

Sygn. akt: KIO/KD 67/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 grudnia 2015 roku

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miasto Sosnowiec

Al. Zwycięstwa 20

41 – 200 Sosnowiec

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 20 listopada 2015 r. w przedmiocie zamówienia pn.: „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta Sosnowca”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Magdalena Rams
Członkowie:	Ewa Sikorska
	Robert Skrzyszewski

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej” z dnia 30 listopada 2015 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 20 listopada 2015 r. w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta Sosnowca” uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta Sosnowca”.

Pismem z dnia 20 listopada 2015 r. (pismo znak: UZP/PWKZ/421/40(5)/15/MJ), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 166 ust. 1 i art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego, tj. Miasto Sosnowiec, o wynikach kontroli doraźnej wszczętej na wniosek.

W ocenie Prezesa UZP po dokonaniu ustaleń faktycznych w przedmiotowym postępowaniu, stwierdzić należy, iż cena oferty skalkulowana przez wykonawcę XXXX (dalej „**Wykonawca**”) nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto, zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez: (i) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; (ii) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; (iii) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; (iv) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; (v) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Prezes UZP zwrócił uwagę, iż zawarty w niniejszej ustawie katalog czynów nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym. Zatem, za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji określony w rozdziale 2 ww. ustawy. W ocenie Prezesa UZP w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca dopuścił się manipulowania cenami jednostkowymi nieuzasadnionymi warunkami rynkowymi. Wykonawca skonstruował cenę oferty na podstawie kosztorysu ofertowego (Załącznik nr 9 do

oferty) w taki sposób, aby umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, a tym samym pozyskanie niniejszego zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dokonywali wyliczenia ceny ofertowej na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty), a Zamawiający na jego podstawie dokonywał porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast, ostateczne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w wykazie „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (Załącznik nr 8 do oferty) za faktycznie zrealizowane usługi. Zatem, ceny jednostkowe wyszczególnione w Załączniku nr 8 stanowiły podstawę skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Co prawda, Zamawiający wymagał podania ceny łącznej oferty wyliczonej na podstawie kosztorysu ofertowego, jednakże wynagrodzenie należne wykonawcy miało zostać naliczone za faktycznie wykonane usługi w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Załączniku nr 8 do oferty. Prezes UZP wskazał, iż ilość poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia miała wynikać z bieżących potrzeb w trakcie realizacji umowy, z wydanych decyzji administracyjnych na wycinkę drzew, pism mieszkańców – interwencji w sprawie pielęgnacji czy prześwietlenia drzew, konieczności usuwania wiatrołomów czy drzew stwarzających bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia.

W ocenie Prezesa UZP Wykonawca manipulował cenami jednostkowymi w ten sposób, iż wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy jest absurdalnie niska do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek, np. pozycja obejmująca pielęgnację drzew przy wykorzystaniu podnośnika montażowego dla średnicy drzewa ponad 41 cm w warunkach normalnych została wyceniona przez wykonawcę XXXX w załączniku nr 8 do oferty na 2 000 zł, podczas gdy w ofertach pozostałych wykonawców pozycja ta została wyceniona pomiędzy 150 – 200 zł. Natomiast ta sama pozycja w warunkach utrudnionych (uwzględniona przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym) została wyceniona przez wykonawcę na 60 zł, a pozostali wykonawcy wycenili ją pomiędzy 131 -199 zł.

Ponadto Prezes UZP wskazał, iż ilość poszczególnych usług została określona szacunkowo i przy realizacji zamówienia mogła znacznie odbiegać od założeń Zamawiającego, a przy

skalkulowanym w ten sposób przez wykonawcę wykazie cen jednostkowych zagrażać to mogło nie tylko interesom innych wykonawców, ale również Zamawiającego. Zauważyć należy, iż z dokumentacji postępowania wynika, że sposób skalkulowania ceny oferty przez Wykonawcę czynił jego ofertę tylko pozornie tańszą. Prezes UZP podkreślił, iż w rzeczywistości rozliczając się na podstawie ww. wykazu cen jednostkowych po upływie niewiele ponad pół roku od zawarcia umowy (umowa zawarta w dniu 26 listopada 2013 r. do 25 listopada 2015 r.) Zamawiający na podstawie faktur VAT wystawionych w okresie od 19 grudnia 2013 r. do 29 lipca 2014 r. wypłacił wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 419 028 zł brutto, które przewyższyło cenę ofertową wykonawcy (393 913,80 zł brutto).

W ocenie Prezesa UZP manipulowanie cenami jednostkowymi przez wykonawcę XXXX doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Z powyższego należy wywnioskować, iż celem działania wykonawcy było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z SIWZ skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Powyższe działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem, sytuacja ta obligowała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Prezes UZP wskazał ponadto, że zgodnie z Sekcją III.4.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów zobowiązany był do przedłożenia dla tych podmiotów: a) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia; b) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Obowiązek przedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów nie został wyrażony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z treścią z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oprócz warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ma zawierać wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast, treść art. 41 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania

oceny spełniania tych warunków. Z powyższego wynika, że jeżeli zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu informacja o tym powinna być zawarta w treści SIWZ. Natomiast, w myśl z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania wskazując je w ogłoszeniu o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zmówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, mający zastosowanie do wszystkich trybów postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Z przepisu tego nie wynika obowiązek zamieszczenia informacji o dokumentach bądź oświadczeniach zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i specyfikacji, czy też zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i zaproszeniu do składania ofert, lecz w jednym z tych dokumentów postępowania, adekwatnie do trybu w jakim jest prowadzone. Natomiast szczegółowe przepisy dotyczące danego trybu wskazują precyzyjnie, w którym dokumencie postępowania obowiązkowo mają znaleźć się informacje odnośnie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, stosowanie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wymaga uwzględnienia art. 41, z którego wynika brak obowiązku zamieszczania w treści ogłoszenia informacji o dokumentach i oświadczeniach.

W związku powyższym, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający powinien był zawrzeć katalog dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w SIWZ. Natomiast, zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. A zatem, w ocenie Prezesa UZP, zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego wykazu oświadczeń lub dokumentów ma charakter fakultatywny. Jednocześnie, jeśli Zamawiający zdecydował się na zamieszczanie wykazu oświadczeń lub dokumentów również w ogłoszeniu o zamówieniu, to powinien on być tożsamy z wykazem zamieszczonym w SIWZ. Tak też Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w Uchwale z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 107/14 wskazując, iż „skoro Zamawiający zdecydował się jednak na zamieszczenie również w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co nie jest oczywiście zabronione (art. 41 ustawy Pzp określa minimalną czyli obligatoryjną zawartość ogłoszenia o zamówieniu), a stanowi wręcz dobrą praktykę w przypadku przetargu nieograniczonego, powinien być konsekwentny, aby zapewnić przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezes UZP wskazać należy, iż ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zawierały opisane powyżej sprzeczne informacje, odnośnie dokumentów wymaganych w stosunku do podmiotów trzecich, w przypadku polegania na ich zasobach na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazać należy, iż powyższe działanie Zamawiającego mogło prowadzić do niepożądanego sytuacji, w której wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu podjęli odmienne decyzje co do dalszego w nim udziału, w zależności od tego, czy zapoznali się treścią ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ. Dodać należy, iż prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w ten sposób można uznać za niezapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ sprzeczne informacje w ww. zakresie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a żądając w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania dopuścił się naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 30 listopada 2015 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający podniósł kwestię zakresu przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania stwierdzając, iż nieuprawnionym jest działanie polegające na ocenie prawidłowości prowadzonego postępowania przez pryzmat realizacji umowy i w oparciu o inne dokumenty niż dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Dalej Zamawiający wskazał w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, iż zapisy SIWZ w zakresie sporządzenia kalkulacji cen jednostkowych przez wykonawcę pozwalały mu na przenoszenie kosztów wykonania usługi między pozycjami. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż użycie liczby mnogiej w słowie: „wyceny jednostkowe (...) powinny obejmować koszty (...)” nie świadczy o tym, że każda z osobna wycena - w Załączniku nr 8 „Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności” (...) czy Załącznika Nr 9 „Kosztorys ofertowy” (...) - ma zawierać ww. koszty”. Tym samym, jak podkreślił Zamawiający, dopuszczona została możliwość przenoszenia tych kosztów między pozycjami lub między wycenami w ramach jednej pozycji. Ponadto, Zamawiający odniósł się do dokonanych przez siebie czynności polegających na wyjaśnieniu na podstawie art. 90 ust. 1 elementów oferty wykonawcy XXXX mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający stwierdził, iż postępowanie wyjaśniające nie potwierdziło, że cena oferty ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę a wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej uchybienia w tym zakresie są niezasadne.

Pismem z dnia 30 listopada 2015 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/40(9)/15/MJ) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że w całości nie uwzględni zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Prezes UZP zwrócił uwagę, iż użycie w ww. przepisie zwrotu "w szczególności" oznacza, że katalog dokumentów wskazanych w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Tak więc, ustalenie stanu faktycznego sprawy dokonuje się na podstawie całokształtu dowodów zgromadzonych w sprawie w tym w oparciu o dokumenty związane z okolicznościami danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającymi znaczenie dla jego ustalenia. Nie sposób zatem zgodzić się z zawartą w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej argumentacją Zamawiającego. Prezes UZP dodał, iż ocena zgodności przedmiotowego postępowania z przepisami ustawy Pzp została dokonana w oparciu o dokumentację oraz wyjaśnienia przesłane przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli.

Odnosząc się natomiast do treści zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Prezes UZP wskazał, iż Wykonawca XXXX skonstruował cenę oferty na podstawie kosztorysu ofertowego stanowiącego Załącznik nr 9 do oferty w taki sposób, aby umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, a tym samym pozyskanie niniejszego zamówienia. Powtórzyć należy w ślad za Informacją o wyniku kontroli doraźnej, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dokonywali wyliczenia ceny ofertowej na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty), a Zamawiający na jego podstawie dokonywał porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Ostateczne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w wykazie „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (Załącznik nr 8 do oferty) za faktycznie zrealizowane usługi. Zatem, ceny jednostkowe wyszczególnione w Załączniku nr 8 stanowiły podstawę skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Co prawda, Zamawiający wymagał podania ceny łącznej oferty wyliczonej na podstawie kosztorysu ofertowego, jednakże wynagrodzenie należne wykonawcy miało zostać naliczone za faktycznie wykonane usługi w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Załączniku nr 8 do oferty. Dodać należy, iż ilość poszczególnych

prac wchodzących w zakres zamówienia miała wynikać z bieżących potrzeb w trakcie realizacji umowy, z wydanych decyzji administracyjnych na wycinkę drzew, pism mieszkańców - interwencji w sprawie pielęgnacji czy prześwietlenia drzew, konieczności usuwania wiatrołomów czy drzew stwarzających bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia. Zamawiający zamierzał realizować zamówienie do kwoty 702 132,30 zł brutto.

Prezes UZP wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca manipulował cenami jednostkowymi w ten sposób, iż wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy jest absurdalnie niska do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek, np. pozycja obejmująca pielęgnację drzew przy wykorzystaniu podnośnika montażowego dla średnicy drzewa ponad 41 cm w warunkach normalnych została wyceniona przez wykonawcę XXXX w załączniku nr 8 do oferty na 2 000 zł, podczas gdy w ofertach pozostałych wykonawców pozycja ta została wyceniona pomiędzy 150 - 200 zł. Natomiast ta sama pozycja w warunkach utrudnionych (uwzględniona przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym) została wyceniona przez wykonawcę na 60 zł, a pozostali wykonawcy wycenili ją pomiędzy 131 -199 zł. Ponadto Prezes UZP podkreślił, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o jedyne kryterium oceny ofert - cenę oferty. Wobec powyższego zastosowany przez wykonawcę mechanizm spowodował, iż złożona oferta była najtańsza.

Ponadto Prezes UZP wskazał, iż pozostali wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę. Różnice między cenami pozostałych oferentów należy potraktować jako naturalny objaw konkurencji, nie zaś manipulowanie cenami w celu uzyskania zamówienia i eliminacji konkurencji z rynku tak jak to uczynił wykonawca XXXX. W ocenie Prezesa UZP takie zachowanie wykonawcy należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami. Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy. 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. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów.

Prezes UZP wskazał, że w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo, iż ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych wyłącznie po to aby skalkulować cenę oferty w taki sposób by uzyskać zamówienie, jak i wykorzystać niedookreślenie przez Zamawiającego ilości usług jakie rzeczywiście będą wykonywane po to by wykonać je po wyższej cenie, aniżeli odpowiadające regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. Podobnie też stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/14. Zauważyć należy, iż mechanizm przyjęty przez wykonawcę nie miał na celu zaoferowania jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu czy konkurowanie ceną, lecz uzyskanie zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że manipulowanie cenami jednostkowymi przez wykonawcę XXXX 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, z powyższego należy wywnioskować, iż celem działania wykonawcy było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z SIWZ skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Zatem, złożenie oferty wypełniającej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy XXXX stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W kwestii stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ sprzecznych informacji oraz żądaniu dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający w zastrzeżeniach sam wskazał, iż nie zamieścił informacji w Dziale I SIWZ, że dokumenty w pkt 2 dotyczą także podmiotów udostępniających zasoby, które będą realizowały część

zamówienia. Zamawiający podniósł, że informację o wymaganych dokumentach w ww. zakresie zamieścił natomiast w „Załączniku nr 3 do oferty”, tj.: w formularzu „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (zgodnie z art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy)”. Mając na uwadze treść ww. formularza tylko w części można przyznać rację Zamawiającemu. W treści formularza w tekście oznaczonym symbolem gwiazdki [*] zapisano, że „w przypadku gdy wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia należących do innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty. W sytuacji tej oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia składają osobno:

- wykonawcy korzystający z zasobów innych podmiotów;
- podmiot, który udostępnia zasoby”.

W ocenie Prezesa UZP z powyższych zapisów wynika, że Zamawiający zawarł zapis o konieczności przedłożenia przez podmiot trzeci oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W opinii Prezesa UZP nie sposób natomiast zgodzić się z Zamawiającym, iż z powyższego zapisu wynika, że chodzi tu o dokumenty, które były wymagane od podmiotów trzecich w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji ffl.4.2) i Dziale I, rozdział 6, pkt 2.1. Zatem, Zamawiający w SIWZ nie dookreślił, jakich dokumentów z wyjątkiem ww. oświadczenia wymaga w stosunku do podmiotów na zasoby których powołuje się wykonawca.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 14 grudnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie ustaliła, że właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”.

W zakresie zastrzeżenia Zamawiającego co do zakresu przedmiotu kontroli, Izba w pełni popiera stanowisko Prezesa UZP. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z treścią art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika zamawiającego i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Użycie w ww. przepisie zwrotu "w szczególności" oznacza, że katalog dokumentów wskazanych w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Tak więc, ustalenie stanu faktycznego sprawy dokonuje się na podstawie całokształtu dowodów zgromadzonych w sprawie w tym w oparciu o dokumenty związane z okolicznościami danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającymi znaczenie dla jego ustalenia. Nie sposób zatem zgodzić się z zawartą w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej argumentacją Zamawiającego, iż kontrola jaką przeprowadził Prezes UZP winna ograniczać się wyłącznie do dokumentów istniejących w postępowaniu w chwili podjęcia decyzji przez Zamawiającego czy też dokumentów zgromadzonych od dnia wszczęcia postępowania do dnia podpisania umowy. Taka wykładania przepisu art. 163 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika bowiem ani z literalnego brzmienia przywołanej regulacji ani z funkcjonalnej wykładni powyższego przepisu. Celem kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP jest wykrycie naruszeń przepisów ustawy Pzp i opieranie się wyłącznie na żądanym przez Zamawiającego zakresie dokumentacji niejednokrotnie uniemożliwiłoby wszechstronną analizę toku postępowania. Brak jest w przywołanych regulacjach zakazu korzystania z informacji dostępnych kontrolującemu w związku z realizacją umowy. Podkreślić również należy, że nieprawidłowości stwierdzone przez Prezesa UZP wynikają ze sposobu kalkulacji ceny określonej przez wykonawcę w treści oferty, będącej częścią dokumentacji postępowania przetargowego. Sposób zaś realizacji umowy potwierdził jedynie pierwotną manipulację cenami jednostkowymi w ten sposób, iż wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” Wykonawca wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty, natomiast pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez Wykonawcę zawyżone.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazać należy w pierwszej kolejności, iż Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej „**uznk**”). Dalej wskazać należy, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II **uznk** ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Oznacz to, iż w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej

zawartej w art. 3 ust. 1 uzk. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12). Przesłankami koniecznymi do uznania danego czynu wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uzk jest wykazanie, iż działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, że działanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby Prezes UZP w sposób prawidłowy ustalił, iż działanie XXXX polegające na manipulacji cenami jednostkowymi stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, które winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dokonywali wyliczenia ceny ofertowej na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty), a Zamawiający na jego podstawie dokonywał porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast, ostateczne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w wykazie „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (Załącznik nr 8 do oferty) za faktycznie zrealizowane usługi. Zatem, ceny jednostkowe wyszczególnione w Załączniku nr 8 stanowiły podstawę skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Wynagrodzenie należne wykonawcy miało zostać naliczone za faktycznie wykonane usługi w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w Załączniku nr 8 do oferty. Przy tak ustalonym sposobie obliczenia wynagrodzenia wykonawcy i sposobu wycenia kosztu realizacji zamówienia Prezes UZP słusznie ustalił, że wykonawca XXXX wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie Wykonawcy jest absurdalnie niska do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek.

Słusznie wskazał Prezes UZP, że manipulowanie cenami jednostkowymi przez wykonawcę XXXX doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkutowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. W ocenie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, iż celem działania Wykonawcy było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i

zgodnie z SIWZ skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Powyższe działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 uznk. Zatem, sytuacja ta obligowała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Argument podnoszony przez Zamawiającego, iż z każdy z wykonawców miał możliwość zastosowanie mechanizmu obniżania i zawyżania cen jednostkowych nie może być uznany za właściwy. Każdy bowiem z wykonawców, decydując się na udział w postępowaniu przetargowym, miał obowiązek rzetelnie wycenić koszty realizacji każdej czynności składającej się na przedmiot zamówienia, nie zaś korzystać ze źle pojętej „inżynierii” wyceny w celu manipulowania ostateczną ceną za realizację zamówienia. Przywołana przez Zamawiającego tzw. „gra rynkowa” nie niczym innym jak manipulacją cenami jednostkowymi, nie zaś prawidłową wyceną kosztów realizacji zlecenia. Zamawiający w omawianej sprawie zupełnie pomija zapisy SIWZ oraz sposób wyceny zastosowany przez XXXX w ofercie. Nie można mówić o grze rynkowej w oderwaniu o zapisów SIWZ, sposobu porównywania cen zawartych w ofertach i formy ostatecznego rozliczenia z Zamawiającym. Podkreślić należy, że możliwość przenoszenia kosztów nie wynika wprost z żadnego zapisu SIWZ, jak również nie sposób ją wyinterpretować z przywołanych przez Zamawiającego zapisów Działu I, rozdział 12 w związku z Działem II, rozdział 1 pkt 6 tiret 1 - 7 SIWZ. W przedmiotowej sprawie Wykonawca wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy jest absurdalnie niska do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek. Pozycje zaś zaniżone zawarte w kosztorysie ofertowym czyniły ofertę wykonawcę najkorzystniejszą cenowo i umożliwiły mu uzyskanie zamówienia. Działanie takie pozbawiało innych wykonawców możliwości otrzymania zamówienia. Wykonawcy ci bowiem w sposób rzetelny wycenili wszystkie usługi wchodzące zarówno w kosztorys ofertowy jak i pozycje nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym. Stanowisko Zamawiającego, iż każdy z wykonawców miał możliwość skalkulowania ceny w sposób dowolny nie może sanować nieprawidłowości w działaniu wykonawcy XXXX. Zakres dowolności określają przepisy prawa, które w przedmiotowym postępowaniu zostały naruszone w sposób opisany powyżej. Dowolność nie może być zaś utożsamiana z bezprawnością.

W kwestii stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegającym na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ sprzecznych informacji oraz żądaniu dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania Izba również przychyliła się do stanowiska Prezesa UZP i uznała zgłoszone zastrzeżenia za niezasadne. Wskazać należy po pierwsze, iż w treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający sam przyznał, że nie zamieścił informacji w Dziale I SIWZ, że dokumenty w pkt 2 dotyczą także podmiotów udostępniających zasoby, które będą realizować zamówienie. Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oprócz warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ma zawierać wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast, treść art. 41 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Z powyższego wynika, że jeżeli zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu informacja o tym powinna być zawarta w treści SIWZ. Natomiast, w myśl z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania wskazując je w ogłoszeniu o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zmówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, mający zastosowanie do wszystkich trybów postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Słusznie uznał Prezes UZP, iż z przepisu tego nie wynika obowiązek zamieszczenia informacji o dokumentach bądź oświadczeniach zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i specyfikacji, czy też zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i zaproszeniu do składania ofert, lecz w jednym z tych dokumentów postępowania, adekwatnie do trybu w jakim jest prowadzone. Natomiast szczegółowe przepisy dotyczące danego trybu wskazują precyzyjnie, w którym dokumencie postępowania obowiązkowo mają znaleźć się informacje odnośnie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, stosowanie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wymaga uwzględnienia art. 41, z którego wynika brak obowiązku zamieszczania w treści ogłoszenia informacji o dokumentach i oświadczeniach. W związku z powyższym Zamawiający powinien był zawrzeć katalog dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w SIWZ.

W konsekwencji słusznie Prezes UZP wskazał, że zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego wykazu oświadczeń lub dokumentów ma charakter

fakultatywny. Jednocześnie, jeśli Zamawiający zdecydował się na zamieszczanie wykazu oświadczeń lub dokumentów również w ogłoszeniu o zamówieniu, to powinien on być tożsamy z wykazem zamieszczonym w SIWZ. W ocenie Izby ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zawierały opisane powyżej sprzeczne informacje, odnośnie dokumentów wymaganych w stosunku do podmiotów trzecich, w przypadku polegania na ich zasobach na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazać należy, iż powyższe działanie Zamawiającego mogło prowadzić do niepożądanego sytuacji, w której wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu podjęli odmienne decyzje co do dalszego w nim udziału, w zależności od tego, czy zapoznali się treścią ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ. Dodać należy, iż prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w ten sposób można uznać za niezapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołane przez Zamawiającego zapisy Załącznika nr 3 do oferty tj. w formularzu „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia” dotyczy wyłącznie konieczności przedłożenia przez podmiot trzeci oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, nie obejmując swoim zakresem dokumentów, które były wymagane od podmiotów trzecich w ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja III.4.2 i Dziale I, rozdział 6, pkt 2.1. Zatem Zamawiający nie określił, jakich dokumentów, z wyjątkiem ww. oświadczenia, wymaga w stosunku do podmiotów trzecich na zasoby, których powołuje się wykonawca.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

