

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Honorata Łopianowska  
Izabela Kuciak  
Emil Kuriata

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2013 r. przez wykonawcę S..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa ZEBRA2 S..... R..... w Bytomiu, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubliniec w Lublińcu przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BiG PROJEKT A..... B..... w Lublińcu - po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża Odwołującego S..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa ZEBRA2 S..... R..... w Bytomiu, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę S..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa ZEBRA2 S..... R..... w Bytomiu, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Lubliniec w Lublińcu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Naprawa i montaż oznakowania pionowego oraz odnowa oznakowania poziomego ulic w Lublińcu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone dnia 7 listopada 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 453568/2013.

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, przez następujących wykonawców:

- 1) D..... R..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zebra Max D..... R....., z ceną 131 022,07 zł.
- 2) Odwołującego – S..... R....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa ZEBRA2 S..... R..... w Bytomiu, który złożył ofertę z ceną 171 031,77 zł.
- 3) A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BiG PROJEKT A..... B..... w Lublińcu z ceną 224 376,37 zł;
- 4) TM-VI sp. z o.o. w Krakowie z ceną 237 048,98 zł;
- 5) L..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KOL-LEX L..... S..... z ceną 257 450,00 zł;
- 6) PUH KALPLAST sp. jawną w Częstochowie z ceną 262 214,79 zł.

II. W dacie 6 grudnia 2013 r. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, wybierając ofertę A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BiG PROJEKT A..... B..... w Lublińcu. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako podstawę wskazując przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 a także pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na:

- art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W wyniku badania ofert, uznano iż wykonawca pozostaje z innym uczestnikiem przetargu - Firmą Wielobranżową ZEBRA-MAX D..... R..... ul. Siemianowicka 98, 41-902 Bytom - w zumowie przetargowej, o której mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w celu wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku. O istnieniu niedozwolonego

porozumienia przetargowego pomiędzy wykonawcami świadczą powiązania osobowe [przedsiębiorcy są małżeństwem, prowadzą działalność gospodarczą o identycznym charakterze, mają takie same nazwiska, wspólne miejsce zamieszkania oraz siedzibę prowadzenia działalności gospodarczej], a także podobieństwa złożonych ofert [część formularza ofertowego wypełniona przez tę samą osobę, za pomocą tych samych narzędzi z użyciem tych samych pieczęci datownika, każda z ofert ma taki sam układ, tzn. występujące po sobie oświadczenia i dokumenty są w takiej samej kolejności, oferty zawierają błędy w tych samych pozycjach kosztorysu ofertowego, w szczegółowych kalkulacjach własnych w obu ofertach przyjęto identyczne nakłady pracy sprzętu, czy zużycia materiałów]. Wszystkie wymienione podobieństwa wskazują, iż obaj wykonawcy porozumiewali się na etapie sporządzania ofert i uzgadniali ich treść, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji.

- art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaoferował ceny pracy sprzętu oraz materiałów dalece odbiegające od cen rynkowych. Na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykonawca ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, że może otrzymywać znaczące upusty i rabaty oraz, że doskonale zna teren robót i ich specyfikę. Złożone na ponowne wezwanie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy wraz z załączonymi ofertami i umową nie mogą zostać uznane za wiarygodne, w szczególności z uwagi na fakt, iż część z nich pochodzi od wykonawcy działającego w zмовie przetargowej, tj. od Firmy Wielobranżowej ZEBRA MAX D..... R....., Bytom ul. Siemianowicka 98.
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wykonawca w kosztorysie ofertowym w poz. 40 - „mechaniczne odnawianie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych farbą chlorokauczkową”, wskazał jako podstawę ustalenia nakładów katalog KNR 2-31 tab. 1301-02. W kalkulacji szczegółowej tej pozycji przyjęto do kalkulacji katalog KNR2-31 tab. 0706-02. Pozycja ta przewiduje odmienną od wskazanej w tablicy 1301-02 technologię wykonania prac. Równocześnie nakłady podane w poszczególnych tablicach są inne. Inna zatem będzie wartość pozycji wycenionej zgodnie z tablicą 1301-02, a inna pozycji wycenionej według tablicy 0706-02. Stanowi to o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jednocześnie wskazuje na błędy w obliczeniu ceny. Identyczna sytuacja występuje w pozycjach 41, 42, 43 i 44 kosztorysu ofertowego i kalkulacji szczegółowych.

Zamawiający podał, że w postępowaniu odrzucono również ofertę wykonawcy Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX ul. Siemianowicka 98, 41-902 Bytom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wykonawca w cenie oferty nie uwzględnił podatku od towarów i usług VAT.; jednocześnie odrzucono ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z pozostawianiem wykonawcy w zmowie przetargowej z Firmą Wielobranżową ZEBRA 2 S..... R.....

III. W dniu 11 grudnia 2013 r. Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy oraz innych przepisów, w szczególności poprzez: odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty, pomimo, iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

ewentualnie:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
4. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego dotyczącą odrzucenia złożonej przez niego oferty; oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a jej treść odpowiada treści SIWZ. Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego podniesione w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty są bezpodstawne, a decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego.

Odwołujący powołał się na brzmienie SIWZ: zgodnie z którym „Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy podając ceny jednostek obmiarowych i ceny kosztorysowe dla wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze robót. Zamawiający podaje

w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez Zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla Wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja.". Odwołujący podał, że sporządził kosztorys ofertowy zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, a podstawą wyceny była jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja, tym samym, kwestionowanie przez Zamawiającego podanych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych jest nieuzasadnione.

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego o powiązaniach osobowych i zmwie przetargowej Odwołujący wskazał, że przedsiębiorcy nie są małżeństwem od 16 maja 2013r. oraz od 11 stycznia 2013r. mają rozdzielność majątkową.

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego dotyczącego podobieństwa złożonej oferty, Odwołujący podniósł, że ofertę złożono zgodnie z wymaganiami i przedstawioną w SIWZ kolejnością Zamawiającego [dokumenty i oświadczenia - str. 2 i 3 SIWZ].

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący podał, że cenę wyjaśniono oraz poparto dowodami - umowy, zobowiązania, oferty.

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego dotyczącego identycznych narzędzi, pieczęci, datowników, Odwołujący wskazał, że mogły zostać zakupione u tego samego źródła, co nie jest przestępstwem.

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego w zakresie błędów kosztorysowych - zamawiający do tej pory nie wykazał błędów kosztorysowych tylko na zastosowanie innych Katalogów.

W odniesieniu do ustalenia Zamawiającego dotyczącego kalkulacji własnych, Odwołujący podniósł, że Firma „ZEBRA 2” i „ZEBRA MAX” w wielu przetargach uczestniczyła wspólnie jako konsorcjum - do tego przetargu „ZEBRA 2” wykorzystwała kalkulacje już gotowe z poprzednich przetargów; ZEBRA MAX mogła zrobić podobnie – po co co tworzyć coś na nowo.

Odwołujący podkreślił, że ponadto w odniesieniu do pozycji 40,41,42,43,44 kosztorysu, Zamawiający wskazał katalogi KNR lub inne tylko dla pełniejszego opisu robót: „Zamawiający podaje w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci

*odpowiednich KNR, jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja”.*

**IV.** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu Zamawiający podkreślił, że ofertę Odwołującego odrzucono z kilku powodów:

- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego to kwota 274.205,70 zł, co po uwzględnieniu podatku VAT daje kwotę 337.273,01 zł. Wartość ta została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym. Jednostkowe ceny robót zostały określone na podstawie danych rynkowych z zawartych wcześniej umów. Wartość szacunkowa odzwierciedla zatem faktyczny, rynkowy poziom kosztów związanych z planowanym zakresem prac. Złożone w postępowaniu oferty innych wykonawców, kształtowały się na poziomie od 224.376,37 zł do 262.214,79 zł, nie licząc oferty złożonej przez Firmę Wielobranżową ZEBRA MAX D..... R....., Bytom ul. Siemianowicka 98, której wartość opiewa na kwotę 131.022,07 zł. Wartość oferty Firmy Wielobranżowej ZEBRA 2 S..... R..... jest niższa 49,3% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 30,27% od średniej arytmetycznej pozostałych, złożonych w postępowaniu ofert. Wątpliwości zamawiającego wzbudziły zastosowane w kalkulacji ofertowej jednostkowe ceny pracy sprzętu [np. samochód skrzyniowy - 10,- zł/m-g, malowarka do znakowania dróg - 10,- zł/m-g, agregat prądotwórczy - 1,- zł/m-g] oraz użytych materiałów [np. farba chlorokauczukowa - 2,- zł/dm<sup>3</sup>, próg zwalniający podrzutowy dł. 5 mb - 5,- zł/szt., tabliczki do znaków drogowych typ T - 1,- zł/szt, masa chemoutwardzalna Plastiroc -0,10 zł/kg].Rynkowe ceny pracy sprzętu kształtują się na zupełnie innym, niż zaproponowany przez wykonawcę poziomie. Np. samochód skrzyniowy spala kilkanaście litrów paliwa na godzinę. Cena 10,- zł/m-g, nawet po uwzględnieniu narzutu kosztów pośrednich, nie pokrywa choćby kosztów paliwa. Podobna sytuacja jest w przypadku agregatu prądotwórczego, zużywającego ok. 1 l paliwa na godzinę pracy. Zamawiający postawił pytanie, w jaki sposób wykonawca kalkuluje obsługę tego sprzętu? Gdzie jest miejsce na amortyzację, inne koszty eksploatacyjne? Również ceny materiałów,

w ocenie Zamawiającego, dalece obiegają od cen rynkowych. Koszt proggu zwalniającego to kwota co najmniej 600,- zł/szt. Farba chlorokauczukowa kosztuje co najmniej 16,39 zł/dm<sup>3</sup> [wg informacji SEKOCENBUD IV kwartał 2013, str. 34, poz. 593] Samo ustalanie, czy cena oferty jest, czy nie jest rażąco niska, odnosi się wyłącznie do tej oferty, a wyznacznikiem poprawności ceny jest, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników itd. Wezwany w dniu 22.11.2013 r. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, wykonawca ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, że może otrzymywać znaczące upusty i rabaty oraz, że doskonale zna teren robót i ich specyfikę. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wyjaśnić, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający powinien mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw [bądź ich braku] do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie udowadniają prawidłowości określenia jednostkowych cen materiałów, czy pracy sprzętu. Wskazać należy, że obowiązkiem wykonawcy jest w takim przypadku, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawienie dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny. Dowodów takich wykonawca nic przedstawił. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r. [sygn. akt V Ca 2214/06], w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożone w dniu 02.12.2013 r. przez wykonawcę - na ponowne wezwanie zamawiającego - wyjaśnienia wraz z załączonymi ofertami i umową nie mogą zostać uznane za wiarygodne, w szczególności z uwagi na fakt, iż część z nich pochodzi od wykonawcy działającego w zmwowie przetargowej, tj. od Firmy Wielobranżowej ZEBRA MAX D..... R....., Bytom ul. Siemianowicka 98. Również załączona do wyjaśnień oferta F.H. OLIMPIA G..... M..... z Rudy Śląskiej wskazuje, że odwołujący sprzedaje usługę poniżej kosztów. W ofercie tej bowiem wykazano, iż koszt jednego segmentu proggu zwalniającego [próg o szerokości 0,5 m] wynosi 5,-zł/szt, zatem na próg szerokości 5 m wymaganych jest 10 segmentów, co daje kwotę 50 zł/próg szerokości 5 m. Tymczasem odwołujący oferuje próg zwalniający o szerokości 5 m za kwotę 5,- zł/szt, czyli dziesięciokrotnie niższą, niż sam płaci. Z tego też względu, mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 3, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Firmy Wielobranżowej ZEBRA 2 S..... R.....



- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. Jednocześnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.08.2006 r. [III SK 6/06] stwierdza, że *„przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”*. W przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z ofertami złożonymi przez:

- Firmę Wielobranżową ZEBRA 2 S..... R....., Bytom ul. Siemianowicka 98 na kwotę 171.031,77 zł,
- Firmę Wielobranżową ZEBRA-MAX D..... R....., Bytom ul. Siemianowicka 98 na kwotę 131.022.,07zł.

W ocenie Zamawiającego, bez znaczenia dla niniejszych wywodów jest fakt, iż oferta firmy ZEBRA MAX zawiera błędy w obliczeniu ceny. Mamy do czynienia z dwoma podmiotami gospodarczymi współpracującymi ze sobą w zmwie przetargowej. Przedsiębiorcy mają te same nazwiska i te same siedziby. Mają ten sam adres zamieszkania: Wojkowice ul. Jana III Sobieskiego 245A lok. 4. Prowadzą również działalność gospodarczą o identycznym charakterze. Jednocześnie obie oferty zostały złożone przez tą samą osobę, o tej samej godzinie [8.40]. Obie koperty zawierające oferty zostały oznaczone w identyczny sposób. Również oklejenie kopert z ofertami jest takie samo. Obie oferty zostały sporządzone w tej samej dacie i oznaczone tym samym datownikiem [pieczęcią]. Dodatkowo o istnieniu niedozwolonego porozumienia przetargowego świadczą, zdaniem Zamawiającego następujące podobieństwa ofert:

1. Każda z ofert ma taki sam układ, tzn. występujące po sobie oświadczenia dokumenty są w takiej samej kolejności. W każdej z ofert opieczętowano za zgodność z oryginałem pustą, nie zawierającą żadnej treści kopię wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Wydruki kosztorysów i zestawień są takie same;
2. Część formularza ofertowego wypełniła ręcznym pismem ta sama osoba. Użyto tych

samych pieczęci datownika oraz pieczęci o treści „*POTWIERDZAM ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM*”.

3. Kosztorysy ofertowe mają ten sam układ i zawierają identyczne błędy. W pozycjach 40 do 44 w kosztorysie ofertowym obu ofertach wpisano jako podstawę wyceny tablicę 1301 z katalogu KNR 2-31, natomiast w kalkulacjach szczegółowych te same pozycje wyceniono wg tablicy 0706 tego samego katalogu. W kalkulacji szczegółowej pozycji 2 [strona 8 oferty ZEBRA-MAX i strona 17 oferty ZEBRA 2] popełniono ten sam błąd definiując stawkę zysku jako podatek VAT [skrót V w posumowaniu pozycji].
4. W szczegółowych kalkulacjach własnych, w obu ofertach przyjęto identyczne nakłady pracy sprzętu, czy zużycia materiałów.

Np. w poz. 14 - „*prostowanie, pionowanie słupka znaku*” przyjęto identyczne zużycie betonu w ilości 0,1624 m<sup>3</sup>/szt. [strona 20 oferty ZEBRA-MAX i strona 35 oferty ZEBRA 2]. 250 kg betonu na prostowanie jednego słupka znaku drogowego. Pomijając absurdalność takiego zużycia materiału, nie może być przypadkowe ustalenie na identycznym poziomie, z dokładnością do 4 miejsc po przecinku, zużycia zbędnego przy tej pracy materiału.

Podobnie w pozycji 16 - „*mycie tarczy znaku*” przyjęto taką samą ilość wody w ilości 0,0125 m<sup>3</sup>/szt znaku. Również tutaj taka dokładność nie może być przypadkowa, tym bardziej, że do umycia tarczy znaku nie potrzeba więcej, niż 1 litr wody [odpowiednio strony 22 i 39 ofert].

W pozycji 21 - „*malowanie barier sztywnych*” kalkulując indywidualnie nakłady również przyjęto identyczne normy zużycia materiałów [farba, rozcieńczalnik, czy zużycie materiałów pomocniczych - odpowiednio strony 27 i 49 ofert].

W pozycji 22 - „*czyszczenie barier sztywnych*” postąpiono w ten sam sposób, kalkulując zużycie wody na każdy metr bieżący bariery w ilości 0,0125 m [odpowiednio strony 28 i 51 ofert].

W pozycji 29 - „*konstrukcja wsporcza tablicy znaku drogowego*” kalkulując nakład pracy sprzętu ustalono z dokładnością do czterech miejsc po przecinku czas pracy samochodu w ilości 0,3424 m-g [odpowiednio strony 35 i 65 ofert].

W pozycji 31 - „*tarcza aktywna II generacji*” wykonawca ZEBRA 2 modyfikując nakłady pracy sprzętu przez niedbałość nie skreślił kropki oddzielającej jednostki od miejsc dziesiętnych w nakładach pracy sprzętu. Identyczny błąd jest w pozycji 32 - „*akumulator żelowy*” [odpowiednio strony 37 i 38 oraz 69 i 71 ofert].

W pozycji 34 - „*mycie szyby baterii słonecznej*” przyjęto taką samą ilość wody w ilości

0,0125 m<sup>3</sup>/szt szyby. Podobnie jak w pozycji 16 taka dokładność nie jest być przypadkowa. Umycie szyby o powierzchni poniżej 0,5 m<sup>2</sup> z całą pewnością nie wymaga 12,5 l wody. Z powodzeniem wystarczy około 1 litra [odpowiednio strony 40 i 75 ofert].

W pozycji 35 - „dostawa i montaż słupka ozdobnego” w identycznej ilości 0,064 m<sup>3</sup>/szt. przyjęto zużycie betonu [odpowiednio strony 41 i 77 ofert].

Wszystkie pozycje wskazane wyżej zostały skalkulowane indywidualnie przez wykonawców, bez podawania podstawy wyceny zarówno przez zamawiającego w przedmiarach, jak i wykonawców w sporządzonych kosztorysach ofertowych. Każdy z pozostałych wykonawców kalkulował te pozycje w odmienny sposób. Żadna z powyższych pozycji w pozostałych kosztorysach ofertowych nie wykazuje tego rodzaju zastanawiających podobieństw. Wytłumaczeniem nie może być też długoletnie doświadczenie i profesjonalizm tych konkretnych dwóch wykonawców, na które powołuje się Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 S..... R..... w udzielonych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Pozostali, biorący udział w postępowaniu wykonawcy również legitymują się długoletnim doświadczeniem, a część z nich jest w dodatku firmami miejscowymi. Tego rodzaju podobieństwa można wytłumaczyć jedynie faktem, iż obaj przedsiębiorcy porozumiewali się na etapie sporządzania ofert i uzgadniali ich treść.

5. Obie kalkulacje szczegółowe zostały sporządzone przy pomocy tego samego programu do kosztorysowania NORMA Standard o numerze seryjnym 12369, na tym samym komputerze. Wydruk kalkulacji w ofercie firmy ZEBRA-MAX został skopiowany na kserokopiarce i dopiero wówczas podpisany przez wykonawcę. Świadczy o tym ciemny pasek w poprzek strony w dolnej jej części, będący efektem przysłonięcia na wydruku danych programu kosztorysowego. Zaznaczyć należy, że nie ma możliwości wykonania wydruku z programu NORMA w taki sposób, aby nie były widoczne nazwa programu i numer seryjny. Stąd decyzja wykonawcy, aby zasłonić te informacje, pozwalające jednoznacznie zidentyfikować program kosztorysujący, i skopiować wydruki na kserokopiarce.
6. Wydruki z programu kosztorysującego mają identyczny układ, w kalkulacjach zastosowano te same nazwy własne użytych materiałów, sporządzono wydruki dla każdej pozycji kosztorysowej z osobna.
7. Składając wyjaśnienia w zakresie czy cena oferty nie jest rażąco niska, wykonawca dołączył kopię umowy najmu sprzętu niezbędnego do wykonania prac, zawartą z Firmą Wielobranżową ZEBRA MAX D..... R....., Bytom, ul. Siemianowicka 98. Wykonawca zamierza się więc posłużyć przy realizacji zamówienia zasobami wykonawcy działającego w porozumieniu przetargowym.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe okoliczności oceniane w świetle zasad doświadczenia życiowego wskazują jednoznacznie, w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawcy działali w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Łączne występowanie wskazanych wyżej okoliczności nie może być ocenione jako działanie przypadkowe, a tym samym musi być uznane za wynik porozumienia ograniczającego konkurencję. Należy przy tym podkreślić, że udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej musi opierać się na dowodach pośrednich, które wskazywać mogą jedynie na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo takiego porozumienia. Niewątpliwie sprzeczne z dobrymi obyczajami pozostaje działanie w ścisłym porozumieniu wykonawców, którzy winni konkurować w postępowaniu. Biorąc pod uwagę cel postępowania, działanie takie narusza interes zamawiającego. Ziszczenie przesłanek zawartych w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji [wyrok Sądu Najwyższego z 22.10.2007 r. III CKN 271/01]. Zwrócić też należy uwagę, że obaj wykonawcy w dniu 6.09.2011 r. decyzją RKT-410-07/10/AW Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach zostali ukarani karą pieniężną za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję polegających na uzgadnianiu warunków składanych ofert. Należy ponadto podkreślić, iż wykonawca Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX D..... R....., Bytom, nie złożył odwołania od czynności odrzucenia swojej oferty i zaniechania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż zawierała najniższą cenę spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zachowanie to bezspornie

- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny oraz niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kosztorysie ofertowym w pozycji 40 - „mechaniczne odnawianie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych farbą chlorokauczukową”, wskazano jako podstawę ustalenia nakładów katalog KNR 2-31 tab. 1301-02. W kalkulacji szczegółowej tej pozycji - strona 87 oferty - przyjęto natomiast do kalkulacji katalog KNR 2-31 tab. 0706-02. Pozycja ta przewiduje odmienną od wskazanej w tablicy 1301-02 technologię wykonania prac. Zgodnie z Katalogiem Nakładów Rzeczowych, tablica 1301 przewiduje wykonanie następujących czynności:

1. *Zabezpieczenie miejsca robót.*
2. *Przygotowanie farby chlorokauczukowej.*
3. *Ręczne lub mechaniczne odnowienie malowania.*
4. *Ochrona świeżo malowanych miejsc przed uszkodzeniem.*
5. *Przenoszenie zapór przenośnych i znaków zabezpieczających w miarę postępu*

*robót.*

Natomiast tablica 0706 przewiduje wykonanie:

- 1. Ręczne oczyszczenie jezdni w miejscach przewidzianych do malowania.*
- 2. Wyznaczenie linii i kształtów elementów oznakowania.*
- 3. Przygotowanie farby chlorokauczukowej.*
- 4. Pomalowanie znaków ręcznie pędzlami lub mechanicznie malowarką.*
- 5. Przenoszenie zapór przerośnych i znaków zabezpieczających w miarę postępu robót.*

Zakresy tych czynności różnią się od siebie, a równocześnie nakłady podane w poszczególnych tablicach są inne. Inna zatem będzie wartość pozycji wycenionej zgodnie z tablicą 1301-02, a inna pozycji która wyceniona została według tablicy 0706-02. Stanowi to niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jednocześnie wskazuje na błędy w obliczeniu ceny. Nie można bowiem wskazania różnych podstaw wyceny potraktować jako oczywistej omyłki pisarskiej, ani tym bardziej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej jednocześnie istotnych zmian w treści oferty. Zmiana podstaw wyceny, a tym samym technologii wykonywanych prac nie może być traktowana jako nieistotna. Nie można więc zastosować przepisów art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Identyczna sytuacja występuje w pozycjach 41, 42, 43 i 44 kosztorysu ofertowego i kalkulacji szczegółowych. Działanie odwołującego uniemożliwia zamawiającemu dokonanie weryfikacji wykonanych kalkulacji ponieważ inną podstawę wyceny wskazał wykonawca formularzu kosztorysu ofertowego, a na podstawie innej dokonał kalkulacji cen jednostkowych pięciu pozycji, mających istotne znaczenie dla wartości oferty. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający na mocy art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych, zobligowany jest do weryfikacji poprawności wyliczenia ceny oferty. Rozbieżności we wskazanych podstawach wyceny uniemożliwiają to działanie. Zamawiający podał, że wyjaśnienia wykonawcy nie wniosłyby niczego do postępowania, w zakresie wskazania podstaw wyceny, oferta jest jednoznaczna i czytelna. W szczególności wyjaśnienia nie mogły potwierdzić występowania w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się zarzuty, wskazujące na bezpodstawne zastosowanie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[1] W świetle ustalonego stanu faktycznego, prawidłowe była dokonane przez Zamawiającego ustalenie, że złożenie przez Odwołującego oferty w tym postępowaniu, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co wyczerpuje dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Podkreślenia wymaga, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia, czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli Zamawiający dokona ustalenia potwierdzającego ten fakt, to taką ofertę należy bezwzględnie odrzucić.

Tym samym, na zamawiającym ciąży każdorazowo obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.]. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, dotyczy działania, które zwykle nie jest eksponowane i nie znajduje wyraźnego i formalnego wyrazu a następnie zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [„Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17] lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający przypisał Odwołującemu oraz wykonawcy ZEBRA MAX D..... R..... popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na dokonaniu zmyślenia przy składaniu ofert, co sprowadza się

w szczególności do złożenia przez obu wykonawców ofert w postępowaniu i jedynie pozornego konkurowania przez obu wykonawców, których oferty różnią się cenami.

Podkreślenia wymaga, że ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. Na potwierdzenie współdziałania wskazują w szczególności podkreślone przez Zamawiającego fakty:

- te same nazwiska i adresy zamieszkania oraz adresy prowadzenia działalności gospodarczej obu wykonawców;
- prowadzenie działalności gospodarczej o identycznym charakterze;
- złożenie obu ofert przez tę samą osobę w tej samej dacie; identyczne oznaczenie i oklejenie kopert zawierających oferty; sporządzenie ofert w tej samej dacie i opatrzenie ich tym samym datownikiem [pieczęcią];
- podobieństwa oferty w zakresie ich układu – analogiczny układ oświadczeń i dokumentów w każdej z ofert;
- zawarcie w każdej z ofert opieczętowanej za zgodność z oryginałem pustej, nie zawierającej treści kopii wydruku z CEIDG;
- identyczne błędy w złożonych przez obu wykonawców kosztorysach ofertowych – wpisanie w ofertach obu wykonawców w kosztorysach ofertowych w tablicy 1301 podstawy wyceny z katalogu KNR 2-31, oraz wycenienie w kalkulacjach szczegółowych tych samych pozycji według tablicy 0706 tego samego katalogu [pozycje 40-44 kosztorysu ofertowego];
- popełnienie w obu ofertach w kosztorysach tego samego błędu, w postaci zdefiniowania stawki zysku jako podatku VAT;
- przyjęcie w kosztorysach ofertowych w ofertach obu wykonawców identycznych nakładów pracy, sprzętu czy zużycia materiałów.

Okoliczności te Izba uznała za wystarczające, aby podzielić w tym zakresie zasadność zakwalifikowania przez Zamawiającego działania Odwołującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wskazanego w wyroku z 9 sierpnia 2006r. [sygn. akt III SK 6/06], „*że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie*

*niemożliwe*”, można stwierdzić iż każdorazowo o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest zmowa przetargowa, może przemawiać zestawienie okoliczności, których przypadkowe wystąpienie, gdyby nie współdziałanie wykonawców, nie byłoby możliwe. Oczywistym jest bowiem, że wystąpienie zmywy przetargowej zwykle nie znajdzie wyrazu w formalnym dokumencie, a także, że uczestnicy takiego porozumienia nie będą się do niego przyznawać ani w formalny sposób go eksponować, a jej ustalenie musi odbywać się na podstawie poszlak i zestawienia całokształtu okoliczności, które razem wzięte doprowadzą do wniosku, iż w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, pewne sytuacje nie zostałyby ukształtowane w taki sposób, gdyby nie były wynikiem porozumienia wykonawców. Zestaw okoliczności ustalonych w sprawie wskazuje, że Odwołujący oraz wykonawca D..... R....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zebra Max D..... R..... złożyli swoje oferty w warunkach zmywy przetargowej.

Nadmienić należy, że Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu.

Stan faktyczny sprawy obrazuje zestaw okoliczności, których łączne, przypadkowe wystąpienie bez takiej zmywy jest nierealne. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, że obaj wykonawcy, co do których Zamawiający ustalił działanie w zmywie przetargowej już nie są małżonkami [orzeczenie sądu o rozwodzie z dnia 16 maja 2013 r.] oraz że posiadają z dniem 11 stycznia 2013 r. ustrój rozdzielności majątkowej [notarialna umowa dotycząca rozdzielności majątkowej]. Bezsporną jest okoliczność, że obaj wykonawcy się znają, zamieszkują pod jednym adresem i pod jednym adresem prowadzą działalność gospodarczą [zaświadczenia z CEIDG obu wykonawców]. Ilość i charakter zbieżności w kształcie ofert obu wykonawców przekonuje, iż niepodobieństwem jest, by wykonawcy składając te oferty nie współdziałali ze sobą. O ile bowiem można postawić tezę – tak jak czyni to Odwołujący – że każdy z wykonawców w tym samym punkcie zamówił pieczętkę o identycznym kształcie, że niezależnie od siebie wykonawcy skorzystali z tego samego programu do kosztorysowania, to jednak, zważywszy na fakt że obaj wykonawcy - do niedawna małżonkowie - prowadzą jakoby niezależne, równoległe działalności gospodarcze o analogicznym zakresie od relatywnie długiego okresu [Odwołujący od 4 października 2007 r., a D..... R..... – Zebra – Max od 17 maja 2004 r.], taki zbieg okoliczności należy uznać za mało prawdopodobny. Jeśli dodać do tego ustalenie Zamawiającego dotyczące złożenia obu ofert w tej samej dacie i przez jedną osobę; uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej w tej samej dacie i z kolejnymi numerami; a także



uwzględnić zbieżności w treści ofert [analogiczne błędy w kosztorysach]; złożenie ofert w analogicznej chronologii, a wreszcie złożenie przez obu wykonawców niewymaganego w tym postępowaniu parafowanego formularza umowy, to wnioski o działaniu obu wykonawców w warunkach umowy przetargowej, znajduje uzasadnienie. Te okoliczności, wynikające z analizy ofert wykonawców złożonych w konkretnym postępowaniu mogły i stanowiły podstawę ustalenia przez Zamawiającego niedopuszczalnego porozumienia między wykonawcami. Nie jest więc właściwe samo wnioskowanie na podstawie wydanej w przeszłości decyzji UOKiK w Katowicach z dnia 6 września 2011 r. o stosowaniu przez obu wykonawców praktyk ograniczających uczciwą konkurencję polegających na uzgadnianiu składanych ofert, bowiem dotyczy ona ustaleń dokonanych na użytek postępowania prowadzonego przez ten organ i dotyczącego okresu innego, aniżeli dotyczący przedmiotowego postępowania. Dostrzeżenia jednak wymaga, że ustalenie Zamawiającego o działaniu wykonawców w warunkach umowy przetargowej dokonane zostało nie na podstawie ustaleń tej decyzji [co do której zresztą Odwołujący wywodził, że została uchylona], ale na podstawie analizy zachowania wykonawców w tym postępowaniu, oraz szczegółowej lektury ofert obu wykonawców. Bez znaczenia pozostawały zatem zastrzeżenia Odwołującego dotyczące wskazanej decyzji – jej ustalenia nie były podstawą wniosków Zamawiającego, dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji przypisanego obu wykonawcom, a nawiązanie do tej decyzji znalazło się dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Tym samym, przychylając się do ustaleń i wniosków Zamawiającego co do umowy ww. wykonawców, Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest możliwe przypadkowe zaoferowanie przez dwóch wykonawców takich samych cen jednostkowych, w tak wielu pozycjach kosztorysowych, ani taka ilość podobieństw w kosztorysach obu wykonawców. Znamienny jest tu przykład podany przez Zamawiającego, a dotyczący w kosztorysach obu wykonawców zużycia 250 kg betonu na prostowanie jednego słupka znaku drogowego, czy też podanie zużycia wody do mycia tarczy znaku z dokładnością do czterech miejsc po przecinku [0,0125 m<sup>3</sup>/szt. znaku]. Nie tłumaczy powyższego teza postawiona przez Odwołującego, że obaj, jakoby niezależni od siebie i nie działający w porozumieniu wykonawcy, posłużyli się tymi samymi elementami kosztorysów, które składali we wcześniejszych postępowaniach.

Powyższe czyniło ustalenie Zamawiającego, uzasadnionym, zaś zarzuty podniesione w tej mierze w odwołaniu, nie zasługujące na akceptację.

[2] Także wniosek Zamawiającego, że cena oferty Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia [art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy] jest uzasadniony.

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”*. [wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09], a także że: *„Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość [vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05] oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 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. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego [wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 („Transporoute”) i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”)]”. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej [wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09]. Nie wolno bowiem zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”* [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].*

Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia albo kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach

konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego.

W analizowanej sprawie Zamawiający, biorąc pod uwagę ujawniające się, znaczące różnice w cenach ofert wykonawców, dwukrotnie wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pierwsze wyjaśnienia – z dnia 26 listopada 2013 r. – zawierają ogólne spostrzeżenia, że cena oferty Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych, że jest niższa od wartości zamówienia; że Odwołujący od wielu lat prowadzi bieżące utrzymanie oznakowania poziomego, pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na terenie wielu miast i zna doskonale teren robót i ich specyfikę, a tym samym potrafi oszacować koszty prowadzenia działalności i wycenić przedmiot zamówienia tak, by osiągnąć zysk. Wykonawca podał, że utrzymuje kontakt z dostawcami i wykonawcami materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, w związku z czym może otrzymywać znaczące rabaty i upusty, a także realnie i konkurencyjnie wycenić przedmiot zamówienia i osiągnąć zysk. Wykonawca wskazał, że założony zysk wynosi 10%. Trafnie Zamawiający ocenił, że powyższe wyjaśnienia mają charakter ogólnikowych.

Złożone na ponowne wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia z dnia 2 grudnia 2013 r., także nie potwierdziły, że cena nie jest rażąco niska: Odwołujący, poza powtórzeniem wcześniejszych twierdzeń, załączył oferty cenowe na oznakowanie producenta znaków, gdzie m.in. tablice znaków typu E, F wyceniono na 240 zł; umowę najmu sprzętu od firmy Zebra Max w Bytomiu, obejmującego m.in. 2 szt. samochodów skrzyniowych za kwotę 10 zł/mg, 2 szt. agregatów prądotwórczych za kwotę 1 zł, 1 szt. malowarki samojezdnej za 10 zł/mg, ze wskazaniem, że ceny obejmują także koszt paliwa; ofertę F.H. OLIMPIA G..... M..... na progi raz ich zakończenia wraz z aneksem do niej o treści „*F.H. OLIMPIA zastrzega sobie prawo do wycofania się z oferty bez podania przyczyny oraz bez wcześniejszego informowania F.H. ZEBRA2. Oferta cenowa ważna tylko z podpisem oraz stemplem firmowym obu stron, powyższego aneksu do oferty*”; oraz ofertę obejmującą farbę do oznakowania dróg w cenie 2 zł/dm<sup>3</sup>, tj. 1,29 zł/kg w ilości około 4 000 kg, rozcieńczalnik 5 zł za dm<sup>3</sup> bez limitu ilości a także masę chemoutwardzalną Plastiroc Agate 0,10 zł/kg w ilości 200 kg.

Dokonana przez Zamawiającego analiza cen stosowanych na rynku, doprowadziła do trafnego wniosku, że cena oferty Odwołującego została zaniżona. Potwierdza taki wniosek lektura dwukrotnych wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ustawy. Te wyjaśnienia, dopełnione złożonymi ofertami oraz umową, przekonują, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana w tym postępowaniu cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Przekonuje o tym w szczególności, staranna analiza poszczególnych kosztów, jakie są niezbędne do realizacji zamówienia, której dokonał Zamawiający. Dotyczy to w szczególności poczynionego przez Zamawiającego ustalenia, co do kosztów związanych z samochodem skrzyniowym – cena 10 zł/m-g, nawet po uwzględnieniu narzutu kosztów pośrednich, nie pokrywa choćby kosztów paliwa, kosztu prognozy zwalniającego, farby chlorokauczukowej.

Stąd podstawa odrzucenia oferty, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, wbrew zarzutom odwołania, w analizowanym stanie faktycznym znajduje potwierdzenie.

[3] Trafną była także konstatacja Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy]: Zamawiający ustalił, że Odwołujący w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym dokonał zmiany podstawy ustalenia nakładów w stosunku do wynikającej z przedmiarów [katalog KNR 2-31 tab. 0706-02, zamiast KNR 2-31 tab. 0301-02]. Nie stanowi uzasadnienia dla takiej zmiany przytoczone przez Odwołującego postanowienie SIWZ, zgodnie z którym *„Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy podając ceny jednostek obmiarowych i ceny kosztorysowe dla wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze robót. Zamawiający podaje w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez Zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla Wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja.”*. Dotyczy ono wyceny przez wykonawcę zadania, będącego przedmiotem tego zamówienia, co ma należeć do wykonawcy. Wynika z niego przy tym, że rzeczą wykonawcy było ujęcie w kosztorysie ofertowym i wycena wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze.

Powyższe nie mogło podlegać wyjaśnieniu ani poprawieniu – o ile sama poprawa opisu tej części kosztorysu, polegająca na dostosowaniu do opisu zawartego w przedmiarze byłaby możliwą, to brak było podstaw do dalszej wyceny poprawionej pozycji, skoro wycena w kosztorysie odnosiła się do innego opisu pozycji. Stąd decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego, także w tej części była prawidłowa.

[4] Znalazły potwierdzenie zarzuty wskazujące na niewłaściwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, to jest niewłaściwe odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający dokonał powyższej oceny na tej podstawie, że Odwołujący w złożonym kosztorysie ofertowym przyjął jako podstawę ustalenia nakładów inne, aniżeli wynikające z przedmiarów pozycje [katalog KNR 2-31 tab. 0706-02, zamiast KNR 2-31 tab. 0301-02], a w konsekwencji – zdaniem Zamawiającego – przyjął niewłaściwe wartości tych pozycji. Te niewłaściwe wartości są jednak następstwem dokonania przez Odwołującego zmiany podstaw wyceny, w postaci odpowiednich katalogów KNR, co znalazło wyraz w ustaleniu przez Zamawiającego, że oferta nie odpowiada SIWZ. Zamawiający, poza stwierdzeniem zmiany katalogu KNR [konkretnej, wskazanej w przedmiarze tablicy], nie stwierdził błędu w rachunku, czy innych okoliczności, które mogłyby stanowić o zaistnieniu w tej mierze błędu w obliczeniu ceny. Stąd w tej mierze, brak jest podstaw stwierdzenia, by oferta Odwołującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Potwierdzenie tego zarzutu nie skutkuje jednak uwzględnieniem odwołania – zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro znalazły potwierdzenie pozostałe podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 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].

**Skład orzekający:**