

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 lutego 2017 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 26 stycznia 2017 roku (pismo z dnia 24 stycznia 2017 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

Gminę Stara Kamienica, 58-512 Stara Kamienica nr 41

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKD/KND/1/16 w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. ***Utworzenie i prowadzenie Centrum Informacji Gospodarczej w Starej Kamienicy***

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Stara Kamienica, 58-512 Stara Kamienica nr 41, dalej zwana naprzemiennie „Zamawiającym” lub „Gmina” prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utworzenie i prowadzenie Centrum Informacji Gospodarczej w Starej Kamienicy. Ustalona wartość zamówienia wynosiła 406 504,000 zł co odpowiadało równowartości 96 216,24 euro.

Zgodnie z treścią pkt II.1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz zgodnie z pkt III.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej zwanej „SIWZ”, przedmiotem

zamówienia było utworzenie i prowadzenie Centrum Informacji Gospodarczej, zwanej dalej w skrócie „CIG”, mające na celu:

- pobudzanie aktywności społeczności lokalnych na polu działalności gospodarczej,
- kreowanie świadomości roli przedsiębiorczości w rozwoju Gminy,
- tworzenie warunków i możliwości realizacji przedsięwzięć gospodarczych,
- pomoc przy pozyskiwaniu funduszy z przeznaczeniem ich na rozwój i modernizację lokalnych przedsiębiorstw,
- wspieranie i uzupełnianie działań administracji rządowej i samorządowej w programie skutecznej walki z bezrobociem.

Do zadań CIG – zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu – miało należeć przede wszystkim: pozyskiwanie nowych przedsiębiorców na terenie Gminy Stara Kamienica, opracowanie koncepcji utworzenia na terenie Gminy samorządu gospodarczego, doradztwo istniejącym oraz nowopowstającym na terenie Gminy przedsiębiorstwom, utworzenie i prowadzenie inkubatora przedsiębiorczości zwanego dalej „IP” udostępniającego powierzchnię w szczególności podmiotom deklarującym podjęcie działań innowacyjnych.

W zakresie sposobu skalkulowania ceny oferty Zamawiający wskazał, że cena musi zawierać wszelkie wydatki oraz ryzyko związane z koniecznością zrealizowania przedmiotu zamówienia, wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz koszty usług i czynności nie ujętych, a których wykonanie wg. Wykonawcy jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania założonego efektu końcowego zadania, m.in. takich jak:

- koszty zorganizowania i utrzymania stanowisk pracy,
- koszty prowadzenia biura.”

Ponadto, w ppkt 4 „Opisu sposobu obliczenia ceny oferty” Wykonawca został zobowiązany podać w ofercie:

- **cenę umowną** (zwaną wynagrodzeniem ryczałtowym) i nie podlegającą waloryzacji w okresie trwania umowy za utworzenie i prowadzenie Centrum Informacji Gospodarczej przez okres czterech lat,

- **cenę za sukces**, wyliczonej w oparciu o sposób określony w Formularzu ofertowym, przy uwzględnieniu szacunkowych wartości.

Na potrzeby wyliczenia (ustalenia) ceny za realizację przedmiotu zamówienia (sukces) Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają przyjąć, iż szacowany dochód z tytułu podatków i opłat lokalnych wpłaconych przez nowo pozyskanych przedsiębiorców w wyniku działalności Centrum Informacji Gospodarczej w latach 2015 – 2018 wyniesie 1 mln zł.

Zamawiający podał, że ww. wartość jest wskazana jedynie jako element niezbędny do porównywania ceny oferty. Wartość podatków i opłat lokalnych faktycznie wpłaconych

do budżetu Gminy przez nowopowstałe przedsiębiorstwa może się zdecydowanie różnić od podanej na potrzeby ustalenia ceny w ofercie. Tak ustalona cena stanowiła podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nadto podał, że cena za sukces winna uwzględniać warunki płatności. Natomiast wynagrodzenie za sukces będzie płatne corocznie po złożeniu przez Nowego Przedsiębiorcę pozyskanego w wyniku działalności Centrum Informacji Gospodarczej, deklaracji o wysokości należnego podatku lub opłaty lokalnej przez okres obowiązywania umowy.

Zamawiający w wyniku dokonanej oceny ofert za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Witam Design Sp. z o.o.. Wykonawca ten wskazał w formularzu ofertowym cenę umowną zawierającą „pełny zakres prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia oraz wszelkie wydatki i koszty związane z koniecznością zrealizowania przedmiotu zamówienia” na kwotę 3.321,00 zł brutto oraz cenę za sukces brutto o wartości 492.000,00 zł. Powyższa kwota w formie ryczałtu za wykonanie przedmiotu zamówienia – prowadzenie CIG wynosiło 73,80 zł miesięcznie. Zamawiający uznał, że „cena umowna” zaoferowana przez Wykonawcę Witam Design Sp. z o.o. nie jest rażąco niska wobec faktu, iż ww. wykonawca, mimo zaoferowania ceny 3.321,00 zł za pełny zakres prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia osiągnie także zysk pochodzący ze sprzedaży usług niezwiązanych z przedmiotem zamówienia (e-biuro, ubezpieczenia, prowadzenie stron internetowych), a także z wynagrodzenia z tytułu pozyskania nowych przedsiębiorców.

W związku z zaoferowaniem takiego poziomu ceny Zamawiający wezwał wykonawcę Witam Design Sp. z o.o o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Wykonawca Witam Design Sp. z o.o w udzielonych wyjaśnieniach wskazał iż cyt.” *Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie określił minimalnego czasu pracy Centrum Informacji Gospodarczej początkowo Wykonawca założył, że Biuro CIG prowadzone będzie przez 1 pracownika dwa razy w tygodniu przez 3 godziny. Jednakże tego typu rozwiązanie wydaje się mało efektywne. Dlatego szacując cenę oferty założono, że utworzone przez naszą Spółkę Biuro do obsługi Centrum Informacji Gospodarczej będzie fragmentem szerszego zakresu zadań, które powierzymy zatrudnionemu pracownikowi tj.: prowadzenie usługi E – biura, prowadzenia pośrednictwa ubezpieczeniowego, wpływu z tytułu prowadzenia stron internetowych mikro przedsiębiorcom.”*

Tym samym wykonawca założył, że szacowane przychody z tytułu prowadzenia ww. zadań nie wynikających ze SIWZ będą wynosić 2.300 zł miesięcznie (w tym: 1.500,00 zł prowadzenie e-biura, 500,00 zł sprzedaż ubezpieczeń, 300,00 zł prowadzenie stron internetowych), a za cały okres trwania umowy - 103.500,00 zł. Jak wynika z wyliczeń Wykonawcy, przyjął on, że w skali miesiąca koszt prowadzenia Centrum Informacji Gospodarczej będzie wynosić 3.287,00 zł, a więc w skali realizacji zamówienia będzie to

kwota 147.900,00 zł. Na ww. koszty mają się składać m.in. koszt zatrudnienia pracownika, zakupu materiałów biurowych, mediów, kosztów wykupu domeny, itp. Całkowity koszt funkcjonowania Biura CIG, obejmujący ww. koszty ogólne (3.287 zł miesięcznie), koszt okresowy (w tym mieści się m.in. zatrudnienie dodatkowego pracownika w trakcie nieobecności osoby obsługującej CIG, koszt opracowania strony internetowej, czy remontu to 762,93 zł), usługi obce (w tym koszt prowadzenia różnych szkoleń to 311,11 zł), czy podatki i opłaty (1.833,13 zł).

Odnosząc się do powyższego Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert uznał, że tak zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską.

W związku z powyższym Kontrolujący podał że cena umowna nie została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów ponoszonych na realizację przedmiotowego zamówienia. Co więcej, wyjaśnienia Wykonawcy Witam Design Sp. z o.o. wskazują, że pokrycie kosztów prowadzenia biura i zysk Wykonawcy nie będzie pochodził z zapłaty dokonanej przez Zamawiającego, lecz ze zdarzeń przyszłych i niepewnych (sprzedaży usług niezwiązanych z przedmiotem zamówienia - prowadzenie e-biura, sprzedaży ubezpieczeń, prowadzenie stron internetowych, oraz z wynagrodzenia z tytułu pozyskania nowych przedsiębiorców, tj. ceny za sukces - przyjętej do celów porównawczych ofert zgodnie z pkt XXVI SIWZ). Mając na uwadze powyższe stwierdził, że należy uznać iż złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę Witam Design Sp. z o.o. w ramach rażąco niskiej ceny nie uzasadniają skalkulowania ceny na tak niskim poziomie, a zatem należy stwierdzić, że ww. wykonawca nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie była ceną rażąco niską.

Kontrolujący stwierdził także, iż Zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną przez wykonawcę Witam Design Sp. z o.o. ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nadto powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, stwierdzono, że działanie ww. wykonawcy należałoby uznać za działanie nakierowane na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W kolejnym zarzucie Kontrolującego do przeprowadzonego postępowania mającym odzwierciedlenie w zastrzeżeniach Zamawiającego jest zarzut niewłaściwego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia. Kontrolujący wskazał, że przedmiotowy opis został dokonany za pomocą celów i zadań, nakreślonych ogólnie, które mają być przez wykonawcę zrealizowane w związku z utworzeniem i prowadzeniem Centrum Informacji Gospodarczej. Równocześnie Zamawiający nie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia istotnych wymagań ramowych dotyczących sposobu prowadzenia biura lub sposobu zorganizowania i utrzymania stanowiska pracy, pozostawiając to uznaniu Wykonawców. W szczególności opis

przedmiotu zamówienia nie zawiera informacji na temat minimalnego wymiaru czasu pracy CIG. Potwierdza to pismo wykonawcy Witam Design Sp. z o.o. z dnia 19 marca 2015 r. zawierające wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że Zamawiający nie określił w SIWZ minimalnego czasu pracy CIG, w związku z czym Wykonawca założył, iż Biuro CIG będzie prowadzone przez 1 pracownika dwa razy w tygodniu przez 3 godziny. Z kolei inny Wykonawca - Firma Usługowo Bosmed Elżbieta Tarnowska - powołał się „na dostosowanie godzin pracy CIG do potrzeb”, przyjmując 40 - godzinny czas pracy miesięcznie. Zwrócił także uwagę, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Witam Design Sp. z o.o. wskazują także, iż Zamawiający nie zastrzegł czy w ramach CIG wykonawca może prowadzić poboczną dodatkową działalność, nie wynikającą z zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu, powierzonego do realizacji w drodze przedmiotowej umowy.

Wymagania, które nie zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia miały zasadnicze znaczenie dla określenia przez wykonawców kosztów związanych z realizacją zamówienia, a tym samym na obliczenie ceny oferty w sposób wyczerpujący i porównywalny. Wobec powyższego stwierdzono, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób niewyczerpujący i nie uwzględniał wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. A zatem, uznano, że opis przedmiotu zamówienia został sformułowany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, stwierdzono, że niewyczerpujący i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia stanowił wadę postępowania, która mieści się w katalogu okoliczności, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Stwierdzono zatem, że brak porównywalności ofert powinien skutkować unieważnieniem przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zaniechanie unieważnienia postępowania stanowiło więc naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też zdaniem Kontrolującego postępowanie winno zostać unieważnione.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza, nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP uznając podniesione w zastrzeżeniach stwierdzenia za zasadne.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach podniósł że zgodnie z art. 90 ust.1 ustawy Pzp jeżeli Zamawiającemu wydaje się, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie. Zamawiający w celu sprawdzenia czy złożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny dokonał wyliczenia średniej arytmetycznej sumy ceny umownej i ceny za sukces wszystkich złożonych ofert wskazując, że wyszacował wartość zamówienia na kwotę: 406 504,00 zł netto, a po dodaniu podatku od towarów i usług (VAT) wynosi ona 499 999,92 zł.

Oferta uznana przez Kontrolującego jako rażąco niską opiewa na kwotę 495 321,00 zł. Z powyższego zestawienia wg. Zamawiającego jednoznacznie wynika, że oferta Witam Design Sp. z o.o. nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia oraz, że oferta nie jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Złożona oferta nie budziła również wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tę cenę.

Podkreślił, że istotą zamówionej usługi jest pozyskiwanie podmiotów gospodarczych mogących przysporzyć dodatkowe dochody do budżetu z tytułu wpłacanych przez nie podatków, a nie siedzenie „za biurkiem” bez efektów. Stąd też w opisie przedmiotu zamówienia pozostawiono swobodę wykonawcom, określając jednoznacznie co ma być efektem udzielonej usługi. Zamawiający podał, że wezwał wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, a w świetle uzyskanych wyjaśnień miał pełne prawo uznać, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Podsumowując zgłoszone zastrzeżenia do wyniku kontroli w tym zakresie podniósł, że wnosi zastrzeżenia co do zasadności interpretacji przez Kontrolującego kwot zawartych w formularzu ofertowym. Wątpliwości budzi uzasadnienie nieprawidłowości dotyczącej rażąco niskiej ceny przy analizowaniu tylko jednego elementu ogólnej ceny oferty tj. ceny umownej. Pomimo stosunkowo niskiej ceny umownej w ofercie Wykonawcy Witam Design Sp. z o.o., to jednak druga cena dotycząca zysku, profitu w wysokości 49,2 % od pozyskanych w wyniku jego działalności wpływów do budżetu była najwyższą wśród wszystkich ofert. Zrozumiałym jest, że Zamawiającemu zależało na pozyskaniu Wykonawców, którzy zaproponowali jak najniższą cenę umowną, a jak najwyższą cenę za sukces. Znalazło to odzwierciedlenie w procentowym znaczeniu kryterium ofert.

Odnosząc się do tej kwestii Kontrolujący podniósł, że stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w SIWZ, wskazując na postanowienia pkt XXVI opis sposobu obliczenia ceny, gdzie ustalono, że:

„1. Umowna Cena podana w ofercie (łącznie z podatkiem od towarów i usług VAT) musi być wyrażona w PLN, z wyjątkiem wykonawcy zagranicznego, który umowną cenę podaje bez podatku od towarów i usług (VAT).

1. Cena musi obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia i być skalkulowana w oparciu o załączoną Dokumentację, oznaczoną w SIWZ jako Część III. Opis przedmiotu zamówienia.

2. Cena musi zawierać wszelkie wydatki oraz ryzyko związane z koniecznością zrealizowania przedmiotu zamówienia, wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz koszty usług i czynności nie ujętych, a których wykonanie wg Wykonawcy, jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania założonego efektu końcowego zadania, m.in. takich jak:

- koszty zorganizowania i utrzymania stanowisk pracy,
- koszty prowadzenia biura."

Także zwrócił uwagę na postanowienie § 10 umowy z dnia 30 marca 2015 roku, gdzie ustalono, że :

„1. Strony ustalają wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy, zgodnie z pkt 3 ppkt 1) Oferty Wykonawcy, na kwotę w wysokości 3.321,00 zł (słownie: trzy tysiące dwadzieścia jeden 00/100 złotych), w której zawarty jest podatek od towarów i usług, wg stawki obowiązującej w dniu upływu terminu składania ofert. Wynagrodzenie będzie płatne w równych miesięcznych stawkach tj. 73,80 zł (...). Powyższe wynagrodzenie wynikające z za wykonanie przedmiotu Umowy ma charakter ryczałtowy."

Biorąc to pod uwagę Kontrolujący stwierdził, że zapisy SIWZ formularza oferty, a także umowy zapisy były jasne i nie powinny budzić żadnych wątpliwości co do tego, że tylko cena umowna stanowi cenę ofertową, podlegającą procedurze wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 i następne ustawy Pzp. Sposób w jaki Zamawiający sformułował cytowane postanowienia SIWZ nie pozwala zgodzić się z Zamawiającym, że cena oferty powinna być brana pod uwagę jako suma ceny umownej i ceny za sukces, przyjętej w określonej wartości jedynie w celach porównawczych umożliwiających rzetelną ocenę przyjętego kryterium oceny ofert. Jednocześnie zauważył, że na podstawie danych przyjętych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny za sukces, wykonawcy, zgodnie z pkt 2 formularza ofertowego, musieli określić wartość wyrażoną w procentach, zgodnie z którą miało być wyliczone wynagrodzenie prowizyjne uzależnione od wpływu do budżetu Gminy podatków i opłat lokalnych wpłacanych przez nowych przedsiębiorców otwierających działalność na terenie Gminy w wyniku realizacji przedmiotowej umowy. Wskazane wynagrodzenie prowizyjne stanowiło więc, zdaniem Kontrolującego hipotetyczny dochód, uzależniony od deklaracji podatkowych składanych przez nowych przedsiębiorców. Równocześnie, w pkt XXVI SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny”) Zamawiający, wyraźnie zaznaczył, że cena musi obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia, co

odpowiada pojęciu ceny umownej, określonego w ppkt 4 SIWZ, będącym wynagrodzeniem ryczałtowym za utworzenie i prowadzenie CIG przez okres trwania umowy.

Izba odnosząc się do treści podniesionych zastrzeżeń w zakresie rażąco niskiej ceny, a także stanowisko Prezesa UZP wskazuje, że przepis art. 90 Pzp odnosi się do ceny oferty jako całości niezależnie od jej elementów składowych. Tutaj mamy do czynienia z kosztami za organizację i prowadzenie biura oraz kosztami pozyskania nowych przedsiębiorców. Te elementy nie powinny być rozdzielane. To wykonawca kalkulując cenę za wykonanie zamówienia ustala źródła i sposób pokrycia kosztów związanych z jego realizacją. W tym zakresie istnieje ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, w których wskazano (Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05), iż „oceniając tylko ten element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,... Choćby nawet sama część oferty mogła by być oceniona jako rażąco niska, to żadną miarą nie czyniła ceny całej oferty za rażąco niską”. Podobnie w wyroku z dnia 24 marca 2005 r. sygn. akt II Ca 425/04 Sąd Okręgowy w Lublinie uznał również, że „ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.

Kontrolujący swoje stanowisko co do rażąco niskiej ceny oferty oparł w zasadzie na założeniu, że wykonawca powinien pokryć wszystkie koszty wykonania zamówienia tj. koszty organizacji i prowadzenia Centrum Informacji Gospodarczej tylko z ceny (ryczałtowej) umownej. Przyjął również założenie, że cena za sukces winna być przyjęta w kalkulacji tylko dla celów porównawczych, gdyż stanowi tylko hipotetyczny dochód.

Zdaniem Izby brak jest podstaw do przyjęcia takiego podejścia do kalkulacji ceny przez Kontrolującego za prawidłowy. Wykonawca kalkulując cenę oferty bierze pod uwagę, z jednej strony, koszty niezbędne do wykonania zamówienia, ale z drugiej strony, winien także uwzględnić przychód związany z wykonywaniem zamówienia. Ponadto taki sposób kalkulacji ceny wywodzi się z istoty i celu przedmiotowego zamówienia. Otóż Zamawiający – Gmina, nie zamierzała powołać Centrum Informacji Gospodarczej tylko po to, aby służyć pomocą przedsiębiorcom, ale przede wszystkim po to, aby skutkiem tej pomocy było otwieranie bądź lokowanie się na terenie Gminy przedsiębiorców, którzy z tego tytułu będą uiszczali do Gminy podatek od nieruchomości, czy inne opłaty lokalne.

Wykonawca Witam Design Sp. z o.o skalkulował ofertę wg. tych zasad i uczynił to prawidłowo, gdyż wg. danych z dokumentacji kontroli, wykonawca ten w 2016 roku wystawił dla Zamawiającego 8 faktur związanych z rozpoczęciem przez 15 firm, działalności gospodarczej na terenie Gminy – Zamawiającego. Skutkowało to pozyskaniem do budżetu

Gminy środków w wysokości 201 340,41 zł, z czego uzysk - przychód wykonawcy Witam Design Sp. z o.o wyniósł 98 709,36 zł. Powyższe niewątpliwe ustalenia, zdaniem Izby, po pierwsze nie zostało wzięte pod uwagę przez Kontrolującego, a nadto powyższe rozliczenie czyni nieaktualnym stanowisko Kontrolującego, iż kwota wskazana w cenie za sukces stanowi tylko hipotetyczny dochód. W tej sytuacji zasadne jest przywołanie stanowiska Zamawiającego podanego w zastrzeżeniach, że *„Oferta, która została złożona przez Wykonawcę Witam Design Sp. z o.o. zaproponowała najniższą cenę umowną w wysokości 3 321,00 zł. Z punktu widzenia Zamawiającego, jest ona najkorzystniejsza dla budżetu Gminy, ponieważ stały wydatek niezależny od efektów wykonywanej pracy jest tylko w kwocie 3 321,00 zł, przy propozycjach innych Wykonawców wynoszących: 158 854,40 zł, 306 000,00 zł oraz 460 000,00 zł”*.

Odnosząc się do cen ofertowych wykonawców stwierdzić należy iż tylko wykonawca Witam Design Sp. z o.o przyjął koncepcję, iż skuteczne starania o pozyskanie nowych przedsiębiorców będzie skutkowało także korzyścią finansową dla jego firmy. Pozostali wykonawcy przyjęli zdecydowanie odmienną optykę wyceniając bardzo wysoko koszty realizacji zamówienia (cenę umowną) i nisko planowany uzysk (cenę za sukces). Przykładowo wykonawca WNP sp. z o.o. ustalił koszt funkcjonowania biura na kwotę 460 tys. złotych, a cenę za sukces (uzysk) tylko na poziomie 61 500,00 zł. Podobnie Firma Usługowo-Handlowa Bosmed ustaliła cenę za sukces na poziomie 36 900, 00 zł. Czyli wykonawcy Ci zamierzali zagwarantować sobie przychód (jak twierdzi Zamawiający) *„tylko za siedzenie za biurkiem bez efektów”*.

Zdaniem Izby przyjęcie oferty któregoś z wykonawców, który ustalił koszt organizacji i prowadzenia biura na kwotę kilkakrotnie wyższą niż procentowy uzysk w przychodzie Gminy z tytułu otwarcia nowych firm na terenie Zamawiającego, mógłby doprowadzić do nieuzasadnionego wydatkowania środków publicznych, ponieważ przychód dla Zamawiającego z tytułu rozwoju przedsiębiorczości byłby zdecydowanie niższy niż koszty poniesione na utworzenie i prowadzenie CIŁ.

Stanowisko Izby wyrażone w przedmiotowej Uchwale znajduje odzwierciedlenie w szeregu wyrokach KIO. Jako przykład można wskazać na wyrok KIO z 30 lipca 2010 roku sygn. akt KIO 1483/10, gdzie Izba w sytuacji, kiedy wykonawca zaoferował bardzo niską cenę(kilkaset razy niższą niż kwota oszacowania) za koszt obsługi bankowej, bo ten wykonawca założył pokrycie kosztów realizacji zamówienia z przychodów *w zakresie odbioru i przeliczania gotówki oraz realizacji obrotu poprzez terminale kartami płatniczymi*. W tym zakresie Izba orzekła, iż dla oceny czy w postępowaniu została złożona oferta z rażąco niską ceną, to *„ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych Przy ocenie kwestii*

rażąco niskiej ceny należy odwołać się do celu, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy Pzp regulacji dotyczącej ofert zawierających taką cenę. Celem tym było wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy chcąc uzyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. Przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mają więc stanowić narzędzie ochrony zamawiających przed zawieraniem umów obciążonych dużym ryzykiem niewykonania.”

W tym przypadku, zdaniem Izby, oceny oferty wykonawcy Witam Design Sp. z o.o. pod kątem rażąco niskiej ceny, należało dokonywać z uwzględnieniem specyfiki tego typu zamówienia. Sposób dokonanej kalkulacji ceny w powiązaniu z zakładanym przychodem wykonawcy Witam Design Sp. z o.o. z tytułu pozyskania nowych przedsiębiorców, zdaniem Izby, wskazuje na prawidłowość założeń kalkulacji oraz sposobu pokrycia kosztów wykonania zamówienia. Nadto Izba stwierdza, że skalkulowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem przychodu związanego z prowizją od wpłat podatku na rzecz Gminy od nowych przedsiębiorców – nie może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż dla jego zaistnienia konieczne jest wykazanie, że doszło do niego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu, np. złożenia konkurencyjnej oferty.

Na brak podstaw do uznania rażąco niskiej ceny wykonawcy Witam Design Sp. z o.o. wskazuje także zestawienie dwóch kwot – tj. kwoty która wykonawca wskazał jako koszt prowadzenia biura (również dla CIG) za okres 45 miesięcy tj 147 900,00 zł (3 287,00 zł miesięcznie na wszystkie rodzaje działalności prowadzone w biurze) z uzyskaną kwotą przychodu od Gminy w ramach ceny za sukces, która wyniosła za okres około półtora roku kwotę 98 709,36 zł co stanowi już pokrycie 2/3 wyliczonego przez Kontrolującego kosztu funkcjonowania CIG przez okres 45 miesięcy.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zdaniem Kontrolującego Zamawiający nie sprecyzował sposobu prowadzenia biura CIG oraz sposobu zorganizowania i utrzymania stanowiska pracy, pozostawiając to wyłącznie uznaniu Wykonawców. Brak ustaleń w tym zakresie spowodowało sytuację, że jeden z wykonawców jak np. Witam Design Sp. z o.o. założył, że Biuro CIG będzie prowadzone przez pracownika wykonującego także szereg innych zadań, a dla potrzeb CIG będzie przeznaczzał tylko dwa razy w tygodniu po 3 godziny. Natomiast inny wykonawca dla prowadzenia Biura przekazuje jednego pracownika zatrudnionego w pełnym etacie, czyli pracującego po 40 godz. tygodniowo. Ponadto zakwestionowano brak ustalenia, czy osoba dokonująca obsługę CIG może w tym biurze wykonywać inne jeszcze czynności, związane z inną działalnością. Ten brak szczegółowych uregulowań spowodował według Kontrolującego wadę postępowania wynikająca z braku możliwości porównywalności

ofert, a to winno było skutkować unieważnieniem postępowania w oparciu o przepis art 93 ust.1 pkt 7 Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał, iż przedmiot zamówienia ma charakter nietypowy i nie jest powszechnie stosowany, dlatego Zamawiający nie mógł posługiwać się żadnymi wzorcami. Stworzenie instytucji wspierającej Gminę w tworzeniu narzędzi w aktywizacji gospodarczej lokalnej społeczności oraz pozyskaniu potencjalnych inwestorów na jej terenie, jest rzadko a wręcz niewystępującą usługą na rynku zamówień. Dlatego zanim Zamawiający sformułował ostatecznie opis przedmiotu zamówienia, poczynił jego szczegółową analizę i uznał, że sposób w jaki tego dokonał daje największe możliwości i swobodę w pozyskiwaniu środków do budżetu z tytułu podatków wpłacanych przez potencjalnych nowych inwestorów. Ta swoboda znalazła odbicie w braku zapisów w kryteriach.

Izba odnosząc się do powyższego wskazuje, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia tak, aby jak najpełniej odzwierciedlał jego potrzeby w zakresie uzyskania zakładanego rezultatu związanego z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać odnosząc jego treść do wymagań przepisu art 29 Pzp, na moment jego sporządzania, a nie poprzez odnoszenie opisu do działań wykonawców zaistniałych w postępowaniu. Kontrolujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia odnosząc go do skutków treści złożonych ofert, a nie do wskazania naruszeń prawa w tym zakresie. Zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia przez pryzmat oczekiwanego rezultatu, pozostawiając wykonawcom duży zakres swobody w formułowaniu treści ofert. Zdaniem Izby brak jest podstaw do kwestionowania tak dokonanego opisu w sytuacji kiedy Zamawiający pozostawił wykonawcom do ich wyboru taki sposób organizacji i prowadzenia CIG, aby odzwierciedlał oczekiwania Zamawiającego ,a równocześnie pozwalał wykonawcom na kreatywność przy formułowaniu sposobu realizacji zamówienia. Nadto opis ten został powiązany z oczekiwaniem Zamawiającego co do uzysku finansowego z rozwoju przedsiębiorczości na terenie Gminy, a ten z kolei został powiązany z konkretnym przychodem dla wykonawcy.

Brak wskazania, że wykonawca winien w zorganizowanym Biurze CIG prowadzić tylko działalność z tym związaną, trudno uznać za wadę w opisie przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego nie było istotnym ile osób będzie pracowało przy prowadzeniu Biura, a istotnym była ilość uruchomionych, czy pozyskanych do działalności na terenie Gminy nowych przedsiębiorców. Nadto Zamawiający zasadnie przyjął, że wykonawca z którym zostanie zawarta umowa winien uzyskiwać przede wszystkim przychody z tytułu udziału w uiszczanych przez tych przedsiębiorców podatkach do Gminy, a nie z opłat stałych otrzymywanych od Zamawiającego.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....