

WYROK
z dnia 17 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Karbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Bemar" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno-Technicznych Sp. z o.o., 40-833 Katowice, ul. Obroki 77**, w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Karbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Bemar" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno-Technicznych Sp. z o.o., 40-833 Katowice, ul. Obroki 77** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Karbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Bemar" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno-Technicznych Sp. z o.o., 40-833 Katowice, ul. Obroki 77** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna, 41-914 Bytom ul. Strzelców Bytomskich 207, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego w Centralnym Zakładzie Odwodnienia Kopalń:

Część I - Ruch I; rejon „Saturn”, „Siemianowice”, „Jan Kanty”,

Część II - Ruch II; rejon „Pstrowski”, „Powstańców Śl. - Bytom I”, „Szombierki”

Część III - Ruch III, rejon „Dębieńsko”.

Ogłoszeniu o postępowaniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: pod nr. 201 I/S 40-065588 z dnia 26.02.2011 r.; zmiana ogłoszenia 21.03.2011 r.

W dniu 31 maja 2011 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował o unieważnieniu prowadzonego postępowania. W postępowaniu została złożona jedna oferta – oferta konsorcjum firm: 1. „Karbon Sp. z o. o. 40-833 Katowice ul. Obroki 77; 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Bemar” Spółka ograniczoną odpowiedzialnością 42-500 Będzin, ul. Wolności 104; 3. Przedsiębiorstwo Usług Inżynieryjno-Technicznych Spółka z o.o. 41-200 Sosnowiec ul. Szkolna 4, zwanego dalej „Odwołującym”.

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegającej na: unieważnieniu ww. postępowania w zakresie Części I, Części II i Części III na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie każdej części. Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 93 ust 1. pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w zakresie Części I, Części II i Części III z powodu braku rzeczywistych przesłanek do dokonania takiej czynności.

Wobec tego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia jego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania.

W odwołaniu Odwołujący wskazał że Zamawiający jako przyczynę unieważnienia postępowania podał, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie każdej części. Podniósł że W dniu 14 kwietnia 2011 r. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poinformował wykonawców o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Były to kwoty odpowiednio: w części I - 1.151.200,00 zł brutto, części II 1.859.800,00 brutto, w części III 1.383.800,00 zł. brutto.

Odwołujący składając swoją ofertę, cenę za świadczenie usług w poszczególnych Częściach ustalili poprzez wskazanie ceny roboczodniówki brutto i tak w części I wyniosła ona 309,96 zł; w części II 316,11 zł, a w części III 323,49 zł.

Biorąc pod uwagę że zgodnie z siwz, usługi miało świadczyć w części I - maksymalnie 13 pracowników (strona 3 SIWZ), w części II - maksymalnie 21 pracowników (strona 4 SIWZ) i w części III - maksymalnie 15 (strona 5 SIWZ) pracowników oraz przyjmując, że w 2012 r. będą 252 dni robocze to cena zaproponowana przez odwołujących wynosi w części I - 1.015.428,96 zł; w części II -1.672.854,12 zł oraz w części III -1.222.792,80 zł. Wszystkie ww. wartości są niższe od kwot wskazanych przez Zamawiającego jakie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z w/w zestawienia wynika zatem, że brak jest jakichkolwiek podstaw do unieważnienia postępowania. Dodał, że zgodnie z siwz Zamawiający ma możliwość domagania się od wykonawców obłożenia stanowisk również w soboty, niedziele i inne dni ustawowo wolne od pracy, ale w tym zakresie obłożenie to będzie zdecydowanie mniejsze, a może go nie być w ogóle (strona 5 SIWZ). Zamawiający nie przedstawił w jaki sposób ustalił, że oferta przedłożona przez odwołujących jest wyższa od kwot jakie może przeznaczyć na realizację zamówienia. Ponadto podniósł, że zawiadomienie z dnia 31.05.2011 r. o unieważnieniu postępowania nie zawierało żadnego uzasadnienia dla podjętej przez Zamawiającego decyzji. Poza powołaniem się na podstawę prawną, Zamawiający nie przytoczył jakichkolwiek okoliczności faktycznych oraz dowodów na ich poparcie, które wskazywałyby, że Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane w dniu 14 kwietnia 2011 r. Podniósł że biorąc pod uwagę, że Zamawiający realizuje swoje cele głównie ze środków budżetowych wykazanie odpowiednimi dowodami ww. okoliczności nie powinno nastęrczać kłopotów. Wszystkie ww. okoliczności wskazują, że w niniejszej sprawie doszło do nadużycia instytucji unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący podniósł również że z informacji którą otrzymał od Zamawiającego, dotyczącej unieważnienia postępowania w żaden sposób nie wynika na jakich obliczeniach oparł się Zamawiający stwierdzając, że zaoferowana przez niego kwota na realizację przedmiotowego zamówienia nie wystarczy na realizację oferty złożonej przez Odwołującego, jak również Zamawiający w żaden sposób nie wykazał że wskazanej kwoty nie może zwiększyć w stosunku do kwoty przewidzianej na 2011 rok, chociażby w szczególności ze względu na inflację. Podniósł, że siwz zawierała szereg nieprecyzyjnych określeń uniemożliwiających precyzyjne sporządzenie oferty. Nie można jego zdaniem przyjmować, jak twierdzi Zamawiający, iż ma on prawo zgłaszać w danym okresie zapotrzebowanie od jednej do maksymalnej ilości osób dla danej Części zamówienia, abstrahując od dotychczasowych praktyk w tym zakresie, gdyż takie podejście skutkowałoby niemożliwością sporządzenia oferty.

W odpowiedzi na zarzuty Zamawiający wskazał że jest jednostką dotowaną z budżetu państwa. Kwoty przeznaczone na realizację niniejszego zamówienia wynikają z umów zawieranych z Ministrem Gospodarki. Rolą osób, które mają wykonywać swoje czynności w ramach tego zamówienia jest zabezpieczenie nieczynnych wyrobisk przed ich niekorzystnym oddziaływaniem na wyrobiska czynne. Ogłaszając zamówienie Zamawiający projektuje budżet, z którego będzie finansowane to zamówienie. Projektowanie ma zawsze odniesienie do budżetu z roku poprzedniego, i tak na rok 2012 wysokość kwoty w budżecie przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia jest taka sama jak była na rok 2011, na dowód czego Zamawiający przedkłada poglądową umowę o przekazanie dotacji budżetowej na rok 2011, zawartej pomiędzy Zamawiający, a Ministrem Gospodarki. Odnosząc się do średniej ilości roboczodniówek w miesiącu, tj. ilości dni w miesiącu kalendarzowym, w którym będzie zgłaszał zapotrzebowanie na pracowników Odwołującego wskazuje, iż ilość ta została założona na podstawie 25 roboczodni. Taka ilość roboczodniówek będzie miała miejsce w sytuacji, kiedy nie zajdą sytuacje wyjątkowe powodujące potrzebę zaangażowania większej liczby pracowników w większej ilości dni niż założył Zamawiający, czego w wyrobiskach kopalń nie można wykluczyć ani z góry przewidzieć. Na takie wyliczenia 25 roboczodni składa się założenie o wykonywaniu pracy we wszystkie dni robocze oraz w ograniczonym zakresie w soboty i dni ustawowo wolne od pracy. Tak więc jest to założona średnia ilość roboczodniówek pracowników przewidzianych jako maksymalna ilość dla danej części zamówienia. Zamawiający podając przed otwarciem ofert kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazał, iż była to kwota maksymalna i w świetle dotychczasowych doświadczeń nie widzi realnych szans na jej zwiększenie, gdyż jak wykazał środki na realizację zamówienia są środkami pochodzącymi z budżetu państwa. Jako dowód, że zaoferowane przez Odwołującego w ofercie kwoty za wykonanie zamówienia przekraczają jego możliwości finansowe przedłożył zestawienie kosztów na świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu górniczego w roku 2012 i podał, iż przy przyjęciu wyżej w/w ilości 25 roboczodniówek dniówek to w ofercie Odwołującego kwoty wskazane przez Zamawiającego przekraczają część I o: 57 684 zł, część II o 131 693 zł, część III o 71 905 zł. Łącznie o 261 242,00 zł. Ponadto wskazał, iż zaoferowana przez Odwołującego stawka za roboczodniówkę jest zdecydowanie wyższa od stawki, za którą realizowane jest zamówienie w roku bieżącym, i tak na część I zamówienia stawka roboczodniówki wynosi w 2011 roku 295,20 zł przy oferowanej na 2012 r. 309,96 zł i odpowiednio na część II z 295,20 zł – na 316,11 zł i na część III z 307,50 zł - na 323,49 zł. Ponadto wskazał, że Odwołujący konstruując ofertę zakładał w sposób nieuzasadniony znaczne zmniejszenie w miesiącu obłożenia etatowego na dane części zamówienia w oderwaniu od ewentualnych maksymalnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający w

żadnym pkt. siwz nie wskazał, iż obłożenie w danych dniach czy okresach będzie mniejsze od ilości maksymalnej, lecz tylko założył taką możliwość założyć.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem jako jedyni złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp.

Wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu, wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu przez niego określonych wymogów i przesłanek. Przyrzeczenie to ma jednak charakter warunkowy uzależniony od tego czy wielkość kwoty wynikająca z oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną jest niższa lub co najwyżej równa kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków. Obowiązek podania tej kwoty ma zapobiegać sytuacjom, w których zamawiający mógłby unieważniać z przyczyn tylko jemu wiadomych, pod pretekstem braku środków finansowych.

Z przepisu art. 93 ust.1 pkt.4 wynika, że kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia w końcowym efekcie, nie musi być kwota, którą zamawiający podał przed czynnością otwarcia ofert. Zamawiający gdy pozwalają mu na to środki finansowe, ma zawsze możliwość zwiększenia tej podanej kwoty do ceny, zawartej w najkorzystniejszej ofercie. Zatem unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 93 ust.1 pkt.4 jest możliwe po przeprowadzeniu przez zamawiającego procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie nie było kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż w postępowaniu została złożona jedna oferta, a sprawa dotyczyła tylko badania oceny złożonej oferty pod kątem spełniania warunków udziału i zgodności z siwz. Według oświadczenia Zamawiającego oferta Odwołującego spełniała powyższe wymogi.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Zamawiający na realizację zamówienia otrzymuje środki z budżetu państwa na podstawie corocznej umowy z Ministrem Gospodarki. Niniejsze postępowanie dotyczy realizacji zamówienia na rok 2012. Zamawiający oświadczył, że na realizację tego zamówienia planowana jest taka sama kwota jaka została przyznana na rok 2011 i brak jest możliwości jej zwiększenia. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego.

W zarzucie zawartym w odwołaniu, dotyczącym bezprawnego zdaniem Odwołującego unieważnienia postępowania, zostały wskazane naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, które Izba winna rozważyć, polegające na:

- 1- braku podania w decyzji o unieważnieniu postępowania uzasadnienia podjętej decyzji,
- 2- nie wykazania przez Zamawiającego, że może on przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane przed otwarciem ofert, oraz niezasadne przyjęcie do ustalenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na poziomie 2011 roku, bez uwzględnienia stopy inflacji
- 3- siwz zawierała szereg nieprecyzyjnych określeń uniemożliwiających precyzyjne sporządzenie oferty,

Odnosząc się wykazanych naruszeń w pkt.1 Izba stwierdza, że art. 93 ustawy pzp dotyczący przesłanek unieważnienia postępowania nie zawiera podobnej regulacji ja to ma miejsce w przypadku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu wykonawców lub odrzuceniu ich ofert, gdzie Zamawiający jest zobligowany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Jednakże odnosząc się do ogólnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikających z art. 7-8 ustawy pzp, a odnoszących się do uczciwej konkurencji i jawności postępowania, Zamawiający zdaniem Izby winien co najmniej wykazać przesłanki w oparciu o które podjął określoną decyzję. Zasada uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Zaś zasada jawności jest nakazem skierowanym do zamawiającego, aby na każdym etapie postępowania zagwarantował dostęp do dokumentów i informacji o podstawach podjętej decyzji dotyczącej postępowania. Te w/w regulacje mają fundamentalne znaczenie dla wykonawców gdyż na podstawie uzyskanych informacji formułują swoje stanowisko co do ewentualnego skorzystania z przewidzianych ustawą środków ochrony prawnej, wniesienia odwołania. Brak podania przesłanek którymi kierował się Zamawiający w niniejszym postępowaniu, unieważniając przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności zasadę jawności, gdyż wykonawcy wnosząc odwołanie mieli ograniczoną możliwość wykazania w czynnościach Zamawiającego, naruszenia przepisów ustawy. Obowiązek wykazania i udowodnienia, że czynność unieważnienia postępowania

miała swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa zawsze na Zamawiającym, a fakt ten powinien zostać uzewnętrzniony wykonawcom.

Odnosnie podnoszonego przez odwołującego zarzutu odwołania dotyczącego nie wykazania przez Zamawiającego, że może on przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane przed otwarciem ofert. To Izba stwierdza, że jest to główny zarzut odwołania i zdaniem Izby brak jest podstaw na jego uwzględnienie.

Zarzut odwołania opierał się na błędnej przesłance, że Zamawiający miał możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, a co najmniej, że nie udowodnił iż takiej możliwości nie posiadał. Na wstępie Izba zaznacza, że z przepisów ustawy pzp nie wynika, że Zamawiający przed unieważnieniem postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust.1 pkt 4 pzp jest zobowiązany do podjęcia starań celem uzyskania dla realizacji zamówienia, większych środków niż te które wskazał kwotowo bezpośrednio przed otwarciem ofert. Za wyrokiem KIO/UZP 281/09 Izba potwierdza, że Odwołujący nie ma skutecznego prawa domagania się zwiększenia środków finansowych na przedmiotowe zamówienie, a tym samym brak jest podstaw do przeprowadzania w tym zakresie postępowania dowodowego, na okoliczność czy Zamawiający posiada wolne środki finansowe, które powinien przeznaczyć na objęte przedmiotem sporu zamówienie. Tylko od decyzji Zamawiającego zależy czy może przeznaczyć większe środki finansowe niż podane na otwarciu ofert. Możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem Zamawiającego, a jego decyzja w tym zakresie jest poza kognicją Izby. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający winien unieważnić postępowanie, (wyrok KIO/UZP/107/08).

Ochrona wykonawców w tym zakresie działa tylko w jedną stronę, co oznacza że nie można unieważnić postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa lub równa kwocie podanej na otwarciu ofert zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Poza kompetencją Izby jest również możliwość badania sytuacji finansowej Zamawiającego w zakresie możliwości zwiększenia kwoty podanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wykazał, że sposób liczenia wartości oferty przez Odwołującego jest niepełny gdyż Odwołujący założył w skali 2012 roku 252 dni robocze, czyli średnio po 21dni w każdym miesiącu. Z takiego wyliczenia wynika, że Odwołujący nie zakładał w ogóle świadczenia usług w soboty i dni ustawowo wolne od pracy, bądź zakładał możliwość nieświadczenia usług przez wszystkich wymaganych dla danej części pracowników w dni robocze. Bądź że zmniejszona ilość pracowników zaangażowanych do realizacji zamówienia w dni robocze, będzie kompensowana pracą, w zakładanym w siwz, ograniczonym zakresie pracy w soboty, niedziele i dni ustawowo wolne od pracy. Należy zwrócić zdaniem Izby uwagę na fakt, że zgodnie z zapisami postanowień siwz dotyczących

każdej części zamówienia, Zamawiający zastrzegł dla każdej z tych trzech części maksymalne ilości osób potrzebnych do obsługi stanowisk pracy i tak dla części I - maksymalnie 13 pracowników, w części II - maksymalnie 21 i w części III - maksymalnie 15 pracowników. Również zastrzegł sobie całkowitą swobodę w określeniu zapotrzebowania na pracowników w danym okresie wskazując, że w dni robocze będzie to uzależnione od potrzeb Zamawiającego z możliwością niezamówienia żadnego pracownika, a w soboty, niedziele i inne dni ustawowo wolne od pracy obowiązywać będą obłożenia w ograniczonym zakresie rzeczowo – stanowiskowym w zależności od potrzeb, z możliwością niezamówienia żadnego pracownika. Tym samym Zamawiający opisując w ten sposób przedmiot zamówienia pozostawił sobie całkowitą swobodę co do określenia wielkości zapotrzebowania na pracowników Odwołującego, co w skrajnych przypadkach może prowadzić do sytuacji niezamówienia w ogóle żadnego pracownika w czasie trwania umowy jak i możliwością wykorzystywania wszystkich pracowników przez wszystkie dni w roku.

Zamawiający w sposób bezsprzeczny wykazał, że środki z których będzie finansowany przedmiot zamówienia, pochodzą z budżetu państwa, a kwota wskazana na realizację wynika ze stosownej umowy z Ministrem Gospodarki i w 2012 roku będzie finansowana na poziomie 2011 roku. Wykazał również że Odwołujący zwiększył stawki za roboczodniówki, średnio o ponad 5% i tym samym przy utrzymaniu kwoty na realizację zamówienia z 2011 roku, kwota oferty przekracza kwotę którą Zamawiający podał w trybie art. 86 ust 3. Ustawy pzp, a tym samym została wyczerpana przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust.1 pkt.4 ustawy pzp.

Zamawiający wskazał iż do ustalenia że kwota oferty przekracza jego możliwości finansowe, przyjął że w skali roku będzie potrzebował średnio przez 25 dni w miesiącu wszystkich pracowników Odwołującego, a więc średnio w miesiącu o 4 dni więcej niż przyjął to Odwołujący w ofercie. Wykazał że Zamawiający w żadnym pkt. siwz nie wskazał, iż obłożenie w danych dniach czy okresach będzie mniejsze od ilości maksymalnej, lecz tylko taką możliwość założył i dlatego ustalił tą ilość na poziomie 25 dni w miesiącu.

Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu przeciwnego, nie wykazał że na podstawie dotychczasowych doświadczeń z pracy u Zamawiającego, taka liczba ustalonych dni w miesiącu jest zawyżona i dotychczas nie występowała. Swoją argumentację skupił na zarzucie braku wykazania przez Zamawiającego, możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia oraz nieuzasadnionego założenia utrzymania stawki roboczogodzinny na poziomie 2011 roku, pomijając że wzrost stawki roboczodniówki jest uzasadniony gdyż wynika on z porównania stopy inflacji rok do roku a to Zamawiający winien w oparciu o przepis art. 34 ist.1 pkt 1 ustawy pzp przewidzieć i uwzględnić. Jak wyżej wykazano argumentacja zarzutów Odwołującego nie ma uzasadnienia w żadnym przepisie prawa uzp i tym samym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Odnośnie zarzutu, że siwz zawierał szereg nieprecyzyjnych określeń uniemożliwiających precyzyjne sporządzenie oferty to zdaniem Izby zarzut ten jako spóźniony nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę gdyż został on podniesiony po terminie. Jak ustalono z odwołania i dokumentacji postępowania, ogłoszenie o zamówieniu wraz siwz zamieszczonym między innymi na stronie internetowej Zamawiającego, zostało ogłoszone w dniu 26 lutego 2011 roku oraz jego zmiana w dniu 23 marca 2011 roku. Jeśli wykonawca kwestionował zgodność zapisów postanowień siwz winien w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej – odwołania które wnosi się zgodnie z art. 182 ust 2 ustawy pzp w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia siwz na stronie internetowej.

Jednakże biorąc pod uwagę fakt iż z dokumentacji sprawy wynika, że Zamawiający ogłosił ponowne przeprowadzenie postępowania przetargowego, Izba zwraca uwagę na fakt niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia oraz praktycznie nie podania zasad oceny złożonych ofert. Odwołujący słusznie podniósł, że nieprecyzyjne zapisy postanowień siwz uniemożliwiały prawidłowe sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie ustalenia jej wartości. Zamawiający zastrzegając sobie prawo do całkowicie swobodnego określenia ilości pracowników na których zgłosi zapotrzebowanie na dany miesiąc przyznał sobie prawo do absolutnie dowolnego kształtowania realizacji przedmiotu umowy i zapisów treści samej umowy, przerzucając na wykonawców koszty utrzymania w dyspozycji pracowników na których Zamawiający może zgłosić zapotrzebowanie nawet z dwudniowym wyprzedzeniem. Takie zapisy postanowień siwz powodują sytuację, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mają możliwości precyzyjnego skalkulowania ceny gdyż nie posiadają wiedzy z jakiej ilości pracowników wykonawcy, Zamawiający skorzysta w danym okresie czasu. Zdaniem Izby należy tutaj przywołać wyrok Sądu Najwyższego sygn akt CSK 478/07 gdzie Sąd stwierdził, że "Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługuje będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzi do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być, bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji".

Zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia i sformułowania postanowień umowy w tym zakresie aby zapisy te umożliwiały wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny jak również winny zagwarantować równomierne rozłożenie ryzyka pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcami którym Zamawiający udzieli zamówienia.

Izba przywołuje utrwaloną linię orzecniczą KIO w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z której wynika, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów

przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania siwz. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

W przedmiotowej sprawie wykonawcom nie były znane zasady, na podstawie których złożone oferty będą oceniane. Zamawiający nie podał na etapie siwz ile dni w miesiącu będzie przyjmowane do obliczenia wartości oferty. Odwołujący założył, że będzie to 21 dni a Zamawiający że 25 . Takie postępowanie Zamawiającego doprowadziło do sytuacji ,ze Zamawiający mając pełną swobodę co dookreślenie w/w ilości dni, którą wskazał dopiero na rozprawie, mógł skutecznie wykazać że kwota oferty przekracza kwotę poznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia na daną część. Takie postępowanie jest sprzeczne z art.29 ust.1 a także z zasadą uczciwej konkurencji i jawności postępowania. Zamawiający nie może dokonywać oceny złożonych ofert w oparciu o warunek niepodany wykonawcom na etapie ogłoszenia i przekazywania siwz. Izba stwierdza, że wszystkie parametry, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, winny znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. Zasada ta stanowi fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i nie dyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Podkreślał, iż pomimo braku w ustawie bezpośredniego odwołania do zasady przejrzystości, obowiązuje ona również w krajowym porządku prawnym, co wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z przyjętą w doktrynie wykładnią, zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw, z zakresu zamówień publicznych, co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wyznaczenia warunków przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Powyższe zasady obowiązują na wszystkich etapach prowadzonego postępowania i odnoszą się w równym stopniu do obowiązku wyznaczania kryteriów oceny ofert na jego początku jak i w trakcie dokonywania badania i oceny złożonych ofert.

W tym miejscu należy zdaniem izby przypomnieć fakt iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym wymagającym profesjonalizmu od każdej ze stron na każdym etapie postępowania.

Dlatego też Odwołujący winien był skorzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego polegające na wprowadzeniu niekorzystnych zapisów postanowień siwz, mógł kwestionować niejasne, nie precyzyjne postanowienia siwz w ustawowym terminie, przed terminem składania ofert, mógł w sprawach niejasnych i budzących wątpliwości zgłaszać wnioski do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień. Brak działania ze strony Odwołującego spowodował, że czynności Zamawiającego polegające na udzieleniu odpowiedzi i wprowadzeniu zmian siwz stały się wiążące i obowiązują w takim samym zakresie wszystkich wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym Izba stwierdza, zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu nie został udowodniony.

Zgodnie z art. 190 ust.1 i 7 Izba orzeka na podstawie własnego przekonania wynikającego z przedłożonych przez strony dowodów. Tak więc jeśli Odwołujący przedstawi dowód uwzględniony przez Izbę który potwierdzi zarzuty odwołania Izba odwołanie uwzględni, jeśli takiego dowodu nie przedstawi ,co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, Izba winna odwołanie oddalić.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co nie zostało wykazane w rozpatrywanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący