

WYROK
z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska
 Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane G. Sp. z o.o., ul. Podłęczne 2, 30-218 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków**

przy udziale wykonawcy Flora Sp. z o.o. S.K., ul. Siwka 40,31-588 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane G. Sp. z o.o., ul. Podłęczne 2, 30-218 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, 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 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych związanych z wykonaniem oświetlenia i zagospodarowania terenu w rejonie ul. Estońskiej, „Skwer Wolności” na działkach nr 811/15, 323/3, 323/5, 323/6 obr. 49 Podgórze”. Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31.08.2020 r. pod numerem 579689-N-2020.

Zamawiający w dniu 14.10.2020 r. przekazał Przedsiębiorstwu Inżynieryjno-Budowlanemu G. Sp. z o.o., ul. Podłęczne 2, 30-218 Kraków (dalej również jako Odwołujący) informację o wynikach postępowania – odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 30.10.2020 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

1) odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego G. Sp. z o.o., ul. Podłęczne 2, 30-218 Kraków, z uwagi na fakt, iż wykonawca dokonał manipulacji cenowej w złożonej ofercie, co stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego złożonych na wezwanie Zamawiającego, w zakresie rażąco niskiej ceny,

2) wyborze oferty FLORA Sp. z o.o. SK., ul. Siwka 40, 31-588 Kraków, za cenę brutto 485.635,85 zł, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) poprzez błędne uznanie, że Odwołujący poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji i tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji wobec wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego,
2. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

a ponadto:

- obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdów i ewentualnego noclegu w celu uczestnictwa w rozprawie.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, dokonując oceny ofert z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej” określonej w art. 24aa ustawy Pzp, wskazując, że za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy FLORA Sp. z o.o. SK., ul. Siwka 40, 31-588 Kraków, z cenę brutto 485.635,85 zł. Odwołujący podnosi, że zaproponowana przez tego wykonawcę cena nie była ceną najniższą, a oferta w ocenie Odwołującego nie była najkorzystniejsza. Odwołujący wskazuje, że uwzględniając prawidłowe odrzucenie oferty Firmy Usługowo-Handlowej "STAR-KOP" K. U., ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów, to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Odwołujący podaje, że w toku postępowania Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący udzielił obszernych i szczegółowych wyjaśnień, wskazując a jednocześnie wykazując za pomocą dowodów przesłanych w ślad za wyjaśnieniami, że kalkulacja ceny za część zamówienia w postaci robót budowlanych nie jest zbyt niska/rażąco niska, zaś cena za część zamówienia w postaci nasadzeń zieleni nie jest zbyt wysoka. Odwołujący wskazuje, że powołał w wyjaśnieniach szereg istotnych okoliczności i przedłożył na ich potwierdzenie dowody.

Zamawiający jak, wynika z działań podjętych przez niego jak i treści uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał, jako powodu odrzucenia oferty Odwołującego - rażąco niskiej ceny za część zamówienia - roboty budowlane, lecz wygórowanie ceny za część zamówienia w postaci nasadzeń zieleni.

Odwołujący powołuje się na dowody z dokumentów w postaci oferty dr inż. arch. kraj. W.B., faktury pro-forma od Zakładu Produkcyjno-Handlowego PAJĘCZYNA Sp. z o.o., zestawienia kosztów nasadzeń zieleni po zapytaniu przez Odwołującego odrębnego podmiotu o koszt tychże czynności - celem wykazania prawidłowości dokonania kalkulacji cenowej w zakresie części zamówienia w postaci nasadzenia zieleni. Odwołujący wskazuje, że nie przedkładał tych dokumentów na wcześniejszym etapie, bowiem żaden przepis ustawy ustawy Pzp, nie przewiduje podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na zbyt wysoką cenę, niemniej jednak twierdzenia wraz z kalkulacją zostały przedstawione przez Odwołującego w kosztorysie załączonym do wyjaśnień.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią uzasadnienia decyzji Zamawiającego „zawyżenie ceny” było podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego - wskazano bowiem: *„Na wstępie wyjaśnić należy, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena w odniesieniu do robót budowlanych jest o 24% niższa od dokonanego z należytą starannością szacunku zamówienia, natomiast cena za wykonanie nasadzeń zieleni jest wyższa o ponad 900% od szacunków dokonanych przez Zamawiającego, a także od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wskazane wartości są bardzo istotne, dlatego też w procesie składanych wyjaśnień i dowodów dotyczących realności i prawidłowości zaoferowanej ceny Wykonawca winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać prawidłowość dokonanej kalkulacji i przedłożyć wiarygodne dowody w tym aspekcie. Niemniej w ocenie Zamawiającego Wykonawca tego nie uczynił, gdyż złożone wyjaśnienia co do prawidłowości kalkulacji ceny i ewentualności naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz przepisów związanych z uczciwą konkurencją, nie uzasadniają w żadnej mierze w sposób wiarogodny, jak też nie dokumentują, dlaczego aż tak znaczną wartość przyjęto na cenę zieleni, a niską na roboty budowlane. (...) Dokonując oceny przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, a także biorąc pod uwagę obiektywne czynniki wymienione powyżej, Zamawiający uznał, że nie zachodzą podstawy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż także matematycznie nie dochodzi do znaczącego obniżenia ceny całkowitej oferty. Jednocześnie brak wykazania realności ceny faktycznych kosztów za wykonanie nasadzeń zieleni i za wykonanie robót budowlanych, w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego G. Sp. z o.o., z powodu wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji”.*

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wywodzi, że stanowisko Zamawiającego jest nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne - z jednej strony nie doszło do uznania części ceny za wykonanie robót budowlanych za cenę rażąco niską (co jest oczywiście słuszne), jednak z drugiej strony doszło do uznania, że część ceny za dokonanie nasadzeń zieleni jest zbyt wysoka i zdaniem Zamawiającego nierealna, błędna - co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego okoliczność, iż musi on wydatkować wyższą kwotę na realizację tegoż zamówienia w części dot. nasadzenia zieleni, z przyczyn szczegółowo omówionych w pismach wyjaśniających na wezwanie Zamawiającego, w żadnej mierze nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, .

Odwołujący podnosi, że abstrahując od wskazanego zarzutu oparcia decyzji o odrzuceniu oferty na przesłance pozaustawowej, jaką z pewnością jest uznanie ceny jednostkowej za „zbyt wysoką”, trzeba podkreślić, że w żadnych dokumentach przetargowych nie została wskazana przesłanka dokonywania oceny ofert poprzez dokonywanie odrębnej punktacji za cenę - kalkulację poszczególnych etapów/części zamówienia, zaś wskazano wprost, iż cena jest oceniana jako całościowa kwota. Odwołujący zaznacza, że cena jego oferty nie różniła się znacznie od wysokości cen innych oferentów. Nie ma także w żadnym

dokumentacie zastrzeżenia ze strony Zamawiającego, co do maksymalnej kwoty czy minimalnej, jaką oferta zawierać musi, czy nie może przekroczyć co do poszczególnych części zamówienia. Jeśli zaś Zamawiający przewidywał dodatkowe warunki, czy odmienną punktację za poszczególne etapy - winien był zawrzeć je w dokumentacji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego o tym, że oferta złożona przez Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a także że nie dokonano manipulacji cenowej świadczy przede wszystkim okoliczność, iż nawet gdyby Odwołujący wskazał kwotę za tę część zamówienia (nasadzenia zieleni) w wysokości takiej samej jak wybrana oferta Flora - to i tak oferta Odwołującego miałaby najniższą cenę i byłaby najkorzystniejsza dla Zamawiającego, a jednocześnie korzystniejsza od ofert pozostałych oferentów - stąd też jako całkowicie niezrozumiałe należy uznać wskazanie Zamawiającego, że zawyżenie wynagrodzenia w tej części zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - jak wskazał Zamawiający *„Uznać należy, iż działanie Wykonawcy polegające na manipulacji cenami jest działaniem świadomym, celowym i zamierzonym, sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia: 1) interesu Zamawiającego i interesu publicznego z uwagi na zniżenie kwoty podatku VAT oraz 2) interesu uczestników postępowania, którzy złożyli oferty skalkulowane w oparciu o realne, rynkowe ceny w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ i obowiązującymi przepisami, a to stanowi dostateczną kwalifikację, jako deliktu nieuczciwej konkurencji, z konsekwencjami nakazanymi art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”*. W jaki bowiem sposób oferta Odwołującego działa na „szkodę” Zamawiającego czy innych uczestników postępowania? Zamawiający nie wyjaśnił tego stwierdzenia w sposób jasny i logiczny.

Odwołujący wywodzi, że nie jest jego winą, iż dzięki ogromnemu, wieloletniemu doświadczeniu, posiadaniu zasobów ludzkich i sprzętu, paliw - był w stanie zaoferować niższą cenę jednostkową za część zamówienia w postaci robót budowlanych - co jest przecież korzystne dla Zamawiającego.

Odwołujący kategorycznie zaprzecza, ażeby dokonywał manipulacji cenowej w celu naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług - takie wskazanie Zamawiającego jest nie tylko bezpodstawne i stanowi niczym nieuprawnioną insynuację, ale także jest niezgodne z prawdą. Odwołujący zaznacza, że okoliczność, że Zamawiający jako warunki wykonania części zamówienia dot. nasadzenia zieleni wskazał na dodatkowe wymogi, co spowodowało wzrost kosztów po stronie Odwołującego, nie może działać niekorzystnie dla Odwołującego. Wykonawca ma za zadanie obliczyć koszty wykonania nasadzeń na podstawie dokumentacji projektowej oraz STWiORB oraz wymagań zawartych przez Zamawiającego w SIWZ oraz w wzorze umowy. Zamawiający wymaga m.in.:

- aby plac budowy był ogrodzony na czas prowadzenia robót oraz
- zapewnienia osoby pełniącej funkcję kierownika robót branży ogrodniczej - posiadającą wykształcenie wyższe w specjalności: architekt krajobrazu, ogrodnictwo,

leśnictwo lub sztuka ogrodowa lub ukończone studia podyplomowe w tym zakresie, a także posiadającą co najmniej dwuletnie doświadczenie zawodowe, oraz doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwoma zakończonymi pracami w zakresie tworzenia lub rewitalizacji elementów i obiektów zieleni zlokalizowanych w parkach, ogrodach lub innych terenach zieleni lub terenach sportowych lub terenach rekreacyjnych, obejmujących każda z nich w szczególności wykonanie nasadzeń roślinności i trawników.

Odwołujący podnosi, że zatrudnienie odpowiedniej osoby na okres co najmniej 2,5-3 miesiąca/y generuje koszt ponad dwudziestu tysięcy złotych - co było już wskazywane przez Odwołującego, Zamawiający powinien przecież zdawać sobie sprawę z cen panujących na wolnym rynku w tym zakresie.

W związku z tym Odwołujący przedstawia ofertę nadzoru robót zieleniarskich za kwotę 9 000 zł netto za 1 miesiąc, tj. koszt pracodawcy przy umowie o pracę wynoszący 15 447,44 zł za 1 miesiąc (dowód w załączeniu). Natomiast ogrodenie trawników umiejscowionych w kilku miejscach Skweru Wolności wraz z dozorem oraz ewentualnym wykonaniem pielęgnacji też jest kosztowne. Koszty te zostały skalkulowane w narzutach ok. 80% na koszty pośrednie. Przy niskiej wartości robót zieleniarskich kwota na realizację pośrednich wymagań Zamawiającego związanych z pracami zieleniarskimi jest znaczna. Jest to kwota ok. 25 534,87 zł netto. Z czego Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę, wpisując te wymagania. W kalkulacji został również uwzględniony zysk na nasadzeniach zieleni w wysokości ok. 150% w kwocie 42 547,77 zł netto, ze względu na konieczność pokrycia z zysku zakupów narzędzi, sprzętów i maszyn potrzebnych do wykonania prac oraz pokrycia ewentualnych strat czy szkód wynikłych z ryzyka związanego z ryczałtowym charakterem zamówienia w części nasadzeń zieleni. Sam koszt zakupu ogrodu tymczasowego to kwota 5,057.28 zł netto. Bez powyższego działania Odwołujący nie mógłby wystartować do wykonywania całego zamówienia, gdyż znajome firmy podwykonawcze w branży zieleni dysponujące odpowiednim kierownikiem robót ogrodniczych posiadają terminy realizacji dopiero na wiosnę 2021. Sam koszt bezpośredni robót zieleniarskich to kwota 31 917,35 zł netto.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że nie doszło do znacznego zawyżenia ceny za nasadzenie zieleni. Wskazane ceny wynikają bezpośrednio z wymagań przetargowych, sytuacji i możliwości spółki Odwołującego w zakresie wykonawstwa nasadzeń zieleni - co znajduje potwierdzenie w przedłożonych uprzednio wyjaśnieniach, dokumentacji, a także w załączonych dowodach.

Nadto, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający błędnie pojmuje pojęcie manipulacji cenowej oraz czynu nieuczciwej konkurencji, otóż Orzecznictwo Izby wskazuje, iż, „*działanie polegające na tzw. "manipulowaniu ceną" jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym*

celem dokonania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanej wyceny” M. Jaworska (red.) Prawno zamówień publicznych. Komentarz, W. 2018, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r. KIO 1042/20: „Za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy m.in. manipulowanie ceną oferty przez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia”. Jak wskazano zaś słusznie w orzeczeniu Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2015 r. KIO 920/15 „Aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży”.

Odwołujący podkreśla, że nie ustalił wyższej ceny za I etap realizacji zamówienia a niższej za II - co mogłoby zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji (zgodnie z orzecznictwem KIO przykładowo Wyr. KIO z 28.3.2017 r., KIO 473/17), lecz dokładnie jest odwrotnie, bowiem zbyt wysoka kwota - jak twierdzi Zamawiający - dotyczy drugiego etapu realizacji zamówienia, a jednocześnie nie powoduje oferowania rażąco niskiej ceny za I etap (zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego). Stąd też zdaniem Odwołującego nie dokonał on żadnej manipulacji cenowej, a jeśli by uznać nawet, że kwota za nasadzenie zieleni jest zbyt wysoka - czemu Odwołujący przeczy, to i tak nie ma to żadnego wpływu na punktację i wybór najkorzystniejszej oferty jaką zdecydowanie jest oferta Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej powołane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego - po wnikliwej jego analizie wykazuje, że nie dotyczy ono takiego samego, a nawet podobnego stanu faktycznego, bowiem jak wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO 2230/16 „W ocenie Izby, nie ma przy tym znaczenia to, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią bez względu na to czy zamawiający zamówi wykonanie usług generujących te koszty czy ich nie zamówi. Z punktu widzenia przepisów ZamPublU i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny. Przerzucając zatem koszty świadczenia usługi zagospodarowania odpadów niebezpiecznych na wynagrodzenie pewne (słowne) konsorcjum P., w swej istocie, obciąża zamawiającego kosztami prac, które może w ogóle nie będą wykonane lub będą wykonane tylko np. w części”. Odwołujący podnosi, że w niniejszej sprawie nie doszło bowiem do żadnego przerzucania czy manipulowania ceną w zakresie powodującym szkodę po stronie Zamawiającego, ani też nie dotyczyło świadczenia głównego i świadczeń z opcji.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z powyższym ani nie doszło do naruszenia interesów Zamawiającego, ani też pozostałych uczestników postępowania przetargowego. Odwołujący podnosi, że Zamawiający wskazał dodatkowo na rzekomą niezgodność złożonej oferty w części dotyczącej nasadzeń zieleni z SIWZ jednakże nie wskazano, w jakim zakresie i co dokładnie zdaniem Zamawiającego powoduje tę niezgodność. Odwołujący zaznacza także, że Zamawiający nie wskazywał na tę rzekomą niezgodność na wcześniejszym etapie postępowania i nie wzywał Odwołującego o wyjaśnienie dostrzeżonych wadliwości w tym zakresie. Zamawiający wskazał jedynie *„Zaznaczyć także trzeba, że ceny za wykonanie nasadzeń zieleni zaoferowane przez Wykonawcę drastycznie odbiegają od cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników niniejszego postępowania przetargowego, jak i realnych cen tynkowych oraz szacunku Zamawiającego, gdyż zostały one skalkulowane nieprawidłowo, sprzecznie z SIWZ, jak i sprzecznie z obowiązującymi przepisami i dobrymi obyczajami kupieckimi.”* Odwołujący zaznacza, że nie da się odnieść do tak sformułowanej argumentacji Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Flora Sp. z o.o. S.K., ul. Siwka 40,31-588 Kraków.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do ww. odpowiedzi Odwołujący ustosunkował się w piśmie z dnia 6.11.2020 r., podtrzymując dotychczasową argumentację i wnioski.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, oraz korespondencją Zamawiającego z Odwołującym, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy pozostawał bezsporny, okoliczności faktyczne dotyczące wezwania do wyjaśnień, wyjaśnień oraz informacji o wyniku postępowania przytoczone w odwołaniu znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania i nie były kwestionowane, dlatego nie będą w całości powtarzane. Natomiast poniżej, w treści uzasadnienia Izba powołuje ustalenia kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy, które wymagały bezpośredniego wskazania.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty. Wykonawca z najtańszą ofertą Firma Usługowo – Handlowa „STAR-KOP” K. U. (oferta odrzucona z uwagi na niewniesienie wadium) zaoferował cenę za całość zamówienia 435 005,03 zł brutto, w tym za roboty budowlane 425 662,73 zł brutto, za zieleń – 9 342,30 zł. Odwołujący zaoferował cenę za całość 472 572,00 zł, w tym za roboty budowlane - 364 572,00 zł, za zieleń – 108 000,00 zł. Wykonawca Flora Sp. z o.o. Sp.K – za całość – 485 635,85 zł, za roboty budowlane – 470 540,29 zł, za zieleń – 15 095,56 zł. Wykonawca z najdroższą ofertą – konsorcjum Zakład Projektowo – Usługowo – Produkcyjny K. J., Reklamex Sp. z o.o. – za całość – 487 357,26 zł, za roboty budowlane – 461 454,61 zł, za zieleń - 25 902,55 zł.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010).

Odwołujący zarzut ten wywodził z błędnego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji i tym samym przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, wobec wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności koniecznym jest odniesienie się do kwestii ciężaru dowodu, którą szeroko poruszał Odwołujący. Wskazywał on, że Zamawiający nie udowodnił, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a także, że nie miał on obowiązku wykazywania realności cen za nasadzenia zieleni, gdyż wezwanie do wyjaśnień z dnia 14.10.2020 r. dotyczyło jedynie robót budowlanych.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest błędne a także wywiedzione z nieprawdziwych okoliczności. Po pierwsze, na etapie postępowania odwoławczego strony i uczestnicy obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co za tym idzie, to Odwołujący winien dążyć do wykazania, że złożenie przez

niego oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, skoro zarzuca Zamawiającemu błędne uznanie, że do takiego czynu doszło. Nie jest wystarczającym „przerzucenie” ciężaru dowodu na Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego, Odwołujący powinien jednoznacznie wykazać, że do czynu nieuczciwej konkurencji nie doszło. Co więcej, Odwołujący bezpodstawnie wskazuje, że nie był wzywany do wyjaśnienia ceny za nasadzenia. W piśmie z dnia 18.09.2020 r., Zamawiający wprost wskazywał, że jest to kwestia objęta wezwaniem (skierowanym na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) - *„wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny i ewentualności naruszenia przepisów o podatku od towarów i usług oraz przepisów związanych z uczciwą konkurencją, budzi fakt, że aż tak znaczną wartość przyjęto na cenę zieleni, a niską na roboty budowlane”, „z uwagi na możliwość wystąpienia (...) a zarazem zawyżenia wartości nasadzeń zieleni Zamawiający (...) wzywa do szczegółowego i jednoznacznego wyjaśnienia ceny”, „wnosimy w szczególności o przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i ceny oferty na (...) i wykonanie zieleni, (...) ofert na sprzedaż lub dostawę zieleni itp. które miały wpływ na kalkulację ceny oferty”, „Zamawiający podkreśla, że złożone wyjaśnienia mają uwzględniać w szczególności oprócz dowodów na możliwość ich wykonania za zaoferowane ceny, także szczegółowe wyliczenia (kalkulacje) i uzasadnienia dla zaoferowanej ceny oferty oraz sposobu jej kalkulacji, czyli znacznego zawyżenia wartości nasadzeń zieleni i obniżenia wartości robót budowlanych”.* Mając powyższe na uwadze, wszelkie twierdzenia Odwołującego, że nie był w obowiązku wykazywać przyczyn zawyżenia cen za zieleni uznać za gołosłowne. Zaznaczyć przy tym należy, że wobec tak sformułowanego wezwania, Zamawiający nie miał obowiązku dodatkowo dopytywać, wyjaśniać swych wątpliwości powstałych po uzyskaniu odpowiedzi na wezwanie. Treść wezwania była jednoznaczna i wprost wskazano, że jego celem jest ustalenie, czy nie doszło do czynu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie nie sposób odmówić Odwołującemu uprawnienia do składania w postępowaniu przed KIO nowych dowodów na okoliczność, że nie dopuścił się on niedozwolonej manipulacji, inżynierii cenowej. Ustawa Pzp nie przewiduje bowiem przesłanki odrzucenia oferty w przypadku braku złożenia wyjaśnień co do czynu nieuczciwej konkurencji – tak jak przewiduje to w razie braku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Odwołujący jest zatem uprawniony do zwalczania przed Izłą stwierdzenia Zamawiającego, że dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji za pomocą dowodów nie zgłoszonych w toku postępowania wyjaśniającego.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że złożenie przez niego oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, wobec czego odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było prawidłowe.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymogom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Zamawiający uznał, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający przyjął, że działanie Odwołującego, polegające na manipulacji cenami – obniżenie cen za roboty budowlane i znaczne zawyżenie cen za roboty zieleniarskie – było działaniem świadomym, celowym i zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia interesu Zamawiającego i publicznego z uwagi na zaniżenie kwoty podatku VAT oraz interesu uczestników postępowania, którzy złożyli oferty skalkulowane w oparciu o ceny realne.

Izba w pełni podziela dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty Odwołującego. Okolicznościami bezspornymi w sprawie było, iż Odwołujący zaoferował za roboty budowlane cenę niższą o 24% od wartości szacunkowej, zaś za wykonanie nasadzeń zieleni – kwotę o 900% wyższą od wartości szacunkowej i od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Zamawiający zasadnie przyjął, że obniżenie cen za roboty budowlane i drastyczne zawyżenie cen za nasadzenia stanowi manipulację cenową, której dokonanie pozwoliło Odwołującemu na złożenie oferty korzystnej cenowo i uzyskanie dodatkowego zysku dzięki różnicom w stawkach VAT. Jakkolwiek należy mieć na uwadze obowiązującą w gospodarce rynkowej zasadę swobodnego ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, to należy stwierdzić również, iż zasada ta doznaje ograniczeń – określonych m.in. właśnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swojej swobody wykorzystywać w sposób, który stałby w sprzeczności z dobrymi obyczajami, prawem i naruszałoby interesy innych przedsiębiorców. W rozpoznawanej sprawie obniżenie cen za roboty budowlane – objęte stawką 23% VAT i rażące zawyżenie cen za nasadzenia – objętych stawką 8% VAT pozwoliło Odwołującemu na złożenie oferty z korzystną ceną, a także oszczędność na zapłacie niższego podatku – co za tym idzie, nieuczciwe powiększenie swego zysku. Jak słusznie powołał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zgodnie z ustawą o podatku od towarów

i usług (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 106) art. 5 ust. 5 – „przez nadużycie prawa rozumie się dokonanie czynności, o których mowa w ust. 1, w ramach transakcji, która pomimo spełnienia warunków formalnych ustanowionych w przepisach ustawy, miała zasadniczo na celu osiągnięcie korzyści podatkowych, których przyznanie byłoby sprzeczne z celem, któremu służą te przepisy”. Dokonanie przez Odwołującego transferu części kosztów robót budowlanych do kosztów nasadzeń niewątpliwie odpowiada podanej powyżej definicji nadużycia prawa, co za tym idzie – działanie Odwołującego było sprzeczne nie tylko z dobrymi obyczajami, ale także i prawem.

Izba zaznacza, że w niniejszej sprawie możliwym było stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji, inżynierii cenowej, pomimo braku stwierdzenia rażąco niskiej ceny robót budowlanych. Jakkolwiek przywołane przez obie strony sporu orzeczenia Izby zawsze dotyczyły przypadku, gdy rażące zaniżenie jakiegoś elementu ceny było ewidentne, tak nie oznacza to, że jedynie w takich przypadkach można uznać, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 – właśnie przewidując nieograniczoną „kreatywność” przedsiębiorców. O ile oferowanie ceny rażąco niskiej – tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację podatkową niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 uznk. Argumentacja przeciwna – że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – uniemożliwiłoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi – ale nie rażąco niskimi – cenami.

W tym miejscu warto powołać się na szeroko przytaczany w replice Odwołującego wyrok KIO 2588/17 – „Oczywistym jest, iż w gospodarce wolnorynkowej wykonawcy dysponują swobodą w kształtowaniu cen swych usług czy dóbr. Jednak nie jest to swoboda bezwzględna, wykonawcy przede wszystkim są związani przepisami prawa. W tym przepisami prawa podatkowego w zakresie podatku VAT oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, wykonawca który w sposób nieuzasadniony zaniża wartość części usług objętych wyższą stawką podatku VAT, rekompensując to sobie zawyżaniem wartości usług objętych niższą stawką podatku VAT, narusza przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez zaniżenie kwoty podatku VAT który wpłaci na rzecz organu podatkowego. Narusza także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców z postępowania przetargowego. Takie działanie uznać należy za działanie sprzeczne z prawem oraz naruszające interesy innych przedsiębiorców. Przy

czym nie ma znaczenia, czy mamy do czynienia z ceną składową wynagrodzenia ryczałtowego czy kosztorysowego. Wykonawca, który w sposób nieuzasadniony manipuluje ceną w celu zaniżenia należnego podatku VAT, a przez to do nieuzasadnionego obniżenia ceny swej oferty, popełnia czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta takiego wykonawcy w postępowaniu przetargowym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca, który stosuje taką metodę kalkulacji, uzyskuje nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami. W postępowaniach przetargowych ranking ofert w zasadzie ustala się na podstawie kwot brutto. A zatem wykonawca, stosujący taką metodę uzyskuje niższą cenę oferty i ma większe szanse uzyskania zamówienia. Może dojść nawet do sytuacji, w której oferta wyrażona w kwocie netto, będzie wyższa od ofert pozostałych wykonawców, natomiast wyrażona w kwocie brutto będzie najniższa". Powyższe rozważania Izba w pełni podziela i uznaje, iż znajdują one zastosowanie również w niniejszej sprawie.

Przytoczony wyrok Odwołujący powoływał celem wykazania, że nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji nierównomierne skalkulowanie zysku pomiędzy jednym rodzajem usług (objętych niższym podatkiem) a drugim (objętych podatkiem wyższym). Należy jednak zauważyć, że stwierdzenie to nie przystaje do realiów rozpoznawanej sprawy. Odwołujący bowiem w swych wyjaśnieniach wskazał, że z zysku pokryty zostanie zakup narzędzi, sprzętów i maszyn. Nie jest to zatem „czysty” zysk, bowiem zawiera on wydatki, koszty, które powinny być uwzględnione w innych elementach kalkulacji cenowej – a co za tym idzie, w niniejszej sprawie nie ma podstaw dla odróżniania zysku od pozostałych elementów ceny przy weryfikacji realności ceny.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący, chcąc wykazać, że nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, winien był udowodnić, że kalkulacja ceny oferty jest realna – zarówno w odniesieniu do robót budowlanych jak i nasadzeń zieleni. W zakresie robót budowlanych Zamawiający nie podnosił, aby cena była rażąco niska, wskazywał jedynie na jej stosunkowo niski charakter. Jednakże Odwołujący powinien również wykazać, że założone koszty nasadzeń także opierają się na kosztach rzeczywiście ponoszonych, niezbędnych dla realizacji zadania – a nie sztucznie zawyżonych. W ocenie Izby Odwołujący nie uniósł ciężaru dowodu w tym zakresie.

Tłumacząc wysokość kosztów za realizację nasadzeń Odwołujący wskazywał na wymóg ogrodzenia placu budowy oraz zapewniania osoby przeznaczonej na funkcję kierownika robót branży ogrodniczej. Podnosił, że zatrudnienie takiej osoby na okres co najmniej 2,5 – 3 miesiąca generuje koszt ponad 20 tys. złotych, zaś ogrodzenie kilku trawników wraz z dozorem i ewentualną pielęgnacją również generuje wysokie koszty. Wskazane koszty miały być uwzględnione w narzutach ok. 80% na koszty pośrednie. Podniósł także, że uwzględniono również zysk na nasadzeniach zieleni w wysokości ok 150% ze względu na konieczność pokrycia z zysku zakupów narzędzi, sprzętów i maszyn potrzebnych do wykonania prac zieleniarskich oraz pokrycia ewentualnych strat i szkód wynikłych z ryzyka związanego

z ryczałtowym charakterem zamówienia w części nasadzeń zieleni. W toku rozprawy Odwołujący zaznaczał, że przedmiotem działalności spółki są roboty budowlane, nie zieleniarskie, wobec czego w tym zakresie, by w ogóle mieć zdolność wykonania zamówienia, musi posiłkować się mocami zewnętrznymi, a zatem uzależniony jest od cen podyktowanych przez mikrorynek. Wskazał również, że inny jest koszt pracy osób zatrudnionych na stałe, a inny osób zatrudnianych na krótki czas - odwołujący zatrudnia pracowników budowlanych, a pracownicy zieleni pozyskiwani są z zewnątrz. Ponadto w przypadku zatrudnienia na krótki czas wyższa jest stawka godzinowa niż w przypadku pracowników zatrudnionych na stałe. Do wyjaśnień z dnia 18.09.2020 r. Odwołujący dołączył kosztorys szczegółowy nasadzeń zieleni, do odwołania – fakturę pro forma na zakup ogrodzenia oraz ofertę na nadzór robót zieleniarskich i zestawienie kosztów bezpośrednich wykonania nasadzeń od podwykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał realności wysokości cen za nasadzenia zieleni. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na samą niespójność wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie. Jak zasadnie wskazał Zamawiający, w złożonym wraz z wyjaśnieniami kosztorysie ofertowym na nasadzenia Odwołujący podał nieprawidłowe, dziesięciokrotnie wyższe ilości w pozycjach dotyczących „ręcznego rozrzucenia kory”. Odwołujący nie odniósł się do tej okoliczności wprost, w replice wskazał natomiast, że *„pewne nieścisłości jakie pojawiły się w przedkładanych dokumentach są wynikiem omyłek pisarskich, które nie mają żadnego wpływu na zakres oferty, ani podstawę odrzucenia”*. Jeżeli rzeczzone „nieścisłości” to właśnie ww. dziesięciokrotnie wyższe ilości wskazane w kosztorysie ofertowym, to nie sposób uznać, by nie miały one wpływu na zakres oferty i podstawę jej odrzucenia – pozycje te bowiem Odwołujący wycenił na kwotę ponad 23 tysiące złotych, a zatem prawie 1/4 wartości nasadzeń zielonych netto. Odwołujący nie wyjaśnił, jak wpływa to na wskazaną w formularzu ofertowym kwotę 108 000,00 zł brutto za nasadzenia zielone, a jest to okoliczność doniosła, wobec faktu, że suma pozycji kosztorysu ofertowego wynosząca 100 000 zł netto uwzględnia ww. „omyłkowe” wartości. Dalej, Odwołujący nie wyjaśnił w wiarygodny sposób przyczyn znaczących rozbieżności w wycenie kosztów przy robotach budowlanych i nasadzeń zielonych. Jak zasadnie podniósł Przystępujący, różnice te dotyczą np. kosztów pracy samochodu samowładowczego do 5t – w kosztorysie robót budowlanych (np. poz. 1.1.1.7, 1.1.1.8, 1.2.1.3, 1.3..3.3.1) – cena jednostkowa – 50 zł, w kosztorysie robót zielonych (poz. 1.1.1.5, 1.1.1.6, 1.1.1.12, 1.1.1.13 – cena jednostkowa – 125 zł. Warto tu nadmienić, iż niski koszt paliwa był jedną z okoliczności, na jaką Odwołujący powoływał się dla uzasadnienia realności ceny za roboty budowlane – wydaje się zaś, że powinien on mieć wpływ na koszty pracy maszyn również w nasadzeniach. Kolejnym bardzo zróżnicowanym kosztem jest koszt pracy pracowników. Koszt ten zasługuje na szczególną uwagę, z uwagi na jego trzykrotnie wyższą stawkę – 60,16 zł za roboczogodzinę w kosztorysie na nasadzenia zieleni, przy 20,00 zł w kosztorysie na roboty budowlane. Odwołujący podnosił, iż wynika to z konieczności zatrudnienia dla robót zielonych osób wykwalifikowanych, z zewnątrz, którymi nie dysponuje

bezpośrednio. W ocenie Izby nie można wyjaśnień tych uznać za wiarygodne. Odwołujący bowiem wszędzie gdzie występuje pozycja robocizny ustalił wartość na poziomie 60,16 zł. Dotyczy to również pozycji, które z całą pewnością nie wymagają osób o specjalnych kwalifikacjach ogrodniczych – np. 1.1.1 – oczyszczenie terenu z resztek budowlanych gruzu i śmieci, zebranie i złożenie zanieczyszczeń w przyzmy (podobnie 1.1.5), ręczne przekopanie gleby (1.1.11), roboty ziemne koparkami przedsiębiornymi (1.1.12), zagęszczanie nasypów walcami (1.1.17), ręczne rozrzucenie kory (np. 1.2.3). Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego roboty te nie mogą być wykonane przez jego pracowników, za stawkę 20,00 zł – w szczególności, że tożsame i podobne roboty znajdują się w kosztorysie na roboty budowlane (ze stawką 20,00 rbg) – np. 1.1.1.7 – roboty ziemne koparkami przedsiębiornymi. Wiarygodność wyjaśnień podważa również okoliczność, że w kosztorysie na roboty budowlane Odwołujący dla każdego rodzaju pracownika przyjął stawkę 20 zł za roboczogodzinę, bez względu na kwalifikacje – taka sama stawka przewidziana jest dla robotników (np. poz. 1.1.1.2, 1.1.5.2., 1.3.4.3.3.6), betoniarzy (np. poz. 1.3.4.3.2.4), cieśli (np. poz. 1.3.4.3.2.4), monterów (np. poz. 1.3.4.3.2.7), malarzy (np. poz. 1.3.4.4.1.1.7), murarzy (np. poz. 1.3.4.4.1.1.7), elektromonterów (np. poz. 1.3.4.4.2.2.3.5), ślusarzy (poz. 1.3.4.4.1.2.7). Znamionym jest, że w kosztorysie na roboty budowlane nawet dla ogrodników (poz. 1.1.3.1) przyjęto stawkę 20 zł, co oznacza, że Odwołujący jednak dysponował możliwością zatrudnienia ogrodników za taką stawkę. W toku rozprawy Odwołujący podniósł, iż w ww. pozycji nie został wyceniony ogrodnik, a pracownik fizyczny – to wskazanie dodatkowo podważa rzetelność przedstawionych kosztorysów i dotychczasowych wyjaśnień.

Okoliczności wskazywane przez Odwołującego jako uzasadniające tak zawyżoną cenę za nasadzenia zielone nie są przekonujące. Wymóg ogrodzenia placu budowy nie stanowi wymogu niespotykanego, jest także wspólny dla wszystkich wykonawców, z których żaden nie zaoferował ceny za zieleni nawet zbliżonej do ceny Odwołującego. Konieczność zatrudnienia odpowiednio wykwalifikowanej osoby na stanowisko kierownika robót branży ogrodniczej może stanowić istotny element ceny - jakkolwiek również wspólny dla wszystkich wykonawców, jednakże ten jeden element nie tłumaczy wysokości ceny oferty Odwołującego w zakresie zieleni. Pozostałe okoliczności powoływane przez Odwołującego – dotyczące robót spoza zakresu jego działalności, warunków mikrorynku, konieczności uwzględnienia ryzyk, w tym związanych z rękojmą, stanowią ogólne twierdzenia na podstawie których nie sposób stwierdzić realności ceny za nasadzenia.

W ocenie Izby działanie Odwołującego polegające na obniżeniu kosztów robót budowlanych i rażącem zawyżeniu kosztów nasadzeń zieleni nosi znamiona manipulacji cenowej. Dokonana manipulacja cenowa pozwoliła Odwołującemu na złożenie oferty korzystniejszej, niż gdyby przypisał rzeczywiste wartości do robót budowlanych i nasadzeń zieleni, a także przyniosła nieuzasadniony zysk wobec różnic w stawce podatku VAT. W rozpoznawanej sprawie manipulacja ceną w znacznej mierze opierała się na manipulacją

zyskiem – nie mieści się bowiem w zakresie swobody ustalania cen przypisanie zysku dla usługi objętej wyższą stawką VAT na poziomie ok. 24%, a dla usługi objętej stawką niższą – na poziomie 150%, w szczególności w sytuacji gdy Odwołujący wprost wskazał, że z zysku za nasadzenia zielone pokrywał będzie zakup sprzętu i maszyn. Takie działanie w ocenie Izby stanowi po stronie Odwołującego nadużycie i stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz rzetelnością kupiecką. Jednocześnie, jak wskazano powyżej Odwołujący nie był w stanie wykazać, że taka konstrukcja ceny oferty wynikała z obiektywnych przesłanek, a nie z zamierzonej manipulacji.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Drugi z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony. Oferta Przystępującego była ofertą najkorzystniejszą po ofercie Odwołującego – która została prawidłowo odrzucona. Wobec tego Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wybrał bowiem ofertę najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: