

Sygn. akt: KIO 479/17

WYROK
z dnia 27 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 marca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 roku przez wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Swarco Traffic Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Konserwacja i bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlnych i nawigacyjnych oraz urządzeń zarządzania i sterowania ruchem na terenie Miasta Szczecina w latach 2017-2019 " na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z kryteriami oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie na rzecz wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „*Konserwacja i bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlanych i nawigacyjnych oraz urządzeń zarządzania i sterowania ruchem na terenie Miasta Szczecina w latach 2017-2019*”

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2016 roku pod numerem 2016/S 207-375524.

13 marca 2017 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.

- a) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Swarco Traffic Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „SWARCO”) pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na zaoferowanie stawki za roboczogodzinę, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SWARCO pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie postanowień zakazujących oferowania wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, w tym po stawce za roboczogodzinę, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),

- c) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SWARCO pomimo, że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z zaoferowaniem wykonania zamówienia po stawce za roboczogodzinę, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),
- d) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SWARCO pomimo, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki za roboczogodzinę, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2.

Zarzut ewentualny - podnoszony na okoliczność nieuwzględnienia żadnego z zarzutów opisanych w pkt 1:

naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji przez taką samą oceną ofert Odwołującego oraz SWARCO w kryteriach: „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz” pomimo, że zaoferowane przez Odwołującego wskaźniki Kz i Kp tj. 0% są korzystniejsze od wskaźników zaoferowanych przez SWARCO (Kp-15%, Kz-5%).

3.

Zarzut ewentualny - podnoszony na okoliczność nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2:

naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4.

Zarzut ewentualny - podnoszony na okoliczność nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3:

naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania SWARCO do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztu pomimo, że zaoferowana przez tego wykonawcę stawka za roboczogodzinę jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) Odrzucenie oferty SWARCO;
- 3) Przyznanie ofercie Odwołującego 15 pkt w kryterium „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz 5 pkt w kryterium „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz” (żądanie ewentualne podnoszone na okoliczność nieuwzględnienia żadnego z zarzutów wskazanych w pkt 1 zarzutów odwołania);
- 4) Unieważnienie postępowania (żądanie ewentualne podnoszone na okoliczność nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołania);
- 5) Wezwanie SWARCO do wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny (żądanie ewentualne podnoszone na okoliczność nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania).

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i jako jedyna nie podlega odrzuceniu. W tych okolicznościach, naruszenia wskazane w treści odwołania wprost skutkują powstaniem szkody po stronie Odwołującego. Odwołujący wskazał, że o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (informacja o wyniku postępowania) powziął wiedzę w dniu 1 marca 2017 r., stąd odwołanie wnoszone jest z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący następująco uzasadniał

Zarzut nr 1 a.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Realizacji tych zasad sprzeciwia się przyjmowanie ofert, które przewidują wykonanie zamówienia poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) - dalej: „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”. Przyjęcie oferty niezgodnej z przepisami tej ustawy winno być uznane za naruszające wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady udzielania zamówień publicznych.

Brak możliwości oferowania wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu wynika ponadto z treści art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdzie wprost wskazano, że wartość kosztów pracy „[...] przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od

minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265)".

Jak wynika z treści oferty SWARCO, w kryterium oceny ofert „stawka roboczogodziny podstawowej r-g" wykonawca ten zaoferował stawkę 12 zł. Tymczasem, stosownie do art. 8a ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz Obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. z dnia 21 września 2016 r. (M.P. z 2016 r. poz. 934), wydanego na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1265), minimalna stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2017 r. wynosi 13 zł. Uwzględnić należy również konieczność poniesienia przez pracodawcę dodatkowych kosztów na rzecz pracownika (ubezpieczenia społeczne i zdrowotne). Zaoferowanie stawki za roboczogodzinę w wysokości 12 zł oznacza zaoferowanie wykonania zamówienia poniżej minimalnego wynagrodzenia na umowę o pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. - Dz.U. z 2016 r. poz. 1456). Odwołujący podał, że w pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający sformułował wymóg zatrudnienia osób wykonujących zamówienie na podstawie umowy o pracę. Koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia na podstawie umowy o pracę obejmują poza kwotą wynagrodzenia brutto również konieczność poniesienia kosztów na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Nie sposób przyjąć, aby stawka godzinowa w wysokości 12 zł pokrywała koszty wykonawcy wynikające z zatrudnienia pracownika przy realizacji zamówienia.

Uwzględniając powyższe, konieczne i uzasadnione jest odrzucenie oferty SWARCO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ustawy oraz art. 2 ust. 5 oraz 7 ust. 2 i art. 8a ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Zarzut nr 1 b.

Odwołujący uznał, że w okolicznościach opisanych w odniesieniu do zarzutu nr 1 a odwołania uzasadnione jest ponadto odrzucenie oferty SWARCO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Oczywistym bowiem jest w ocenie Odwołującego, że przyjmując kryterium oceny ofert takie jak „stawka roboczogodziny podstawowej r-g", wymaganie treści SIWZ było zaoferowanie stawki zgodnej z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Oferta SWARCO, w której zaoferowano stawką godzinową na poziomie 12 zł nie odpowiada zatem treści SIWZ i na tej podstawie winna zostać odrzucona. Zgodnie z pkt 6 SIWZ sformułowano wymaganie zatrudnienia osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę. Jak wskazano powyżej zaoferowana stawka godzinowa pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Zarzut nr 1 c.

Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wskazał, że jak wynika ze stanu faktycznego i prawnego opisanego w odniesieniu do zarzutu nr 1 a odwołania wykonawca SWARCO zaoferował świadczenie usług poniżej kosztów, jakie stosownie do przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu zobowiązany jest ponieść na rzecz pracownika. Działanie to, z uwagi na okoliczność, w której podanie ww. stawki stanowiło kryterium oceny ofert, winno być uznane za mające na celu eliminację innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego. Takie działanie narusza interes innych przedsiębiorców, co oznacza, że stawi ono czyn nieuczciwej konkurencji nie tylko w świetle art. 15 ust. 1 pkt 1, ale również art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższe w ocenie Odwołującego, konieczne i uzasadnione jest odrzucenie oferty SWARCO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut 1 d.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzuceniu podlega oferta, która zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący argumentował, że w okolicznościach faktycznych i prawnych opisanych w odniesieniu do zarzutu nr 1 a odwołania należy uznać, że zaoferowanie świadczenia usług poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, winno być uznane za błąd w obliczeniu ceny. Błędem Odwołującego w kalkulacji ceny oferty, w tym w zakresie stawki za roboczogodzinę, było nieuwzględnienie obowiązujących w dniu składania ofert przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Uwzględniając powyższe w ocenie Odwołującego, konieczne i uzasadnione jest odrzucenie oferty SWARCO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut nr 2 (zarzut ewentualny).

Odwołujący podniósł, że poza kryterium najniższej ceny, w warunkach przetargu Zamawiający zastosował również następujące kryteria kosztowe: „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz”. Stosownie do opisu kryteriów zawartego w treści SIWZ, wykonawca, który zaoferował najniższe wskaźniki narzutu winien był otrzymać maksymalną ilość punktów tj. po 15 pkt.

Jak wynika z treści złożonych ofert, w ww. kryteriach Odwołujący zaoferował wskaźniki narzutów na poziomie 0%, natomiast wykonawca SWARCO na poziomie 15% oraz 5%. Nie ulega zatem żadnym wątpliwości, że oferta Odwołującego jest korzystniejsza w przedmiotowych kryteriach.

Odwołujący wskazał w jaki sposób Zamawiający winien dokonać oceny jego oferty w kryterium „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” (waga 15%).

Definicje i oznaczenia:

Najniższy wskaźnik narzutu kosztów pośrednich - jest to najniższa wartość zaproponowana przez oferentów - przyjmujemy symbol Kp minimalne

Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich oferty ocenianej - wartość zaproponowanego wskaźnika przez oferenta, którego oferta jest badana - przyjmujemy symbol Kp badane

Sposób przyznania punktów zgodnie z SIWZ:

Najniższy wskaźnik narzutu kosztów pośrednich

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 15%

Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich oferty ocenianej

Kp minimalne

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 15%

Kp badane

W przypadku badania oferty, w której zaoferowano najniższy wskaźnik kosztów pośrednich zachodzi oczywista zależność:

$Kp_{\text{minimalne}} = Kp_{\text{badane}}$, tak więc liczbę uzyskanych punktów należy zapisać wzorem:

Kp badane

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 15%

Kp badane

Po skróceniu pierwszego ułamka otrzymujemy:

$1 \times 100 \text{ pkt} \times \text{znaczenie kryterium } 15\% = 15 \text{ pkt}$

W powyższych okolicznościach Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zróżnicowania ofert Odwołującego oraz SWARCO w ww. kryteriach i przyznanie ofercie Odwołującego w tych kryteriach 0 pkt. Zastosowany przez Zamawiającego sposób przyznawania punktów w ww. kryterium tj. najniższy wskaźnik narzutu/wskaźnik narzutu oferty ocenianej x 100 pkt x waga kryterium

nakazywał przyznanie ofercie z najniższym wskaźnikiem narzutu max ilości punktów tj. 15 pkt w kryterium „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz 5 pkt w kryterium „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz”. Przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt stoi w rażącej sprzeczności z zasadami oceny ofert przyjętymi w treści SIWZ.

Uwzględniając powyższe, konieczne i uzasadnione w ocenie Odwołującego jest powtórzenie czynności oceny oferta w ww. kryteriach.

Zarzut nr 3 (zarzut ewentualny).

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że w okolicznościach uznania przez Izbę, że w świetle przyjętych w SIWZ zasad przyznawania punktów w kryteriach oceny ofert „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich. Kp” oraz „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz” nie jest możliwe przyznanie ofercie Odwołującego max ilości punktów (oddalenie zarzutu nr 2), niezbędne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Uznanie przez Izbę, że w świetle treści SIWZ nie jest możliwe zróżnicowanie oceny ofert Odwołującego i SWARCO, winno bowiem oznaczać, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie sposób zaakceptować sytuacji, w której oferty przewidujące całkowicie odmienne koszty wykonania zamówienia, są tak samo oceniane, gdy obiektywnie oferta Odwołującego jest nieporównywalnie korzystniejsza od oferty SWARCO w kryteriach „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz”.

Odwołujący wyjaśnił, że podnoszone przez niego, jako zarzut ewentualny, zaniechanie unieważnienia postępowania prowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Z uwagi na ewentualne stwierdzenie wady postępowania, w interesie Odwołującego leży zatem zaniechanie udzielenia zamówienia firmie SWARCO i powtórzenie postępowania, w którym Odwołujący będzie miał możliwość ponownego ubiegania się o zamówienie.

Zarzut nr 4 (zarzut ewentualny).

Jak wynika z opisu stanu faktycznego wskazanego w odniesieniu do zarzutu nr 1 wykonawca SWARCO zaoferował wykonanie zamówienia po stawce za roboczogodzinę obliczonej poniżej minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Ponadto, cena oferty SWARCO (6.276.136,50 zł) jest niższa o ponad 28% od wartości zamówienia powiększonej o stawkę podatku VAT (10.125.272,50 zł). Uwzględniając powyższe okoliczności Zamawiający winien był wezwać wykonawcę SWARCO do wyjaśnienia ceny oferty oraz kosztu na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. W świetle treści tego przepisu niezbędne jest skierowanie do wykonawcy stosownego wezwania, jeżeli zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że zaoferowany koszt (12 zł - stawka za roboczogodzinę) jest rażąco niski, bowiem za tę cenę wykonawca nie jest w stanie zatrudnić pracowników do wykonania zamówienia. W treści art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy wprost wskazano, iż wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Uwzględniając ponadto okoliczność, w której cena oferty SWARCO jest o ponad 28% niższa od „budżetu” Zamawiającego nie sposób przyjąć, że zaoferowane przez tego wykonawcę warunki cenowe wykonania zamówienia są rzetelne i umożliwiają wykonania zamówienia w sposób należyty bez poniesienia straty.

W zaistniałych okolicznościach zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy w ocenie Odwołującego jest uzasadniony.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 marca 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Dla porządku Izba wskazuje, że termin na wniesienie odwołania wypadł na dzień 11 marca 2017 roku (sobota), zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy jeżeli termin do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy - tym samym termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 13 marca 2017 roku (poniedziałek).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Zamawiający w dniu 14 marca 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 16 marca 2016 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawcę Swarco Traffic Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowisko pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 21 marca 2017 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.*

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia z udziałem Stron postępowania i uczestnika postępowania odwoławczego wycofał zarzut nr 1 zawarty w lit. a, b, c i d.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 marca 2017 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* wskazał między innymi, że wezwał w dniu 17 marca 2017 roku obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w kontekście wysokości zaoferowanej ceny zgodnie

z dyspozycją art. 26 ust. 2 f ustawy. Zamawiający podał również, że obaj wykonawcy udzielili odpowiedzi, które są dla Zamawiającego wyczerpujące i przekonujące, co w ocenie Zamawiającego potwierdziło słuszność wyboru najkorzystniejszej oferty i brak podstaw do jej odrzucenia.

II.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

- art. 90 ust. 1 ustawy - *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

7) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodgalającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- art. 146 ust. 6 ustawy – *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie

ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

IV.

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający ukształtował w Rozdziale XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – *wybór oferty najkorzystniejszej* następujące kryteria oceny ofert:

1. *Wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany według następujących kryteriów oceny ofert:*

1) *Cena – 60%:*

Sposób przyznania punktów w kryterium „cena”:

cena najniższa

----- x 100 pkt x znaczenie kryterium 60%

cena oferty ocenianej

2) *Stawka roboczogodziny podstawowej r-g – 15 %*

Sposób przyznania punktów w kryterium „Stawka roboczogodziny podstawowej r-g”:

Najniższa zaoferowana stawka roboczogodziny podstawowej

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 15%

Stawka roboczogodziny oferty ocenianej

3) *Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp – 15 %*

Sposób przyznania punktów w kryterium „Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp”:

Najniższy wskaźnik narzutu kosztów pośrednich

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 15%

Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich oferty ocenianej

4) *Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – 5 %*

Sposób przyznania punktów w kryterium „Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz”:

Najniższy wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 5%

Wskaźnik narzutów kosztów zakupu materiałów oferty ocenianej

5) *Wskaźnik narzutu zysku Z – 5 %*

Sposób przyznania punktów w kryterium „Wskaźnik narzutu zysku Z”:

Najniższy wskaźnik narzutu zysku

-----x 100 pkt x znaczenie kryterium 5%

Wskaźnik narzutów zysku oferty ocenianej

Do oceny oferty w kryterium: Stawka roboczogodziny podstawowej r-g, Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp, Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz, Wskaźnik narzutu zysku Z zostaną przyjęte wskaźniki jakie Wykonawca wpisze w pkt 2 oferty cenowej – załącznik nr 1 do SWIZ.

W załączniku nr 2 do SWIZ – Wzór umowy, Zamawiający uregulował:

§ 7

1. *Zamawiający za wykonany przedmiot umowy zapłaci wynagrodzenie, ustalone na podstawie oferty Wykonawcy oraz sprawdzonych i potwierdzonych obmiarów wykonanych prac. Wartość prac zgodnie z ofertą cenową nie przekroczy kwoty (łącznie z podatkiem VAT)..... PLN (słownie złotych:).*

2. *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i nie może tej kwoty przekroczyć.*

3. *Na wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 składa się:*

1) *wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z oferty w wysokości: 36 m-cy x PLN brutto PLN brutto (słownie złotych:.....).*

2) *wynagrodzenie kosztorysowe – kwota do wysokości PLN brutto (słownie złotych:) - stanowiąca 45 % wynagrodzenia ryczałtowego za usuwanie awarii*

sygnalizacji świetlnej, prace związane ze zmianami programów i inne działania związane ze zmianami rozmieszczenia osprzętu sygnalizacyjnego w związku z zaistniałą sytuacją drogową, konserwację i bieżące utrzymania nowo wybudowanych i przekazanych sygnalizacji świetlnych.

3) wynagrodzenie kosztorysowe – kwotę do wysokości PLN brutto (słownie złotych:) - stanowiące 15 % wynagrodzenia ryczałtowego za usuwanie awarii Systemu Zarządzania Ruchem.

4. Wartość przedmiotu umowy, określona w ust. 1 może ulec obniżeniu w końcowym rozliczeniu Umowy, nie upoważnia to Wykonawcy do wysuwania jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego.

5. Wykonawca oświadcza, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT.

§ 8

1. Ustala się następujący sposób rozliczania prac:

1) rozliczenie miesięczne za utrzymanie i konserwację sygnalizacji świetlnej, konserwację i utrzymanie Systemu Zarządzania Ruchem punktów poboru energii dla imprez masowych, masztów typu fotoradar, sygnalizacji ostrzegawczej i nawigacyjnej na mostach nastąpi w oparciu o iloczyn cen jednostkowych ryczałtowych (określonych w Załączniku nr 1 do niniejszej Umowy) i ilości poszczególnych elementów wykonanych konserwacji i bieżącego utrzymania po wykonaniu usług, na podstawie faktur wystawianych przez wykonawcę jeden raz w miesiącu – ostatniego dnia każdego miesiąca,

2) wysokość wynagrodzenia za utrzymanie i konserwację sygnalizacji nowo wybudowanych, przekazanych przez Zamawiającego protokołem zdawczo-odbiorczym, ustalana będzie w oparciu o ceny jednostkowe ryczałtowe określone w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy, począwszy od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego,

3) należność za usunięte awarie sygnalizacji, awarie Systemu Zarządzania Ruchem, za prace związane ze zmianami programów sterowania sygnałami świetlnymi szaf sterowniczych i inne działania związane ze zmianami rozmieszczenia osprzętu sygnalizacyjnego w związku z zaistniałą sytuacją drogową będzie ustalana na podstawie kosztorysów powykonawczych sporządzonych metodą szczegółową z zastosowaniem wskaźników do kosztorysowania:

a) roboczogodziny (r-g) PLN

b) koszty pośrednie (Kp) PLN

c) koszty zakupu (Kz) PLN

d) zysk (Z) PLN

Ceny materiałów koniecznych do wykonania powyższych prac, pracy sprzętu, środków transportowych nie mogą być wyższe niż średnie ceny materiałów bez kosztów zakupu

i średnie ceny pracy sprzętu, środków transportowych z okresu realizacji robót, określone w informatorach SEKOCENBUD wydawanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA. Jeżeli ceny nie zostaną określone w informatorze, przyjmuje się, ceny wynikające z dokumentu potwierdzającego dokonanie zakupu materiału, pracy sprzętu i środków transportu.

Zgodnie z danymi zawartymi w Formularzu oferty (według załącznika nr 1 do SWIZ) w punkcie 2, Odwołujący wskazał następujące wskaźniki dla sporządzenia kosztorysu powykonawczego za usunięte awarie sygnalizacji świetlnej, prace związane ze zmianami programów sterowania sygnałami świetlnymi szaf sterowniczych i inne działania związane ze zmianami rozmieszczenia osprzętu sygnalizacyjnego w związku z zaistniałą sytuacją drogową:

- stawka roboczogodziny podstawowej (r-g) 13 PLN
- narzuty kosztów pośrednich (Kp) 0%,
- narzuty kosztów zakupu materiałów (Kz) 0%,
- narzuty zysku (Z) 18%.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę - 6 482 186,18 zł, uczestnik postępowania odwoławczego złożył ofertę na kwotę 6 276 136,50 zł.

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji przez taką samą oceną ofert Odwołującego oraz SWARCO w kryteriach: „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp” oraz „wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz” pomimo, że zaoferowane przez Odwołującego wskaźniki Kz i Kp tj. 0% są korzystniejsze od wskaźników zaoferowanych przez SWARCO (Kp-15%, Kz-5%).

Zgodnie z odwołaniem, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz 91 ust. 1 ustawy dotyczy dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego w kryteriach: *Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp* oraz *Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz*.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć

się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego za najkorzystniejszą cenę. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. W wyniku wskazanej na wstępie stanowiska Izby nowelizacji przepisów ustawy, jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku, o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.

Ustalone kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w zakresie oceny wskaźników, które stanowią podstawę zarzutu stanowią jednocześnie podstawę, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, do wyliczenia wynagrodzenia, należności za usunięte awarie sygnalizacji, awarie Systemu Zarządzania Ruchem, za prace związane ze zmianami programów sterowania sygnałami świetlnymi szaf sterowniczych i inne działania związane ze zmianami rozmieszczenia osprzętu sygnalizacyjnego w związku z zaistniałą sytuacją drogową na podstawie kosztorysów powykonawczych sporządzonych metodą szczegółową z zastosowaniem wskaźników do kosztorysowania: roboczogodziny (r-g), koszty pośrednie

(Kp), koszty zakupu (Kz), zysk (Z). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie kosztorysowe, określone w umowie do konkretnej wskazanej kwoty (co wynika również z Rozdziału X SIWZ – Sposób obliczenia ceny oferty, pkt 10 oraz załącznika nr 1A do SWIZ) stanowi 45 % wynagrodzenia ryczałtowego za usuwanie awarii sygnalizacji świetlnej, prace związane ze zmianami programów i inne działania związane ze zmianami rozmieszczenia osprzętu sygnalizacyjnego w związku z zaistniałą sytuacją drogową, konserwację i bieżące utrzymanie nowo wybudowanych i przekazanych sygnalizacji świetlnych. Tak samo w Zamawiający określił, że wynagrodzenie kosztorysowe określone w umowie również do konkretnej wskazanej kwoty (co wynika również z Rozdziału X SIWZ – Sposób obliczenia ceny oferty, pkt 11 oraz załącznika nr 1A do SWIZ) stanowi 15 % wynagrodzenia ryczałtowego za usuwanie awarii Systemu Zarządzania Ruchem.

Powyższe wskazuje jak istotne były dla Zamawiającego określone w SWIZ kryteria oceny ofert, które w przypadku realizacji przekładają się w sposób bardzo prosty na ilość świadczonych prac na rzecz Zamawiającego w ramach określonej z góry maksymalnej kwoty. Zasadniczo Zamawiający prawidłowo zidentyfikował i określił niezbędne dla niego kryteria, co do samego ich doboru, z uwagi na przedmiot umowy. Jednakże opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag poszczególnych kryteriów musi również zawierać sposób oceny ofert. Zgodnie z ustawą (art. 91 ust. 2 d ustawy) Zamawiający musi określić kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Tym samym ukształtowane kryteria muszą dać się policzyć jeżeli Zamawiający przewidział w SIWZ, że będzie te kryteria mające określone wagi obliczał według wskazanych w SWIZ wzorów. Podkreślenie wymaga, że cel jakiego należy upatrywać w określeniu przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert ma doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, pozwalając na realizację zamówienia zgodnie z potrzebami określonymi w SIWZ przy najkorzystniejszych warunkach.

Izba podkreśla, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający z jednej strony przyznając, że oferta Odwołującego w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz przedstawia najkorzystniejsze wartości, bowiem *0 jest wartością niewątpliwie najniższą*, a z drugiej strony przyjmuje do obliczeń wartość „0” w poszczególnych ww. kryteriach, która to wartość nie jest wynikiem przyjętego przez Zamawiającego wzoru dla każdego z kryteriów. Podkreślić bowiem należy, że „0” podzielone przez „0” nie daje określonej wielkości, wynikiem nie jest „0”, co potwierdził w czasie rozprawy sam Zamawiający wskazując, że „zgadza się z Odwołującym, że „0” podzielone przez „0” nie daje żadnego rozwiązania w zbiorze liczb rzeczywistych.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że równanie w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz odnośnie oferty Odwołującego jest nierozwiązywalne, dlatego przyznał 0 punktów Odwołującemu w tych kryteriach. Jednocześnie, co istotne jest również dla rozpoznania przedmiotowej sprawy Zamawiający oświadczył, że równanie w przypadku oferty uczestnika postępowania odwoławczego w tych dwóch ww. kryteriach daje 0 punktów, przy przyjęciu do wzorów określonych w SIWZ najkorzystniejszych zaoferowanych wartości w ofercie Odwołującego tj.: 0%. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w trakcie rozprawy również, że matematycznie nie da się obliczyć punktów dla Odwołującego w ww. kryteriach z uwagi na zaoferowane wartości wskaźników (0%).

Istotne w sprawie również jest, że wskaźnik narzutów kosztów pośrednich Kp w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego wynosi 43%, natomiast Wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz wynosi 1%; w ofercie Odwołującego oba te wskaźniki wynosiły 0% - co wskazuje, że Zamawiający, w ramach oceny w kryteriach oceny ofert powinien dokonać zróżnicowania oceny ofert ww. wykonawców w tych kryteriach, a nie przyznawać każdemu z wykonawców w tych kryteriach 0 punktów. W trakcie rozprawy żadna ze Stron postępowania oraz uczestnik postępowania odwoławczego nie kwestionowali zaoferowania przez Odwołującego Wskaźnika narzutów kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnika narzutu kosztów zakupu materiałów Kz na poziomie 0%.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Skora zatem Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz oznacza to, że nie zastosował do tego wykonawcy tych samych zasad, które zastosował do przyznanej punktacji uczestnikowi postępowania odwoławczego. Brak zróżnicowania oceny ofert tych wykonawców prowadzi do sytuacji, w której realnie i faktycznie korzystniejsze parametry, które zaoferował Odwołujący (nie istnieje wartość mniejsza, tym samym korzystniejsza od 0%, co oznacza, że nie zostały przewidziane żądane narzuty) nie prowadzi do uzyskania korzystniejszych punktów w tych kryteriach. Słusznie wskazywał Odwołujący, że stawka 0% jest stawką korzystniejszą, co również zauważył w złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosząc, że „wykonawca Sprint SA jako wskaźnik narzutu kosztów pośrednich i kosztów zakupu materiałów wskazał 0, a 0 jest wartością niewątpliwie najniższą (...)”. Również uczestnik postępowania odwoławczego nie kwestionował, że 0% jest mniejsze, niż 1% czy 43%.

Reasumując tą część, Izba wskazuje, że działanie Zamawiającego polegające na przyznaniu Odwołującemu w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz po 0 punktów stanowiło działanie niezgodne z postanowienia SIWZ i jednocześnie nie może zostać uznane za prawidłowe.

Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że nie dochodzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy) przez przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w danym kryterium, skoro sam Zamawiający przyznaje, że najkorzystniejszą wartością w kryteriach: Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – jest niewątpliwie 0 %. Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone dwie oferty – tym samym nie może dojść do naruszenia art. 7 ustawy w sytuacji, gdy Odwołującemu zostanie przyznana maksymalna ilość punktów w tych dwóch kryteriach. Izba podkreśla, że nie można pominąć w tym miejscu faktu, że Zamawiający nie przewidział w SWIZ, w przedstawionych wzorach matematycznych oraz innych postanowieniach sytuacji, w której zostanie zaoferowana wartość 0% dla poszczególnych wskaźników – kryteriów oceny oferty. Zamawiający natomiast jednoznacznie wskazał, że do oceny oferty w kryterium: Stawka roboczogodziny podstawowej r-g, Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp, Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz, Wskaźnik narzutu zysku Z zostaną przyjęte wskaźniki jakie Wykonawca wpisze w pkt 2 oferty cenowej – załącznik nr 1 do SWIZ. Tym samym nie pozostawił Zamawiający miejsca na dokonywanie jakichkolwiek interpretacji w zakresie sposobu obliczenia wartości punktowej w danym kryterium, poza wykorzystaniem zaoferowanych wskaźników.

Izba nie podziela tej argumentacji Odwołującego, bowiem w ocenie Izby przyznanie Odwołującemu punktacji w kryterium Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp – 15 pkt oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – 5 pkt nie wynika z postanowień SIWZ i w efekcie prowadziłoby do naruszenia nie tylko zasad prawa zamówień publicznych ale również przepisów zobowiązujących Zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ.

Izba wskazuje, że z pozoru logiczna argumentacja Odwołującego prowadząca do wniosku, że zaoferowanie w danym kryterium wartości 0% jest równoznaczne z zaoferowaniem najkorzystniejszej wartości (najniższej możliwej), co w efekcie prowadzi do wniosku, że prowadzi to do uzyskania maksymalnej ilości punktów w danym kryterium oceny ofert – w zasadzie nie broni się w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Fakt, że Zamawiający nie określił w SWIZ sposobu postępowania w sytuacji, w której wykonawca zaoferuje wskaźniki na poziomie 0%, jednocześnie nie wprowadzając zakazu zaoferowania wskaźników o tej wartości, nie może w ocenie Izby prowadzić do sytuacji, w której wykonawca taki otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium. Prowadziłoby to do naruszenia przepisów ustawy i postanowień SWIZ, przez dokonanie oceny ofert w oparciu o zasady nieokreślone w SIWZ, a w efekcie uniemożliwiło realną ocenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazując, że powinien otrzymać maksymalną ilość punktów pominął w swej argumentacji dwie zasadnicze kwestie, które są kluczowe dla oceny ofert w tym postępowaniu, a mianowicie:

po pierwsze - jak w przypadku przyznania odwołującemu maksymalnej ilości punktów w danym kryterium miałyby zostać oceniona oferta uczestnika postępowania odwoławczego, bowiem zastosowanie do oceny, w kwestionowanych kryteriach, oferty uczestnika postępowania odwoławczego wskaźników na poziomie 0% (czyli wskazanych w ofercie Odwołującego) wypaczałoby w sposób wyraźny dokonaną ocenę, bowiem inne zasady byłyby stosowane w stosunku do Odwołującego oraz inne zasady w stosunku do uczestnika postępowania. Uwzględniając bowiem fakt, że Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich Kp w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego wynosi 43%, natomiast Wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz wynosi 1% wykonawca ten, uwzględniając argumentację Odwołującego, realnie powinien również otrzymać punkty, jednakże nie wiadomo w jaki sposób powinny zostać obliczone;

po drugie – Odwołujący pomija w zupełności fakt tego, że Zamawiający określił w SWIZ aż pięć różnych kryteriów oceny ofert, cenę oraz cztery rodzaje wskaźników, z czego: „Cena” jako kryterium została określona wagowo przez Zamawiającego na poziomie 60%, w kwestionowanych przez Odwołującego kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp – 15 % oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – 5 % co w sumie daje 20% wagi oraz w pozostałych dwóch kryteriach Stawka roboczogodziny podstawowej r-g – 15 % oraz Wskaźnik narzutu zysku Z – 5 % co również w sumie daje 20%. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy w wyniku przeprowadzonej oceny ofert w poszczególnych kryteriach, która stanowiła podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej uczestnik postępowania odwoławczego otrzymał w sumie 80 punktów, natomiast Odwołujący otrzymał 73,02 punktu i przyznanie odwołującemu dodatkowych punktów spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza. Jednakże nie wynika z SIWZ jak Odwołującemu należałoby przyznać punkty oraz nie wiadomym jest jak należałoby policzyć punkty w tych kryteriach uczestnikowi postępowania odwoławczego a w efekcie nie wykazał Odwołujący, bo w zasadzie nie był

w stanie tego zrobić przy takich postanowieniach SWIZ, jak zmienianie uległaby globalna punktacja ofert z wszystkich pięciu kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby nie jest bowiem możliwe i realne w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonanie oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria oceny ofert przewidziane przez Zamawiającego w SWIZ, a przyjęcie wskazywanego „logicznego” sposobu przyznania punktów Odwołującemu prowadziłoby do odwrócenia sytuacji, w której tak jak przy przyznaniu 0 punktów w kryteriach było niezgodne z SIWZ i ustawą, to przyznanie maksymalnej ilości punktów bez możliwości faktycznej oceny w tych kryteriach każdej z ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym niemożliwości ustalenia jednoznacznie wyniku punktowego, również prowadziłoby do niezgodności w działaniu z SWIZ oraz ustawą. Dlatego Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego naruszenia art. 7 ust.1 oraz 91 ust. 1 ustawy, choć częściowo co do przyznania Odwołującemu w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz wartości punktowej 0 dla każdego z kryteriów podzieliła argumentację Odwołującego. Nie sposób również byłoby uznanie za prawidłowe pominięcie w trakcie oceny ofert dwóch z pięciu kryteriów określonych przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że cała powyższa argumentacją Izby w sposób jednoznaczny dowodzi, że nie jest możliwym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonanie oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWIZ. Dlatego też Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy i nakazała Zamawiającemu na tej podstawie prawnej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Konserwacja i bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlnych i nawigacyjnych oraz urządzeń zarządzania i sterowania ruchem na terenie Miasta Szczecina w latach 2017-2019 ” ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciężących na Zamawiającym obowiązków, jak również nie niweczy tego obowiązku błąd w działaniu Zamawiającego. Tym samym brak określenia przez Zamawiającego okoliczności, które uniemożliwiają dokonanie oceny ofert w poszczególnych kryteriach według przyjętych przez Zamawiającego reguł nie może być modyfikowane na etapie oceny ofert – tak jak uczynił to Zamawiający – lecz stanowi przesłankę

do unieważnienia postępowania, bo nie można w postępowaniu wybrać oferty najkorzystniejszej, a nie można reguł oceny oferty najkorzystniejszej, zmieniać, modyfikować, dostosowywać do stanu faktycznego dopiero na etapie badania i oceny złożonych ofert.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. W rozpoznawanej sprawie zaistniały wszystkie powyżej wymienione okoliczności, co zostało wykazane w pierwszej części uzasadnienia tego orzeczenia:

- postępowanie obarczone jest wadą polegającą takim opisaniu sposobu oceny kryteriów, podaniu takich wzorów oraz zasad wyliczenia wartości punktowej według tych wzorów, który uniemożliwia ocenę złożonych w postępowaniu ofert zgodnie z tymi kryteriami,
- wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, bowiem według określonych w SWIZ kryteriów i sposobu ich oceny nie można wykonawcom przyznać punktów, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym wada ta ma niewątpliwie wpływ na wynik postępowania,

Izba wskazuje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia

przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy,

- wada ta na tym etapie postępowania jest niemożliwa do usunięcia, ponieważ Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SWIZ po terminie składania ofert, a wszelkie interpretacje postanowień SWIZ, które prowadzą do zmiany, dookreślenia lub do określenia postanowień SIWZ w przestrzeni Zamawiającego, które zostały poczynione w trakcie oceny ofert na okoliczność tej oceny są niedopuszczalne.

Izba jedynie pobocznie zaznacza również, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a z taką właśnie przyczyną mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, wykonawcy który złożył w tym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy).

Takie uprawnienie wykonawcy wynikające z ustawy stanowi swoiste potwierdzenie tego, że prawodawca przewidział sytuacje, w których Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie po terminie składania ofert z przyczyn, które leżą po jego stronie.

Ustawodawca również, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, przewidział możliwość, w której wykonawca, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, w którym postępowanie zostało unieważnione, może złożyć do Zamawiającego wniosek o zawiadomienie go, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (art. 93 ust. 4 ustawy).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania zgodnego z postanowieniami ustawy, poszanowania zasad wynikających z ustawy oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, a co w efekcie pozwoli na przejrzystość postępowania i transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: