemnego meldunku i przesłania go faxem do właściwego dyspozytora.”

Sam zakres powyższych obowiązków (przy uwzględnieniu kosztów kalkulacyjnych - podlegających wycenie przez wykonawcę) w zestawieniu z wyszczególnieniem obiektów podlegających ochronie w tym trybie, tj.: Obiekty bezobsługowe MPWiK Warszawa: 1)

Obiekt; 2) Lokalizacja obiektu:

Stacja Uzdatniania Wody „Z.” (...);
Stacja Uzdatniania Wody „P.” (...);
Stacja Uzdatniania Wody „S.” (...);
Pompownia Wody (...); Pompownia Wody (...);
Poddenne ujęcia wody PU3 i PU4 Droga techno., (...)
Stacja „trafo” (...);
Ujęcia uzupełniające nr 1 i nr 2 (...);
Stacja „trafo” (...);
Studnie głębinowe przy SUW „F.” (...);
Studnie głębinowe przy SUW „R.” (...);
Stacja Uzdatniania Wody „W.” (...);
Hydrofornia „W” (...);
Hydrofornia „U.” (...);
Hydrofornia „O.” (...)
Pompownia Wody „C.” (...);
układ przesyłowy ścieków do Zakładu C., obiekty bezobsługowe;
Pompownia Wody „M.” (...);

- zaświadcza w sposób niepodważalny i bezdyskusyjny, że koszty takiej usługi, biorąc pod uwagę częstotliwość objazdów i związane z tym obowiązki wykonawcy i jego wymaganego wyposażenia przy oględzinach obiektów bezobsługowych - musiały być wyższe niż 0,04 zł (z VAT) [I. S. P. Sp. z o.o. Sp.k.] i [odpowiednio dla oferty E. Sp. z o.o. - 1,23 zł (z VAT)].

24

Ceny poszczególnych elementów oferty, w przypadku takiego rozbitcia ceny ofertowej, jak zastosował zamawiający - również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych. Częściej spotykanym przypadkiem, jest taki - jak ma miejsce w niniejszym postępowaniu - zaniżania cen związanych z dążeniem do uzyskaniem większej punktacji w oznaczonym kryterium oceny ofert - do granic absurdalnych, oferując któreś ze składowych cen, np. za wywóz śmieci - objętych kryterium

oceny ofert - za dopłatą na rzecz zamawiającego, co powodowało matematyczne skutki - nie tylko braku punktacji dla konkurentów, tak jak stało się w niniejszym przypadku, ale wręcz konieczność odejmowania punktów wykonawcom, którzy zaoferowali realne ceny, (zgodnie z wzorem matematycznym przyznawania punktacji w kryterium ceny -zamieszczonym w SIWZ).

Odwolujący wykonawcy nie mogą się tłumaczyć, że nie udostępniono im wiążącego wzoru kalkulacji poszczególnych składowych ceny całkowitej oferty, gdyż zamawiający nawet nie mają obowiązku sporządzania przedmiarów kosztorysowych dla robót budowlanych. Natomiast stawki wynagrodzeń pracowników biorąc pod uwagę wskazania normatywne o imperatywnym charakterze - nie mogą zejść do poziomu poniżej wynagrodzeń minimalnych, więc manipulowanie w tym zakresie cenami składanych ofert w ramach kryteriów - byłoby niemożliwe, gdyż groziłoby odrzuceniem oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, lub jako zawierającej rażąco niskie ceny elementu kalkulacji - wynagrodzeń pracowników.

Jedynym logicznym wytłumaczeniem zaoferowanej przez odwołującego ceny w zakresie usługi polegającej na podjazdach do Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca na poziomie 1,23 zł z VAT, tj. 1,00 zł netto - w ocenie Izby - było celowe dążenie do uzyskania na swoją rzecz maksymalnej punktacji dla ceny - ocenianej w kryterium C3 o wadze 8 % - z pozbawieniem tej punktacji konkurentów.

Żadnego znaczenia nie miało, że dla kryterium C3 przypisana była najniższa waga 8%, gdyż o uzyskaniu zamówienia może nawet zdecydować ułamek punktu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że jest tylko jedno sensowne uzasadnienie dla stwierdzonego faktu, chodziło o zmanipulowanie procesu wyboru oferty, tak by nierealny poziom ceny tego elementu oferty - przełożył się na korzystniejszą dla

25

wykonawcy ocenę jego oferty. Takie działanie wykonawcy E. Sp. z o.o. stanowiło zaś czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższe wnioski Izba opiera na stanowiskach doktryny i judykatury. Artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 163, poz. 1503), jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust 2 oraz art. 5-17 uznk, który stanowi katalog otwarty. "Dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" [...] oraz "ustalone zwyczaje" (zob. art. 56, 65, 69 i 354 [...]) Kodeksu cywilnego), których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług.

Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania wykonawcy E. Sp. z o.o. do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. Tak postąpił ZA UZP w orzeczeniu o sygn. UZP/ZO/0-3026/06, gdzie stwierdzono, iż czynem takim jest "złożenie oferty i zaproponowanie gwarancji na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy [...], który jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania" w celu "matematycznego" wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty." Podobnie w kontekście sztucznego manipulowania elementami oferty z myślą, li tylko o ocenie punktowej wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. KIO 1934/12. Z racji jego wagi należy przytoczyć tutaj obszerniejszy fragment uzasadnienia: „*Odwolujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być, bowiem uznana jedynie za element kalkulacji,*

czego zresztą Odwołujący właden sposób nie wykazał. Tym samym w ocenie Izby zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O ile

26

działanie odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jednak nawet wtedy, gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 w/w ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ”. SO w Poznaniu sygn. IX Gc 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322. Analogiczne stanowiska KIO zajmowała w sprawach sygn. akt: KIO 640/11 oraz sygn. akt: KIO 2787/11, czy sygn. akt: KIO 7/13, gdzie w szczególności w tej ostatniej negatywnie oceniła manipulowanie przez wykonawcę elementami oferty (w tym wypadku cenami jednostkowymi).

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że nie manipulował on poszczególnymi cenami własnej oferty składającymi się na cenę całkowitą. Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. Istotny dowód w tym względzie stanowił wniosek odwołującego do zamawiającego z grudnia 2016 r. o podwyższenie ceny za patrole podjazdowe - dotychczas realizowanej umowy zawartej w 2014 r. z kwoty 627,30 zł miesięcznie do kwoty 750,00 zł miesięcznie, jako ceny za element C3, z powołaniem się na ponoszone koszty.

W ocenie Izby, odwołujący E. Sp. z o.o. przyznał w odwołaniu, że dopuścił się praktyk zakazanych ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stypizowanych w art. 17 tej ustawy, mieszczących się w ogólnym zakresie dyspozycji art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne

27

z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przez zamówienia publiczne zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są między innymi usługi. Odwołujący E. Sp. z o.o. przyznał do protokołu rozprawy, że gdyby przedmiotowe zamówienie było podzielone na części, to mimo tożsamości kosztów - nie uznawałby analogicznie, że może oferować zamawiającemu usługę podjazdów do Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe - praktycznie nieodpłatnie, gdyż kwoty 1,23 zł (z VAT) miesięcznie nie można nazwać realną ceną - tylko z tych względów, że w rejonach obsługiwanych świadczy też usługi ochroniarskie na rzecz prywatnych odbiorców i z przychodów z tychże umów zamierza pokrywać koszty omawianej usługi na rzecz zamawiającego.

Odwołujący najwyraźniej nie zdawał sobie sprawy, że na gruncie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisów z tym związanych, np. w odniesieniu do kształtowania taryf, opłat - czynem zakazanym jest tzw. subsydiowanie skrośne, czyli pokrywanie kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych

grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest więc przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla symbolicznej ceny oferty odwołującego E. Sp. z o.o., podlegającej ocenie w kryterium C3.

Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy, jednakże powinni zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący E. Sp. z o.o. mógłby faktem jednoczesnego świadczenia usług na rzecz innych odbiorców - tłumaczyć znaczące obniżenie ceny, ale nie jej symboliczne ustalenie. Z ceny oferty w kryterium C3 wynika, że odwołujący - koszty danego segmentu usługi pokrył innymi przychodami, chociaż miał obowiązek skalkulować je na poziomie rzeczywistym.

W tych okolicznościach sprawy, Izba całkowicie podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w powiadomieniu o odrzuceniu ofert odwołujących, że „Stawki wskazane przez Wykonawców są nierealne do wykonania wskazanego zakresu, a podanie ich przez Wykonawców świadczy, iż zaoferowali oni je w celu nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i jest to jedynie, oderwany od realiów wykonania zamówienia, zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia, poprzez manipulowanie cenami. Takie działanie wykonawców nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącym iż

28

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.”

Z kolei za dobre obyczaje, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznaje się pozaprawne reguły, normy postępowania - odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Artykuł 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów.

Nie sposób doszukać się w działaniach odwołującego innych celów, jak tylko zabiegu mającego na celu uzyskanie zamówienia, poprzez sztuczne nie mające związku z rzeczywistością określenie ceny za podjazdy do obiektów bezobsługowych, aby tym sposobem w danym kryterium pokonać konkurentów.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w kwestii manipulowania cenami ofert w celu sztucznego podwyższenia punktacji oferty, uznając takie praktyki za naganne i predestynujące oferty wykonawców, którzy je stosują - do odrzucenia.

Potwierdzają to wyroki Izby przytaczane nawet przez odwołującego, w tym wyrok sygn. akt: KIO 2553/15 wyrok sygn. akt: KIO 2015-12-03 LEX nr 1978069: *„Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązującego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Uczciwe konkutowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.”*

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać - czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby zamawiający z tego obowiązku wywiązał się należycie i prawidłowo ocenił, że oferta odwołującego złożona została w okolicznościach czynu nieuczciwej konkurencji. Przy czym przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 stanowi w pełni samodzielną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z omawianej przyczyny. Zbędne byłoby, zatem uruchamianie procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lub w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynność zamawiającego, wbrew argumentom odwołującego nie była oparta na arbitralnym, czy bezpodstawnym przeświadczeniu zamawiającego, że zaoferowany element ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż sama wysokość tego elementu wyceny w powiązaniu z odnośnym kryterium oceny ofert i obowiązkami wykonawcy koniecznymi dla kalkulacji danego zakresu zamówienia - stanowi dowód, w rozumieniu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp dla wykazywania zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w

29

art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie odwołującego - jako noszące znamiona nieuczciwej konkurencji - możliwe było do ustalenia poprzez cele, do których prowadziły - jako udowodnione w sposób pośredni, gdyż działania odwołującego - zaoferowania nierealistycznej ceny - nie da się inaczej w sposób racjonalny wytłumaczyć, jak tylko motywacją do uzyskania na swoją rzecz zamówienia publicznego - w sposób pozaprawny i niezgodny z uczciwymi praktykami rynkowymi. Stanowi to dostateczne wykazanie, iż złożenie oferty z nierealną ceną miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Inny cel przedstawienia oferty z ceną poniżej rozsądnych kosztów danego elementu usługi (ocenianej w odrębnym kryterium C3), jak tylko z zamiarem eliminacji innych wykonawców, w warunkach tego zamówienia, nie ma racjonalnego wytłumaczenia, co stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji, z konsekwencjami nakazanymi art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe nie wykazało zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów, naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj.

1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez bezpodstawne odrzucenie złożonej oferty, gdyż złożenie przez odwołującego oferty w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zastosowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 87 ust 1 bądź 90 ust 1 Pzp, byłoby bezprzedmiotowe

2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, znajduje uzasadnienie w wyniku oceny według ustalonych kryteriów oceny.

W efekcie nie doszło do naruszenia zasad art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 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, Dz. U. z 2017 r., poz. 47)

Przewodniczący:

.....