

KND/30/14/DKD

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający:	Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej Pl. M. Curie-Skłodowskiej 5 20 - 031 Lublin
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	Zadanie nr 1 pn.: „Przeгляд i konserwacja podręcznego sprzętu gaśniczego. Naprawa podręcznego sprzętu gaśniczego. Utylizacja zużytego podręcznego sprzętu gaśniczego” postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Usługi w zakresie konserwacji, przeglądów, napraw podręcznego sprzętu gaśniczego oraz instalacji pożarowych systemów alarmowych i transmisji w obiektach UMCS”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	296.113,81 zł (70.087,77 euro), w tym wartość Zadania nr 1: 35.447,15 zł (8390,06 euro)
Data wszczęcia postępowania:	14 stycznia 2014 r.

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. Zamawiający wszczął w dniu 14 stycznia 2014 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi w zakresie konserwacji, przeglądów, napraw podręcznego sprzętu gaśniczego oraz instalacji pożarowych systemów alarmowych i transmisji w obiektach UMCS”. Powyższe zamówienie składało się z trzech części (Zadań), w tym z Zadania nr 1 pn.: „Przeгляд i konserwacja podręcznego sprzętu gaśniczego. Naprawa podręcznego sprzętu gaśniczego. Utylizacja zużytego podręcznego sprzętu gaśniczego”.

W sekcji IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał najniższą cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. W pkt. 14.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ) dokonał on rozwinięcia wybranego kryterium (cena – waga 100%), poprzez jego podział na podkryteria, gdzie dla Zadania nr 1 przedmiotowego postępowania przyporządkował następujące wagi:

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

Ocena kryterium była dokonywana na podstawie formularza ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), zawierającego cenę oferty oraz formularza cenowego, odpowiednio do zadania (stanowiącego odpowiednio załącznik 8.1, 8.2 lub 8.3 do SIWZ), zawierającego ceny jednostkowe. Przy dokonywaniu oceny komisja przetargowa posłużyła się następującym wzorem: $C = (C_n/C_o) \times 100 \times \text{waga}$, gdzie C oznaczało przyznane punkty, C_n najniższą ofertową cenę brutto, spośród wszystkich ważnych ofert, natomiast C_o cenę brutto ocenianej oferty. Z kolei całkowita ilość punktów dla poszczególnych zadań stanowi sumę ilości punktów przyznanych za każde z ocenianych kryteriów, wg wzoru $C = \sum C_i$, gdzie i oznaczało ilość ocenianych kryteriów.

Wykonawca,
(dalej jako), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym Zadaniu nr 1, wskazał w Tabeli nr 3 formularza asortymentowo-cenowego (załącznik nr 8.1 do SIWZ) – stawka roboczogodziny, cenę jednostkową w wysokości 0,50 zł brutto, przy czym ceny wskazane przez pozostałych dwóch Wykonawców w Tabeli nr 3 wynosiły 9,84 zł brutto oraz 12,50 zł brutto:

Nr oferty	Wykonawca	Cena a)	Cena b)	Stawka c)
1	30 390,15 zł	526,44 zł	9,84 zł
2	27 453,60 zł	319, 80 zł	12,50 zł
3	22 836,29 zł	498,16 zł	0,50 zł

gdzie:

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

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047, 1473), zwanej dalej „ustawą Pzp” zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp zamawiający powinien zawrzeć w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Jednocześnie należy wskazać, iż zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie Pzp ma na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. Celowi temu ma służyć dobór przez zamawiającego odpowiednich kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium oceny ofert zostało określone nieprawidłowo. Podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano wagi:

- 50 % za zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz utylizację sprzętu;
- 25 % za zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego;
- 25 % za zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów;

nie gwarantował wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło bowiem doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę.

Zgodzić się należy z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako Izba) wyrażonym w wyroku z dnia 26 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1958/11), iż jeżeli w danym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena to przypisywanie różnej wagi wyodrębnionym podkryteriom cenowym w ramach tego samego kryterium celem ustalenia liczby punktów nie zawsze pozwala dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W powyższym wyroku Izba wskazała, iż *„za niedopuszczalne należy uznać przypisanie przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert różnego znaczenia dla poszczególnych składników ceny w wyliczeniu ostatecznej punktacji w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest de facto cena. (...) Niedopuszczalne jest odmienne (nieproporcjonalne) traktowanie podkryteriów cenowych wyodrębnionych w ramach jednego kryterium cenowego. Wszakże udział każdego ze składników ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy jest równoważny, gdyż w sposób jednakowy wpływa na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia. Powyższe powoduje, iż wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane zasady i proporcje arytmetyczne jest niemożliwy, bez naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy”*.

Ponadto, w wyroku Izby z dnia 19 lutego 2014 r. (sygn. akt: 216/14) wskazano, iż *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 ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz*

jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne.

Przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę. Zatem opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym Zadaniu nr 1, wskazał w Tabeli nr 3 formularza asortymentowo-cenowego (załącznik nr 8.1 do SIWZ) – stawka roboczogodziny, cenę jednostkową w wysokości 0,50 zł brutto, przy czym ceny wskazane przez pozostałych dwóch Wykonawców w Tabeli nr 3 wynosiły 9,84 zł brutto oraz 12,50 zł brutto:

Nr oferty	Wykonawca	Cena a)	Cena b)	Stawka c)
1	30 390,15 zł	526,44 zł	9,84 zł
2	27 453,60 zł	319, 80 zł	12,50 zł
3	22 836,29 zł	498,16 zł	0,50 zł

gdzie:

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

W dniu 28 stycznia 2014 r. Wykonawca
..... (dalej jako), w nawiązaniu do otrzymanego
zbiorczego zestawienia ofert przetargu dla Zadania nr 1, zwrócił się z prośbą
do Zamawiającego o wyjaśnienie kwestii zaproponowanej przez Wykonawcę
stawki roboczogodziny w wysokości 0,50 zł brutto, która w ocenie Wykonawcy
byłaby ceną rażąco niską. Wykonawca wskazał również, iż obowiązujące
od początku 2014 r. najniższe miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 1680 zł
brutto, co przy średniej ilości 176 godzin pracy w miesiącu daje kwotę 1 roboczogodziny
w wysokości 9,55 zł. Ponadto, w ocenie Wykonawcy do kwoty roboczogodziny
należy doliczyć narzuty na wynagrodzenia oraz zgodnie z zapisami SIWZ (załącznik nr 8.1
do SIWZ, tabela nr 3) uwzględnić wszystkie składniki cenotwórcze za naprawy wykraczające
poza zakres bieżących przeglądów, konserwacji i remontów.

W dniu 30 stycznia 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy
z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp
(Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473), Wykonawcę do złożenia wyjaśnień
dotyczących treści złożonej oferty, w związku z powyższym zawiadomieniem Wykonawcy
..... Zamawiający wskazał, iż pismo Wykonawcy z dnia 28 stycznia
2014 r. zawierało wniosek „o sprawdzenie konkurencyjnej ceny i weryfikację
zaproponowanej ceny”. Niniejsze wezwanie, zawierało również parafrazę treści ww. pisma
z dnia 28 stycznia 2014 r. („przedstawiona stawka roboczogodziny wyceniona na 0,50 zł
to stawka rażąco niska, niezgodna z polskim prawodawstwem w tym zakresie
oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, co jest sprzeczne z zapisami ustawy
o zamówieniach publicznych...”). Zamawiający zobowiązał Wykonawcę
do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 4 lutego 2014 r. do godz. 12:00.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca w piśmie z dnia
31 stycznia 2014 r. (wpłynęło do Zamawiającego w dniu 3 lutego 2014 r.) poinformował,
iż stawka roboczogodziny jest wartością tylko i wyłącznie uzupełniającą i nie stanowi
naruszenia przepisów prawa, a koszty podane w ofercie zawierają podstawowe ceny
przebiegów, konserwacji oraz remontów, zaś kwota roboczogodziny została ujęta zgodnie
z SIWZ, gdzie wskazano - „stawka roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników
cenotwórczych za naprawy wykraczające poza zakres bieżących przeglądów, konserwacji
oraz remontów”.

Należy zauważyć, iż r.pr. Zamawiającego umieścił adnotację na odwrocie ww. pisma, w której stwierdził, iż „przedstawione wyjaśnienia pozwalają uznać, że oferta jest rzetelna i nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

Wykonawca w nawiązaniu do otrzymanej informacji ws. wyboru najkorzystniejszej oferty, pismem z dnia 6 lutego 2014 r. ponownie wystąpił do Zamawiającego o analizę oferty wybranego Wykonawcy, z uwzględnieniem pisma z dnia 28 stycznia 2014 r. Wykonawca powtórnie stwierdził, iż akceptacja stawki roboczogodziny w wysokości 0,50 zł brutto stanowi ewidentne naruszenie przepisów ustawy Pzp, zwłaszcza art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 2. Wykonawca dodał, że przedstawiona stawka jest nierzeczywista, niezgodna z obowiązującymi przepisami dotyczącymi płacy minimalnej i jest „kruczkiem” niezgodnym z uczciwą konkurencją. Ponadto, biorąc pod uwagę 3 podkryteria w ramach ceny, Zamawiający w ostatecznym rozrachunku zdaniem Wykonawcy będzie musiał przeznaczyć większą kwotę na realizację przewidzianych usług.

Pismem z dnia 17 lutego 2014 r. Zamawiający w nawiązaniu do pism Wykonawcy z dnia 28 stycznia 2014 r. oraz z dnia 6 lutego 2014 r. poinformował, że dokonał wezwania Wykonawcy odnośnie weryfikacji zaproponowanej stawki roboczogodziny, jednakże komisja przetargowa uznała przekazane pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. wyjaśnienia za „wystarczające i pozwalające na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty tegoż Wykonawcy”. Zamawiający wskazał także, iż zgodnie z zapisami SIWZ stawka roboczogodziny (załącznik nr 8.1 do SIWZ, tabela nr 3) ma uwzględniać wszystkie składniki cenotwórcze za naprawy wykraczające poza zakres bieżących przeglądów, konserwacji i remontów. Wycenę zakresu bieżących przeglądów, konserwacji i remontów określają dwie pozostałe składowe ceny oferty. Ponadto, jak zauważa Zamawiający, stawka roboczogodziny jest jedną z trzech składowych ceny oferty i nie można jej odnieść do przeliczeń płacy minimalnej. Z kolei podstawowymi składowymi ceny oferty wg Zamawiającego to: cena bieżącej konserwacji i utylizacji sprzętu oraz cena za remonty sprzętu gaśniczego, a dopiero dla czynności wykraczających poza dwie pierwsze wymienione składowe, będzie stosowana zaoferowana stawka roboczogodziny. W ocenie Zamawiającego cenę oferty Wykonawcy w żadnym wypadku nie można uznać jako rażąco niskiej, a zaproponowana stawka za roboczogodzinę nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie, Zamawiający w powyższym piśmie, na poparcie przedstawionego przez siebie stanowiska, odwołał się do orzecnictwa Izby, sądów powszechnych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości:

- wyroku Izby z dnia 5 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1137/08), w którym uznano, że dla oceny, czy dana cena jest rażąco niska, należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfiki rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie;
- wyroku Izby z dnia 24 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 333/08), gdzie wskazano, że to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji;
- wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r. (sygn. akt: X Ga 652/13) stanowiącym, że niedopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z inicjatywy wykonawców;
- wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07), w którym orzeczono, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.
- wyroku ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 – Fratelli Constanzo, stanowiącym o niedopuszczalności automatycznego przyjmowania, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską;
- wyroku Izby z dnia 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1665/11), w myśl którego, w sytuacji kiedy wykonawca jest w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od zamawiającego i wykonuje zgodnie z zawartą umową usługę, nie można mówić o rażąco niskiej cenie;
- wyroku Izby z dnia 27 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2181/13), który stwierdza, iż brak jest podstawy do nałożenia na zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną. Ponadto, w świetle obowiązujących przepisów, obowiązek taki nie zachodzi każdorazowo w przypadku z góry określonej relacji arytmetycznej między ceną oferty a wartością zamówienia, czy cenami innych ofert,

ale uwarunkowany jest wystąpieniem – w konkretnych okolicznościach – podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, iż o rażąco niskiej cenie oferty nie decyduje cena poszczególnych czynności, albowiem przedmiotem przetargu jest kompleksowa usługa, a nie wykonywanie osobnych czynności w oderwaniu od całości zamówienia. Według niego, cenę odnosi się do całości przedmiotu zamówienia, a nie do poszczególnych jego składowych, a punktem odniesienia jest wartość ceny oferty, nie zaś ceny jednostkowe, które prowadzą do powstania ostatecznej ceny oferty. Zamawiający na koniec ponownie podkreślił, iż nie znalazł podstaw do innej oceny stanu faktycznego ani prawnego, niż przedstawiony w powyższym piśmie.

Dnia 24 lutego 2014 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Wykonawcy z dnia 20 lutego 2014 r., będące odpowiedzią na pismo Zamawiającego z dnia 17 lutego 2014 r. Wykonawca wskazał, iż nie zarzucał rażąco niskiej ceny w stosunku do ceny całej oferty, a jedynie do stawki roboczogodziny w wysokości 0,50 zł brutto, która to w ocenie Wykonawcy była „stawką wydumaną dla potrzeb wygrania przetargu”, i której przypisano wagę 25% kryterium oceny oferty. W ocenie Wykonawcy, akceptacja wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Wykonawcę oferty, mogłaby doprowadzić do sytuacji, w której stawka roboczogodziny w wysokości 0,01 zł byłaby stawką do przyjęcia. Po raz kolejny podkreślił również, że stawka roboczogodziny zaproponowana przez Wykonawcę jest nierzetelna, a ocena złożonych w postępowaniu ofert nieobiektywna. Ponadto, Wykonawca stwierdził w powyższym piśmie, iż Zamawiający od 4 lat akceptuje stawkę roboczogodziny w wysokości 0,50 zł.

W tym miejscu należy wskazać, iż w Załączniku nr 1.1 do SIWZ, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 1, Zamawiający umieścił zapis, iż naprawy podręcznego sprzętu gaśniczego wynikające ze stwierdzonych podczas przeglądów usterek (potwierdzonych odpowiednimi zapisami w protokole) oraz zgłoszeń Zamawiającego, będą wykonywane na podstawie odrębnych zleceń. Rozliczenie napraw następuje na podstawie kalkulacji obejmującej stawkę roboczogodziny określone w przyjętej ofercie oraz cen producenta na wymieniane podzespoły. Na prośbę Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek określić koszt naprawy sprzętu wskazanego do naprawy w protokole przeglądu i konserwacji. Tym samym, oznacza to, że ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy miało charakter kosztorysowy i miało zostać ustalone na podstawie stawki za roboczogodzinę wyszczególnioną w formularzu ofertowym oraz ilości rzeczywiście zrealizowanych roboczogodzin. Zatem w przedmiotowym postępowaniu nie dało się w ogóle wyliczyć na podstawie złożonych ofert, żadnej ceny całkowitej za realizację umowy.

Powyższa okoliczność decyduje zatem o konieczności badania ceny jednostkowej, jaką jest stawka za roboczogodzinę pod kątem rażąco niskiej ceny. (tak też Izba w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1638/13). Ponadto, warto również przytoczyć wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 733/13), w którym stwierdzono, że zamawiający jest uprawniony do badania cen za poszczególne usługi pod kątem rażąco niskiej ceny, chociaż nie stanowią one ceny globalnej za przedmiot zamówienia (gdy takiej ceny nie można określić w przedmiotowym postępowaniu). Natomiast, w wyroku Izby z dnia 22 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 810/13) uznano, iż zamawiającemu wolno jest badać pod kątem ceny rażąco niskiej elementy kalkulacyjne oferty, o ile ich zniżenie może przekładać się na rażące zniżenie ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. W orzecznictwie Izby podnosi się, że rażąco niska cena jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (...) etc. (wyrok Izby z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1100/14). Podobnie w wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1121/14 Izba orzekła, iż za rażąco niską cenę należy uznać cenę niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Ponadto, w wyroku Izby z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt: KIO 798/14) stwierdzono, iż ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii, musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane

rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena przez Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

W przedmiotowej sprawie, należy uznać, iż wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę z dnia 30 stycznia 2014 r. było de facto nie wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje przede wszystkim faktyczna treść ww. wezwania. Ponadto, świadczy o tym również treść odpowiedzi Wykonawcy z dnia 31 stycznia 2014 r., ww. adnotacja radcy prawnego, działającego na rzecz Zamawiającego, który dokonał analizy powyższej odpowiedzi Wykonawcy pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, a także informacja Zamawiającego z dnia 17 lutego 2014 r., gdzie w szerokim zakresie odniósł się on do kwestii rażąco niskiej ceny.

Warto również zauważyć, że zaproponowana przez Wykonawcę stawka za roboczogodzinę stanowiła w przedmiotowym Zadaniu nr 1:

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

Ponadto, w poprzednich przetargach z 2009 r. i z 2012 r., wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. Wykonawcy, których oferty były uznawane za najkorzystniejsze, również proponowali stawki za roboczogodzinę w znacznie zaniżonej wysokości w stosunku do stawek zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także ustalonych wartości szacunkowych za 1 roboczogodzinę. Powyższe może wskazywać na świadome zniżenie

ceny stawki za jedną roboczogodzinę w celu uzyskania zamówienia, gdyż opisane w naruszeniu nr 1 nieprawidłowości, dotyczące ukształtowania kryterium oceny ofert skutkowały (przy zaoferowaniu symbolicznej stawki) osiągnięciem wyraźnej przewagi punktowej (w zw. z przyznawaniem punktacji za zaoferowaną stawkę brutto za roboczogodzinę z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów).

Biorąc po uwagę ustalone ww. okoliczności oraz orzecznictwo Izby, należy uznać, że zaproponowana przez Wykonawcę stawka za roboczogodzinę w wysokości 0,50 zł brutto jest rażąco niską ceną. Ponadto, niewłaściwa ocena przez Zamawiającego wyjaśnień ww. Wykonawcy przekazanych w piśmie z dnia 31 stycznia 2014, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy

3. W sekcji IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał najniższą cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. W pkt. 14.1 SIWZ dokonał on rozwinięcia wybranego kryterium (cena – waga 100%), poprzez jego podział na podkryteria, gdzie dla Zadania nr 1 przedmiotowego postępowania przyporządkował następujące wagi:

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

Ocena kryterium była dokonywana na podstawie formularza ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), zawierającego cenę oferty oraz formularza cenowego, odpowiednio do zadania (stanowiącego odpowiednio załącznik 8.1, 8.2 lub 8.3 do SIWZ), zawierającego ceny jednostkowe. Przy dokonywaniu oceny komisja przetargowa posłużyła się następującym wzorem: $C = (C_n/C_o) \times 100 \times \text{waga}$, gdzie C oznaczało przyznane punkty, C_n najniższą ofertową cenę brutto, spośród wszystkich ważnych ofert, natomiast C_o cenę brutto ocenianej oferty. Z kolei całkowita ilość punktów dla poszczególnych zadań stanowi sumę ilości punktów przyznanych za każde z ocenianych kryteriów, wg wzoru $C = \sum C_i$, gdzie i oznaczało ilość ocenianych kryteriów.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym Zadaniu nr 1, wskazał w Tabeli nr 3 formularza asortymentowo-cenowego (załącznik nr 8.1 do SIWZ) – stawkę roboczogodziny, cenę jednostkową w wysokości 0,50 zł brutto, przy czym ceny wskazane przez pozostałych dwóch Wykonawców w Tabeli nr 3 wynosiły 9,84 zł brutto oraz 12,50 zł brutto:

Nr oferty	Wykonawca	Cena a)	Cena b)	Stawka c)
1	30 390,15 zł	526,44 zł	9,84 zł
2	27 453,60 zł	319, 80 zł	12,50 zł
3	22 836,29 zł	498,16 zł	0,50 zł

gdzie:

- a) oznacza zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz użycie sprzętu;
- b) oznacza zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego;
- c) oznacza zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów.

Z kolei, przyznana poszczególnym ofertom punktacja w każdym podkryterium cenowym oraz łączna punktacja zostały przedstawione w poniższej tabeli, udostępnionej przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 lutego 2014 r.:

Lp.	Wykonawca	Przyznane punkty			
		C1	C2	C3	Razem
1	37,51	15,19	1,27	53,97
2	41,59	25,00	2,00	68,59
3	50,00	16,05	25,00	91,05

gdzie:

- C1 oznaczało liczbę punktów uzyskanych za zaoferowaną cenę brutto za konserwację bieżącą oraz użycie sprzętu;
- C2 oznaczało liczbę punktów uzyskanych za zaoferowaną cenę brutto za remonty podręcznego sprzętu gaśniczego;

- C3 oznaczało liczbę punktów uzyskanych za zaoferowaną stawkę brutto roboczogodziny z uwzględnieniem wszystkich składników cenotwórczych za naprawy wykraczające poza cenę konserwacji i przeglądów.

Należy wskazać, iż sposób skalkulowania ceny przez Wykonawcę nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1503). Działania ww. Wykonawcy można bowiem uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniające innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) 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.

Ponadto w myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zawarty w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. 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 na podstawie rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wprowadził różne, wskazane w pkt. 14.1 SIWZ podkryteria cenowe dotyczące wysokości zaoferowanych przez Wykonawców cen za poszczególne elementy zamówienia. W ramach oceny ofert Zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji usług wskazanych w Załączniku nr 8.1 do SIWZ. Przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny, działanie Wykonawcy

..... polegające na znacznym zaniżeniu stawki roboczogodziny w porównaniu do szacunkowej wartości stawki oraz stawek zaproponowanych przez pozostałych Wykonawców, celem uzyskania zamówienia kosztem innych Wykonawców, którzy nie stosowali takiej praktyki i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona dokonania czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca skonstruował strukturę cenową swojej oferty w taki sposób, że umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi Wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Przy zaoferowaniu przez ww. Wykonawcę stawki roboczogodziny w wysokości 0,50 zł brutto, ocena ofert pozostałych Wykonawców była w sposób nieuzasadniony zaniżona. Doprowadziło to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkutowaniu przez Wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Działania Wykonawcy zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych Wykonawców, a więc należy uznać, że ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia. Stanowi to przesłankę do uznania, iż działania ww. wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę za 1 roboczogodzinę, i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym stwierdzić należało, iż działanie Wykonawcy wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).